



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gabriela Mafra

**LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA
DISCRICIONÁRIA:** os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB
como parâmetros à deferência judicial no Brasil

Florianópolis

2021

Gabriela Mafra

**LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA
DISCRICIONÁRIA: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB
como parâmetros à deferência judicial no Brasil**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Coorientadora: Prof.^a Dra. Caroline Müller Bitencourt

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Mafra, Gabriela

Limites ao controle judicial da atividade
administrativa discricionária : os permissivos legais
constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros
à deferência judicial no Brasil / Gabriela Mafra ;
orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, coorientadora,
Caroline Müller Bitencourt, 2021.

176 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Controle judicial. 3. Discricionariedade
administrativa. 4. Deferência judicial. I. Silva Cristóvam,
José Sérgio da. II. Müller Bitencourt, Caroline. III.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós
Graduação em Direito. IV. Título.

Gabriela Mafra

LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

DISCRICIONÁRIA: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB
como parâmetros à deferência judicial no Brasil

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora
composta pelos seguintes membros:

Prof.(a) Vanice Regina Lírio do Valle, Dra.
Universidade Federal de Goiás (UFG)

Prof. Dr. Marcos Fey Probst, Dr.
Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC)

Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado
adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Norma Sueli Padilha

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Orientador

Prof.^a Dra. Caroline Müller Bitencourt
Coorientadora

Florianópolis, 2021.

Dedico este trabalho a minha Avó Terezinha, minha companheira de estudos para a seleção ao mestrado. Nossa despedida, dias antes da prova, foi a mais difícil de todas. Suas histórias, suas frases e seu amor viverão para sempre em mim. Espero te encher de orgulho. Obrigada por tudo, Vó.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família, especialmente meus pais, Eliane e André, fonte de apoio inesgotável e amor incondicional, em conjunto com meu irmão Arthur, foram rocha sólida em toda minha caminhada acadêmica. O seu suporte e encorajamento foram essenciais para concluir mais essa etapa. Eu os amo infinitamente.

Ao meu querido e amado, João Henrique, que com cumplicidade me fortaleceu nesta jornada, nos momentos alegres e angustiantes pude contar com o seu amor, carinho e compreensão. Além disso, sua inteligência me permitiu debates acadêmicos proveitosos, sempre me instigando e incentivando.

Agradecer ao Professor Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam por confiar em meu trabalho e me agraciar com a sua orientação, por todos os ensinamentos durante essa caminhada. Agradecer também à Professora Dra. Caroline Müller Bitencourt por aceitar colaborar com minha pesquisa e gentilmente compartilhar seus conhecimentos. Ambos permitiram o amadurecimento deste trabalho de forma inestimável.

No Ministério Público de Santa Catarina contei com o apoio da minha chefe Dra. Rosemary Machado Silva e de meus colegas de trabalho Nayane, Kailin e Josef.

Por fim, quero agradecer às minhas amigas Camila e Nicole, por compartilhar os momentos mais importantes na Universidade Federal de Santa Catarina, pelo amor aos estudos, os nossos sonhos e objetivos em comum e à nossa amizade que é essencial para mim.

Aquilo que causa a noite dentro de nós também pode deixar estrelas.

Victor Hugo

RESUMO

A presente dissertação dedica-se ao estudo da atuação do poder judiciário brasileiro na apreciação dos atos discricionários praticados pela Administração Pública, tendo por objetivo principal apontar como limites para o exercício do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB. O trabalho foi desenvolvido através do método de abordagem dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com o uso de fontes primárias: legislação constitucional e infraconstitucional brasileira e precedentes da Suprema Corte estadunidense; e secundárias: livros, manuais, artigos científicos e trabalhos acadêmicos. Além disso, o trabalho foi realizado de maneira descritiva, partindo de premissas gerais, por meio de conceitos legais e doutrinários, para, ao fim, interpretar de forma crítica os dispositivos legais destacados e responder o questionamento final. Dividido em três capítulos, dentre os quais, o primeiro descreveu os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, de ordem constitucional, que servem de ponte para aplicação da discricionariedade administrativa. Além disso, no regime jurídico administrativo apontou as características dos atos administrativos discricionários, as limitações impostas em sua execução, bem como suas justificativas no direito público. O segundo capítulo tratou de explicar a necessidade do controle judicial dos atos administrativos sob o ponto de vista do equilíbrio entre os poderes do Estado e para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Ainda, ilustrou o fenômeno da judicialização, bastante abordado pela doutrina constitucional e administrativista, e os excessos praticados na atividade de controle judicial, especialmente nos espaços de conformação política. O terceiro e último capítulo abordou parâmetros para o exercício do controle judicial tendo como inspiração no direito estrangeiro a experiência estadunidense, estabelecendo balizas para a deferência judicial das escolhas discricionárias da Administração Pública. Por fim, explicou o histórico da LINDB, culminando nas alterações realizadas por meio da Lei 13.655/2018 e propôs uma classificação de permissivos legais à aplicação da deferência judicial para com as decisões administrativas a partir dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB, introduzidos por meio da Lei 13.655/2018. O problema de pesquisa refere-se à questão: “Diante da necessidade de debater os limites da atuação judicial, no controle da atividade administrativa discricionária, pode-se denotar a partir dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB preceitos legais para aplicação da deferência judicial no Brasil?”. Ao final foi possível concluir que os artigos 20, 21 e 22 da LINDB constituem permissivos legais para aplicação da deferência judicial e servem de anteparo para o exercício do controle judicial dos atos administrativos.

Palavras-chave: Controle judicial. Discricionariedade administrativa. Deferência judicial.

ABSTRACT

This dissertation is dedicated to the study of the performance of the Brazilian judiciary in the assessment of discretionary acts practiced by the Public Administration, having as its main objective to point out the limits for the exercise of judicial control of administrative acts practiced in the exercise of discretionary competence, the legal permissiveness contained in articles 20, 21 and 22 of LINDB. The work was developed through the deductive method approach and bibliographic and documentary research techniques, using primary sources: Brazilian constitutional and infra-constitutional legislation and precedents from the US Supreme Court; and secondary sources: books, manuals, scientific articles, and academic papers. In addition, the work was carried out descriptively, starting from general premises, through legal and doctrinal concepts, in order, in the end, to critically interpret the highlighted legal provisions and answer the final question. It was divided into three chapters, among which, the first describes the basic principles of the Brazilian legal system, of a constitutional order, which serve as a bridge for the application of administrative discretion. In addition, in the administrative legal regime, he pointed out the characteristics of discretionary administrative acts, the limitations imposed on their execution, as well as their justifications in public law. The second chapter explains the need for judicial control of administrative acts taking into account the balance between the powers of the State and the proper functioning of the Democratic Rule of Law. It also illustrates the phenomenon of judicialization, which is widely addressed by constitutional and administrative doctrine, and the excesses practiced in the activity of judicial control, especially in spaces of political conformation. The third and last chapter addresses parameters for the exercise of judicial control, having as inspiration the US experiences and laws, establishing guidelines for the judicial deference of the discretionary choices of the Public Administration. Finally, he explained the history of LINDB, culminating in the changes made through Law 13.655/2018, and proposed a classification of legal permissiveness to the application of judicial deference to administrative decisions from articles 20, 21, and 22 of LINDB, introduced through Law 13.655/2018. The research problem refers to the question: "Given the need to debate the limits of judicial action, in the control of discretionary administrative activity, it is possible to denote, from articles 20, 21 and 22 of LINDB, legal precepts for the application of deference judicial in Brazil?". In the end, it was possible to conclude that articles 20, 21, and 22 of the LINDB constitute legal permissiveness for the application of judicial deference and serve as a shield for the exercise of judicial control of administrative acts.

Keywords: Judicial control. Administrative discretion. Judicial deference.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APA – Administrative Procedure Act

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

EPA – Environmental Protection Agency

EUA – Estados Unidos da América

FLSA – Fair Labor Standards Act

IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Fluxograma Deferência Judicial nos EUA – <i>Skidmore, Chevron e Mead</i>	124
Figura 2 - Figura ilustrativa da orientação pelos artigos 20, 21 e 22 da LINDB.	151
Figura 3 - Fluxograma Deferência Judicial no Brasil.....	153

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	18
2.1 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	18
2.2 PODERES DO ESTADO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A DISTRIBUIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS	25
2.3 DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	33
2.3.1 O ato administrativo: elementos e classificações	34
2.3.2 Discricionariedade no exercício dos atos administrativos	44
2.3.3 Legalidade e finalidade como limitadores da discricionariedade dos atos administrativos	53
2.3.4 Razoabilidade e proporcionalidade como limitadores da discricionariedade dos atos administrativos.....	57
2.3.5 O abuso do poder e a teoria do desvio de poder	60
3 LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A TEORIA DA DEFERÊNCIA JUDICIAL.....	67
3.1 ASPECTOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	67
3.1.1 Sindicabilidade administrativa e a inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos	72
3.1.2 Judicialização da política	78
3.1.3 Excesso de intervenção do poder judiciário	84
3.1.4 Autorrestrrição e passivismo judicial.....	92
3.2 TEORIA DA DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS DECISÕES ADMINISTRATIVAS.....	98
3.2.1 A teoria da deferência judicial	98
3.2.2 O aprimoramento do estudo da deferência judicial através da perspectiva internacional	102
4 A CONSTRUÇÃO DE PERMISSIVOS LEGAIS À DEFERÊNCIA JUDICIAL E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LEI N ° 13.655/2018).....	106
4.1 DEFERÊNCIA JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA ESTADUNIDENSE	106
4.1.1 Parâmetros para deferência judicial segundo a experiência estadunidense.....	123

4.2 O controle judicial à luz dos artigos 20, 21 e 22 da Lei nº 13.655/2018.....	125
4.2.1 O dever de motivação e o consequentialismo jurídico segundo o artigo 20 da LINDB.....	130
4.2.2 A proporcionalidade e as consequências das decisões públicas conforme o artigo 21 da LINDB.....	138
4.2.3 O primado da realidade e o artigo 22 da LINDB	144
4.3 DOCTRINA DA DEFERÊNCIA À BRASILEIRA	149
5 CONCLUSÃO.....	156
REFERÊNCIAS	161

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado em Direito foi desenvolvida com base em temas do direito público, mais especificamente do direito constitucional e administrativo, tendo como tema o controle judicial dos atos administrativos, que delimitado tem como ponto central do trabalho os limites do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária pela Administração Pública.

Formalmente o trabalho se vincula à Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC).

O estudo tem como ponto de partida os riscos à democracia causados por excessos na atividade controladora e a invasão de competência entre os entes administrativos, com enfoque na esfera judicial. Práticas judiciais excessivas têm permeado a jurisprudência sobre a discricionariedade no exercício dos atos administrativos, trazendo insegurança jurídica aos atos da Administração Pública, bem como impactando na implementação de políticas públicas.

No Brasil, a superação do modelo engessado da legalidade e o cenário de hipercontrole das atividades públicas precisa ocorrer sob pena de inviabilizar a gestão pública eficiente - um dos seus pressupostos constitucionais -, voltada a consecução do interesse público que, assim como a sociedade, está em constante mudança e adaptação, embora esteja sempre guiado pelos direitos fundamentais.

As necessidades sociais, trabalhistas e humanitárias estão em constante revolução, evidenciando-se a necessidade imprescindível de adaptação do Direito e da Administração Pública frente à realidade. Essa adaptação, contudo, não pode se confundir com insegurança jurídica ou instabilidade dos precedentes controladores.

Para isso, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, enquadrando-se como uma pesquisa teórica, com o uso de fontes primárias: legislação constitucional e infraconstitucional brasileira; precedentes da Suprema Corte estadunidense; e secundárias: livros, manuais, artigos científicos, trabalhos acadêmicos, em especial dissertações e teses. Além disso, como marco teórico foi adotada a teoria da deferência estadunidense com exame de precedentes relevantes sobre o tema. Assim, de maneira descritiva, partindo-se de premissas gerais, por meio de conceitos legais e doutrinários, para, ao fim, interpretar de forma crítica os dispositivos legais destacados e responder o questionamento final.

A relevância e atualidade do tema podem ser denotados com o cenário de grande conturbação política e institucional vivenciado no Brasil há alguns anos. Sob a constante enxurrada de notícias sobre casos de corrupção, investigações descomedidas e operações deflagradas, a Administração Pública passa a gozar de baixa estima perante a sociedade, dando espaço e destaque aos órgãos controladores que desfrutam do prestígio e confiança da população.

Mesmo assim, não se trata de diminuir a esfera controladora para reforçar a esfera administrativa, mas de resgatar valores jurídicos tão caros à democracia, recuperando a confiança outrora outorgada aos gestores públicos e permitindo que exerçam suas funções nos espaços confiados por lei e de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Com isso, a Lei nº 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro se coloca a conformar um raciocínio jurídico voltado à consecução das finalidades legais, buscando o resgate dos papéis institucionais com a motivação das decisões públicas e estabelecendo preceitos legais para uma maior deferência judicial às decisões administrativas.

O Poder Público, composto pelos poderes legislativo, judiciário e executivo, vincula-se aos preceitos do Estado Democrático de Direito, com destaque à separação dos poderes e aos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988. O diálogo institucional deve ser fomentado, com a colaboração entre os poderes do Estado, sem perder de vista a importância essencial do controle recíproco, por meio do sistema de freios e contrapesos.

Nesta dissertação foi dado destaque ao controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, de modo a fomentar o raciocínio jurídico voltado ao respeito aos papéis institucionais e apreço pela especialização, que pode ou não culminar na deferência judicial.

Para abalzar o conceito de deferência judicial com parâmetros mais objetivos foi observada a experiência estadunidense sobre o tema, incursando em precedentes relevantes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

A experiência estadunidense é referência acadêmica e jurisprudencial sobre o tema, sendo frequente que seus tribunais enfrentem a matéria com vistas a desenvolver critérios de resolução da demanda, buscando estabelecer parâmetros mais claros de aferição para julgamentos futuros e trazer mais objetividade ao tema.

Assim, dentre a gama de precedentes estadunidenses sobre a deferência judicial, foram elencados três a serem debatidos no decorrer deste trabalho: *Skidmore. Swift & Co., Chevron U.S.A., Inc v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, e *United States v. Mead Corp.* Todos eles decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em um período temporal

menor do que sessenta anos. Verifica-se, no entanto, que mesmo no lapso temporal inferior a sessenta anos, a composição da Suprema Corte estadunidense sofreu mudanças significativas, fato que não pode ser ignorado ao confrontar decisões judiciais de um tribunal superior.

Em cada precedente analisado, pode-se denotar diferentes perspectivas sob as quais os critérios para deferência foram estabelecidos. Com isso, a fim de formular o recorte de pesquisa, ponderou-se acerca da relevância dos precedentes, sua influência na doutrina e na jurisprudência estadunidense.

Além disso, adotou-se como marco teórico as autoras Valle e Masset, que apontaram os três referidos precedentes como os principais na jurisprudência estadunidense para tratar do tema da deferência, estabelecendo-se, portanto, o recorte de pesquisa.

O problema de pesquisa consiste em oferecer uma resposta adequada à seguinte pergunta: diante da necessidade de debater os limites da atuação judicial, no controle da atividade administrativa discricionária, pode-se denotar a partir dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB preceitos legais para aplicação da deferência judicial no Brasil?

Cuja resposta hipotética é afirmativa, uma vez que em consonância com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, os artigos destacados da LINDB servem de anteparo legal à postura deferencial no exercício do controle.

O objetivo principal do trabalho é apontar como limites para o exercício do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB.

Da mesma forma, os objetivos específicos são:

1. Discutir o paradigma do Estado Democrático de Direito como embasamento para a discricionariedade administrativa de acordo com os preceitos legais, respeitando a margem de conformação concedida à Administração Pública.
2. Demonstrar os fundamentos do controle judicial no exame da atividade administrativa discricionária, pontuando possíveis excessos da atividade judicante, bem como ressaltando a postura deferencial do julgador.
3. Contrastar a teoria da deferência estadunidense através dos precedentes judiciais com os artigos 20, 21 e 22 da LINDB para estabelecer permissivos legais à deferência judicial no Brasil.

Para tanto, esta dissertação percorrerá o seguinte caminho. O primeiro capítulo abordará o paradigma do Estado Democrático de Direito e a importância da ordem constitucional, com ênfase ao princípio da separação de poderes e a distribuição das funções

estatais. Os poderes do Estado, cada qual com sua função delegada, devem exercer suas prerrogativas dentro da margem de conformação fornecida pela lei e a Constituição. Nesse espaço, localiza-se a discricionariedade administrativa que deve ser exercida em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

O segundo capítulo disporá sobre os aspectos de controle da Administração Pública, com destaque ao controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária. Bem por isso serão dispostos fenômenos relacionados à atividade judicante, como a judicialização da política e a expansão do poder judiciário, as práticas que excedem os limites da jurisdição e, por derradeiro, a teoria da deferência judicial.

O terceiro e último capítulo cuidará do modelo de deferência judicial à Administração Pública na experiência estadunidense, abordando alguns precedentes da Suprema Corte sobre o tema. Os parâmetros para deferência judicial, considerando-se as peculiaridades entre os países, servirão de inspiração para traçar um paralelo na realidade brasileira, com base nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como permissivos legais à aplicação da deferência judicial no Brasil. Para, por fim, apontar como limites para o exercício do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB.

2 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo busca descrever os princípios basilares do ordenamento jurídico, de ordem constitucional e infraconstitucional, que servem de ponte para aplicação da discricionariedade administrativa no Brasil. Em conjunto identificar-se-á no regime jurídico administrativo os parâmetros para prática de atos administrativos discricionários, as limitações impostas em sua execução, bem como suas justificativas presentes no ramo do direito público.

Para embasar o estudo proposto, este primeiro capítulo trará a concepção do paradigma do Estado Democrático de Direito estruturado por princípios constitucionais fundamentais. Isso porque o estudo do regime jurídico administrativo brasileiro está umbilicalmente ligado às bases constitucionais estabelecidas, que merecem o devido aprofundamento voltado ao objetivo deste trabalho.

Nessa continuidade, para estabelecer os parâmetros do exercício equilibrado das funções estatais, não se pode olvidar da temática dos poderes do Estado e sua interação mediada pelo princípio da separação dos poderes.

Encerrando o conteúdo do primeiro capítulo, será trabalhado o conceito de discricionariedade na Administração Pública, tratada usualmente como discricionariedade administrativa. Após, o delineamento da matéria cuida dos elementos do ato administrativo e dos limites da discricionariedade administrativa, encontrados na legislação, buscando traçar a margem de conformação da Administração Pública quando no exercício dos atos discricionários.

2.1 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como marco do Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a qual elenca em seu texto uma série de direitos e garantias fundamentais à fluidez e hermenêutica do conjunto de normas pátrio.

O texto constitucional de 1988 trouxe em seu Título I, mais especificamente nos artigos 1º ao 4º, os princípios fundamentais, ou estruturantes, responsáveis pela organização da

ordem política do Estado brasileiro. Princípios esses, que estabelecem as decisões políticas essenciais, a forma e a estrutura do Estado e do Governo.¹

Dentro dos princípios fundamentais há uma divisão entre os princípios que definem a forma, a estrutura e o fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º), a divisão dos poderes (artigo 2º), os principais objetivos a serem perseguidos (artigo 3º) e as diretrizes internacionais (artigo 4º).²

Além disso, sob a proteção do status de cláusula pétrea, encontra-se o princípio da separação de poderes, consagrado no artigo 60, § 4º, inciso III³, a ser abordado de forma mais aprofundada no decorrer deste trabalho.

A CRFB/88 abre perspectiva para a realização social profunda com o exercício dos direitos sociais e dos instrumentos que favorecem a cidadania, possibilitando a concretização das exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.⁴

Assim como a maior parte das Constituições contemporâneas, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um compromisso entre diversos interesses, com várias referências principiológicas, fundamentadas em discursos de justificação com argumentos de cunho moral, passando a argumentos jurídicos após a deliberação pública. A gama de interesses dispostos na carta constitucional são tidos como decisões, em forma de princípios, que materializam comandos bastante genéricos, consistindo em compromissos ambiciosos e com interesses, por vezes, contrastantes.⁵

De fato, o Estado Democrático de Direito, correspondente à última etapa do desenvolvimento histórico da democracia moderna, advém a partir do movimento liberal em combate ao Estado Absolutista e os privilégios feudais. Neste último, a preocupação com o controle democrático do poder não existia, pois, o poder soberano era absoluto.⁶

¹ BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 318.

³ BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 120.

⁵ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 121-147, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/17652/17463>. Acesso em: 13 abr. 2021, p. 123-124.

⁶ GASPARDO, Murilo. **O parlamento e o controle do poder político**. 2009. 204 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 14.

A união do Estado de Direito e do Estado Democrático, constituiu o Estado Democrático de Direito, conceito esse que engloba em si a afirmação de um novo paradigma de Estado e de Direito⁷. A noção de Estado de Direito consagrada em um texto constitucional possui finalidade dupla: “a imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos”.⁸

A teoria do poder constituinte remonta à origem do ordenamento jurídico, deste modo, o Estado Democrático nasce sob a ótica de juridicização, a partir do ato de soberania que institucionaliza o poder, passando este a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita.⁹

Como um dos fundamentos da República, a noção estruturante do Estado Democrático de Direito vem descrita no *caput* do artigo 1º da CRFB/88. De modo semelhante, encontra-se nos dispositivos de abertura de outras leis fundamentais ao redor do mundo, em países como Espanha, França, Índia, Itália e Portugal.

A Constituição francesa traz em seu artigo 1º: “A França é uma República indivisível, laica, democrática e social. Assegura a igualdade de todos os cidadãos perante a lei sem distinção de origem, raça ou religião. Respeita todas as crenças. Sua organização é descentralizada. [...]”¹⁰. Na mesma toada, a Constituição espanhola dispõe: “Artigo 1. Espanha constitui-se num Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores da sua ordem jurídica a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.”¹¹

Na base jurídica do Tratado da União Europeia, a noção vem espelhada especificamente em seu artigo 2º, responsável pela consagração dos valores da União Europeia. Dispondo que “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes as minorias”.¹²

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 320.

⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, vol. 5, n. 1, 2008, p. 85.

⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

¹⁰ FRANÇA. **Constituição**. 1958. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

¹¹ ESPANHA. **Constituição Espanhola**. 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2020.

¹² DIREITOS HUMANOS. **Fichas Temáticas da União Europeia**. [S. l.], 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.4.1.pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.

Também chamado de princípio do Estado Democrático de Direito, a estrutura democrática é apontada como um conceito do qual extraem-se diversos outros princípios por dedução, como o princípio da separação de poderes, do pluralismo político, da isonomia, da legalidade, e, até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana.¹³ A dignidade da pessoa humana, no âmbito do Estado Democrático de Direito é elemento que confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional.¹⁴

O modelo de Estado Social e Democrático de Direito, estruturado pelo sistema constitucional brasileiro se fundamenta em direitos fundamentais, individuais e sociais, e princípios, destacando entre esses: “a efetiva participação popular no diálogo político nacional e na formação das decisões que conformam o espírito político da comunidade”.¹⁵

O Estado coloca-se como poder soberano, mas assume a responsabilidade pelo direito à vida, materializando-o por meio dos direitos sociais. A concretização do Estado Social é vinculada à ideia de transformação global da sociedade.¹⁶

Com o fim do período de ditadura militar no Brasil, a CRFB/88 marca a superação de tempos sombrios com a criação de uma carta constitucional de forte teor comunitarista, notado nos objetivos estabelecidos e nos princípios, voltados não somente à realização da vida individual, mas também no preâmbulo da Constituição. Outrossim, caráter aberto da CRFB/88 permite a ligação de diversos paradigmas de interpretação e teorias da Justiça, além do que permite múltiplas observações a partir de diferentes perspectivas democráticas.¹⁷

A base sólida para a etapa moderna da maturação do direito público é o direito constitucional enquanto o fundamento geral do Estado, que inicialmente teve sua caracterização histórica como Estado de Direito, para mais recentemente expandir, fundido ao novo conceito

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. In: MOURA, Lenice Silveira Moreira (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, p. 575-604, 2017, p. 582.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 29 e 33.

¹⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 121-147, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/17652/17463>. Acesso em: 13 abr. 2021, p. 123-124.

material de democracia, para se tornar o fundamento geral do Estado e do seu Direito, caracterizando contemporaneamente o Estado Democrático de Direito.¹⁸

Bobbio conceitua, de forma concisa, democracia como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”.¹⁹

Não se pretende aqui esgotar a definição de democracia, cujo conceito revela alta complexidade e demanda aprofundamento. Mas sim, de forma geral, conceituar seu sentido inserido dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Sob outro aspecto, Canotilho propõe a noção de democracia participativa como uma estrutura de decisões com a participação de todos os cidadãos, através da formação da vontade política de ‘baixo para cima’. Essa compreensão tem um sentido amplo, que se refere à participação através do voto, por meio dos processos e formas da democracia representativa, e um sentido restrito, que se delinea no concurso dos cidadãos para a tomada de decisões, por vezes de forma direta e não convencional.²⁰

Justamente porque as sociedades democráticas são repletas de oposições e divergências, entre o certo e o errado, entre a justiça e a injustiça. As contendas perpassam o direito e elevam os debates para questões morais na vida pública, cujas convicções morais estão fortemente atreladas à nossa criação e às nossas crenças.²¹

Essa complexidade demanda que os valores sociais inscritos na CRFB/88 sirvam de base sólida aos direitos dos cidadãos, de modo a garantir que o Estado Democrático de Direito não signifique a mera união formal entre os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Em verdade, para José Afonso da Silva, cria-se um conceito novo a partir da Constituição Federal de 1988, que considera os elementos originários, e os eleva transformando o *status quo*.²²

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 45, set. 2011, p. 18.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 35.

²⁰ CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 414.

²¹ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 36-37.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 119.

A constitucionalização do direito, fenômeno ensaiado desde o segundo pós-guerra e advindo com o novo milênio²³, busca o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e tem como pilar a Constituição Federal, associa-se a um efeito expansivo das normas constitucionais, uma vez que seu conteúdo material e axiológico reflete em todo o sistema jurídico. Portanto, a Constituição Federal, mais do que apenas um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia, torna-se uma visão de como interpretar os demais ramos do Direito. Assim, constitucionalização do Direito se efetua através da interpretação do sistema jurídico conforme a Constituição.²⁴

A força normativa da Constituição Federal configura-se como o maior instrumento para garantia e realização do Estado Democrático de Direito, tanto como limitação ao legislador, como na forma de interpretação vinculante aos juristas. Nessa perspectiva, forma-se o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual a carta constitucional é soberana dentro do ordenamento jurídico.

Ao falar de supremacia constitucional, pressupõe-se a hierarquia da Constituição no sistema normativo, proporcionando ao legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Ademais, nas constituições rígidas²⁵ tem-se a superioridade da norma constitucional em detrimento às normas produzidas pelo legislativo, no exercício da função legiferante ordinária.²⁶

Compreende-se a Constituição Federal de 1988 como símbolo maior de uma história de sucesso, isto porque configurou a transição de um Estado autoritário, intolerante e violento para um Estado Democrático de Direito.²⁷

²³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, p. 575-604, 2017, p. 576.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453.

²⁵ “Constituições rígidas são as constituições cujo texto apenas pode ser alterado mediante procedimento mais rigoroso (mais exigente) do que aquele procedimento estabelecido para a alteração da legislação ordinária (infraconstitucional), noção que foi cunhada por James Bryce, autor da distinção entre constituições rígidas e flexíveis, para o qual a característica distintiva das constituições do tipo rígido é a sua superioridade sobre as demais formas legislativas, não podendo tais constituições ser modificadas pelo mesmo procedimento adotado para as demais leis. Como se percebe, a noção de rigidez constitucional é fortemente vinculada à noção de constituição formal (escrita), bem como guarda relação com a diferença entre direito constitucional e direito ordinário, resultando na supremacia formal das normas constitucionais sobre o direito infraconstitucional”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78).

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 518.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MOURA, Lenice Silveira Moreira (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Todavia, como Bonavides ensina, a “crise da estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas a da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis”.²⁸

Na esteira do que expôs Bonavides, embora a Constituição Federal de 1988 tenha uma carga normativa e valorativa imprescindível ao funcionamento do ordenamento jurídico pátrio, sua aplicação pelas instituições e pelos operadores jurídicos não pode e nem deve ser idealizada. A observância dos valores constitucionais e a sua aplicabilidade no cotidiano da prática jurídica devem ser rotineiramente revisitados, revisados e ponderados.

Afora isso, muitas críticas abordam o uso genérico dos valores constitucionais sob a salvaguarda de princípios, e a amplitude dos conceitos empregados não permite que esqueçamos da boa e velha subsunção, sempre primando pelo caso concreto.

Streck dispõe acerca da crise de paradigmas de dupla face²⁹ dos discursos positivistas a defender a discricionariedade do intérprete, afirmando que o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete. Aponta como ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: “o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista. Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia.”³⁰

Ressalta-se que “o Direito sob o Estado democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”.³¹

Em suma, o Estado Democrático de Direito se pauta em uma gama de direitos, constituídos sob a forma de princípios e regras, dispostos na carta constitucional em uma miscelânea de interesses. Porém, isso não significa que as decisões públicas possam ser pautadas exclusivamente com base em princípios abstratos, desvirtuando-se de regras constitucionais estruturantes ou das leis infraconstitucionais.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 383.

²⁹ Explicando melhor: se, de um lado, parte considerável do Direito ainda sustenta posturas objetivistas (em que a objetividade do texto se sobrepõe ao intérprete, ou seja, a lei “vale tudo”); de outro, há um conjunto de posições doutrinária-jurisprudenciais assentados no subjetivismo, segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, “a lei é só a ponta do iceberg; o que vale são os valores ‘escondidos’ debaixo do iceberg” (sic). (STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina. Acesso em: 16 jun. 2021)

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina. Acesso em: 16 jun. 2021.

³¹ CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 51.

Valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito serão tratados neste estudo para abalzar os princípios fundantes do Estado e do ordenamento jurídico. De modo que, nos tópicos mais avançados não há de se insurgir debate deslocado da base fundamental disposta pela Constituição.

Adiante serão abordados, dentro da temática proposta, os pontos mais sensíveis e controvertidos sobre o papel de cada um dos poderes do Estado, regidos pelo Estado Democrático de Direito e a principiologia que circunda as situações de direito as quais estamos submetidos.

Desta forma, ao explanar os marcos constitucionais fundantes do paradigma do Estado Democrático de Direito no Brasil, tem-se a intenção de alinhar o objetivo deste estudo com a ordem constitucional no Brasil. Em sequência, vislumbra-se um aprofundamento das interações entre os poderes do Estado, com base no princípio da separação de poderes.

2.2 PODERES DO ESTADO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A DISTRIBUIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Os poderes do Estado, no texto constitucional são denominados como poderes da União e estão previstos na CRFB/88 no artigo 2º conforme: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”³². Desempenham, respectivamente, as seguintes funções: legislativa, executiva e jurisdicional, conforme o estabelecido no título da organização dos poderes³³, especificamente nos artigos 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135.³⁴

A forma federativa do Estado brasileiro teve início com a Constituição Federal de 1891. Dividindo-se entre os entes federados as competências próprias e exclusivas, sem hierarquia entre os entes da federação, o poder político de todos é equivalente. A repartição das competências legislativas e administrativas é a base para a forma federativa do Estado.³⁵

³² BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 106.

³⁴ BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

³⁵ DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). **Direito constitucional brasileiro: organização do estado e dos poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135-136.

A federação caracteriza-se por um processo que distribui ônus e bônus entre os entes federados, que envolve um saber-fazer, ou seja, saber legislar, saber administrar, saber se autogovernar, além de saber captar e gerenciar recursos.³⁶

Na lição de José Afonso da Silva cabe destaque à diferença entre a distinção do poder com a divisão ou separação de poderes. Enquanto a primeira revela a especialização de tarefas governamentais, tendo em vista a sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem. Ou seja, sempre haverá a distinção de funções, independentemente de ser um ou vários órgãos que as executem. A segunda, por sua vez, consiste na confiança de cada uma das funções governamentais - legislativa, executiva e jurisdicional – a órgãos diferentes e que emprestam o nome às suas funções, à exceção do poder judiciário.³⁷

Os poderes do Estado, constantemente ligados à clássica teoria de Montesquieu, empregados até os dias atuais nos Estados de Direito, são: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis, conforme o artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Tais Poderes são imanentes e estruturais do Estado, diferentemente dos demais poderes administrativos, que são incidentais e instrumentais da Administração Pública. A cada um dos poderes do Estado há uma função precípua atribuída, a citar: a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei - função normativa; a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto - função administrativa; e a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes - função judicial.³⁸

A organização e limitação dos poderes constituídos – Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – é submetida aos parâmetros com base nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Com isso, os atos dos poderes constituídos devem considerar e estar em conformidade com os direitos fundamentais.³⁹

Na atualidade, não se prega mais uma separação estanque entre os poderes, uma vez que se entende que o poder é uno e as funções estatais – legislativa, administrativa e

³⁶ DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). **Direito constitucional brasileiro**: organização do estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135-136.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 108.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 61.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 321.

jurisdicional – não são, em regra, exercidas exclusivamente pelos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁴⁰

Precisamente por isso que a Constituição Federal de 1988 não se pauta na cisão entre os poderes, mas pela harmonia e independência deles. O significado de independência dos poderes, é disposto por José Afonso da Silva em três características: i) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; ii) no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam consultar os outros, nem necessitam de sua autorização; e iii) na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.⁴¹

Por sua parte, a harmonia entre os poderes é explicitada por Irene Patrícia Nohara como contraponto à noção de independência, sugerindo um dever de colaboração e de controles recíprocos entre os poderes, com o devido respeito às atribuições e prerrogativas sem a prevalência de nenhum sobre os demais.⁴²

A relevante harmonia entre os poderes carece de um diálogo entre instituições, ou interinstitucional, que deve ser pautado por dois pressupostos básicos: “(i) o desenho institucional que o disciplina formalmente e (ii) a cultura política que o anima.”⁴³

O papel da deliberação na democracia não costuma ser abordado pelos teóricos da separação de poderes, ao argumento de que, a prática constituiria uma relação contraintuitiva, ao passo que poderes não deliberam entre si, mas se controlam. As instituições apresentam razões de forma distinta para suas decisões, questões que, para Mendes, deveriam ser consideradas nas reações de outras instituições, sendo essa questão pouco explorada.⁴⁴

Essa particularidade foi abordada por Jeffrey Tulis, com a ideia de deliberação como ponto central da teoria da separação de poderes, fundando-se na premissa de que nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes da sociedade.⁴⁵

A deliberação interinstitucional não ocorre necessariamente face-a-face, mas sim através da troca de pareceres entre as instituições. Os escritos trocados cuidam do mérito das

⁴⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 136.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 110.

⁴² NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 136.

⁴³ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 178.

⁴⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 208.

⁴⁵ TULIS, Jeffrey. *Deliberation between institutions*. In: LASLETT, Peter; FISHKIN, James. **Debating deliberative democracy**, Hoboken: Blackwell Publishing, 2003, p. 208.

políticas públicas, ressaltando os atributos mais importantes da deliberação: o respeito mútuo entre as instituições e a contraposição de argumentos levantados sobre o tema.⁴⁶

Com isso, a importância do diálogo interinstitucional é ressaltada, uma vez que ações e decisões individualizadas, podem causar disfunções sistêmicas. No tocante à execução de políticas públicas isso se evidencia no que Sarlet retrata como medidas ou ações do tipo estruturante, alertando a possível carência de efetiva implantação e a possível colisão com os valores democráticos, o princípio da separação de poderes e o princípio do Estado Social.⁴⁷

As medidas estruturantes quando determinadas pelo Poder Judiciário deverão ser executadas, de alguma forma, pelos atores estatais, especialmente os poderes Executivo e Legislativo. Contudo, o órgão jurisdicional, a depender do conteúdo decisório, não estaria apenas a corrigir ou anular, mas também a exigir políticas públicas e assim, por consequência, elaborando, ao menos em parte, a própria política.⁴⁸

A separação de poderes permite diferentes valores como a vontade popular, a linguagem dos direitos ou mesmo a pressão por eficiência, entrem em tensão. Porém, essa tensão deliberativa entre as instituições pode ser funcional para a produção de boas decisões.⁴⁹

Por isso, reitera-se, ações do tipo estruturante demandam um mínimo grau de respeito pelos demais órgãos estatais e viabilidade de sua execução. Além disso, ações individuais e decisões convencionais seguem acontecendo, em muitos casos, motivo pelo qual se propõe uma cultura de complementação e reforço recíproco.⁵⁰

⁴⁶ TULIS, Jeffrey. Deliberation between institutions. In: LASLETT, Peter; FISHKIN, James. **Debating deliberative democracy**, Hoboken: Blackwell Publishing, 2003, p. 202.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 547.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 547.

⁴⁹ TULIS, Jeffrey. Deliberation between institutions. In: LASLETT, Peter; FISHKIN, James. **Debating deliberative democracy**, Hoboken: Blackwell Publishing, 2003, p. 210.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 547.

Sob essa perspectiva opera o princípio constitucional da separação de poderes, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com *status* de cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, inciso III.⁵¹

A fim de aprofundar o estudo sobre o referido princípio no ordenamento jurídico deve-se fazer um resgate histórico de sua acepção em outros países do mundo, e cuja importância atravessa fronteiras e a história.

Na obra O espírito das leis, no original em francês *De l'esprit des lois*, Montesquieu afirma que cada Estado possui três poderes, ou três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo do estado, e o poder de julgar. A liberdade política pode ser definida como a tranquilidade de espírito do cidadão sobre a sua segurança, um governo no qual um cidadão não tema outro.⁵²

Não há liberdade em um governo cujo poder de julgar não seja separado dos poderes legislativo e executivo. O poder de julgar unido ao legislativo seria arbitrário, congregando funções sobre a vida e liberdade dos cidadãos, consistindo na formação de um juiz-legislador, bem como caso os juízes se unissem ao executivo poderiam ter a força de um opressor.⁵³

Do referido autor, também pode-se destacar: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.⁵⁴

As revoluções francesa e americana possuem raízes na teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu. O poder judiciário anterior à revolução francesa era constituído por membros da classe aristocrática, portanto, negava-se a aplicar nova legislação pela contrariedade aos interesses do grupo, visando manter o *status quo*. Assim, com o advento da revolução francesa os juízes passaram a obedecer a estrita legalidade. Por outro lado, o poder judiciário estadunidense não sofreu tal reprimenda, uma vez que o próprio judiciário serviu como pilar revolucionário, imbuído de uma cultura separatista.⁵⁵

⁵¹ BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

⁵² MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução Cristina Murachco, p. 167-168.

⁵³ MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução Cristina Murachco, p. 167-168.

⁵⁴ MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução Cristina Murachco, p. 181.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 883 e 888.

Nos Estados Unidos da América, a doutrina acerca da separação de poderes não exige poderes inteiramente desvinculados. A essência da interação entre os poderes do Estado reside na sua vinculação e interpenetração, de forma que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, exerçam controle constitucional recíproco. A Constituição estadunidense estabeleceu o sistema de freios e contrapesos, em inglês *checks and balances*, ao invés da separação total e absoluta dos poderes.⁵⁶

No contexto internacional, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 traz expressamente em seu artigo 16 o texto: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.⁵⁷

No âmbito do constitucionalismo brasileiro o princípio da separação de poderes possui destaque em razão de sua ancianidade e solidez, presente nas Constituições e projetos de Constituição formulados desde 1823, data de elaboração do Projeto de Antônio Carlos oferecido à Constituição Imperial, à exceção da Carta de 1937, essa última, contudo, não teria sido em rigor uma Constituição, mas sim um ato de força institucional. Com efeito, apesar da Carta de 1937, nem mesmo as Constituições outorgadas durante o período da ditadura de 1964 deixaram de prever o princípio da separação de poderes.⁵⁸

Assim sendo, o princípio da separação de poderes parte da identificação inicial das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado para a consecução de seus fins.⁵⁹ A finalidade ou o fim de um Estado é determinado por certa época histórica, e ainda por determinada situação político-constitucional. O Estado, nesse sentido, constitui meio para atingir esse fim qualificado.⁶⁰

Segundo Canotilho, o princípio da separação de poderes possui dupla dimensão, uma positiva e outra negativa. A dimensão positiva ordena e organiza os poderes constituídos, por sua vez, a dimensão negativa fixa limites e controles na dinâmica entre os poderes.⁶¹

O desenho da separação de poderes no Brasil foi concebido pelo constituinte originário de 1988 como cláusula pétrea, em razão disso qualquer emenda à Constituição que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe prejudique a autonomia é imprópria, pois tal

⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. O controle externo do judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos (org.). **Reforma do poder judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 189.

⁵⁷ FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 05 abr. 2021.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 554.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 9-10.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1980.

emenda colidiria frontalmente com a decisão clara e direta do constituinte tomada no plebiscito ocorrido por força do artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁶²

Na esteira do princípio da separação de poderes há o chamado princípio da simetria, referente ao diálogo entre as esferas federal e estadual, pois é imperativo que o constituinte estadual optasse pelas escolhas de organização e relacionamento entre poderes tal qual proposto pelo constituinte federal.⁶³

O princípio da simetria, entretanto, não é absoluto, uma vez que nem todas as normas que regem o Poder Legislativo da União são compulsórias aos Estados, mas tão somente aquelas que dizem respeito ao inter-relacionamento entre os Poderes.⁶⁴

Atualmente, não há que se falar em separação das funções no seu formato original, visto de forma estanque, ao passo que as decisões estatais, a complexidade das políticas públicas e a participação social implicam em novos mecanismos de controle do poder.⁶⁵

As funções estatais – executiva, legislativa e judiciária – passam a exercer suas funções típicas, ou tradicionais, bem como as funções atípicas, ou não tradicionais, fiscalizando e limitando as ações dos demais poderes. O princípio da separação de poderes constitui uma das principais garantias das liberdades públicas, neste caso, o poder limitado significa liberdade garantida. A partir disso, extrai-se a importância de um sistema equilibrado de freios e contrapesos.⁶⁶

Para Fernandes o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 pode ser resumido em três perspectivas 1) da especialização funcional, a partir da análise das funções típicas e atípicas; 2) da não interferência sobre os outros poderes, não usurpação, ingerência indevida que fere a separação de poderes; e 3) dos controles recíprocos, freios e contrapesos.⁶⁷

Segundo José Afonso da Silva, a divisão de poderes não possui a rigidez de outrora, sendo a defesa do autor que a ampliação das atividades do Estado Contemporâneo impôs uma nova perspectiva à teoria da separação de poderes, quanto à interação entre os poderes – legislativo, executivo e judiciário. Pode-se falar em colaboração de poderes no âmbito do

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 947.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 321

⁶⁵ MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXEIRA, Marcelly Costa. Decisões judiciais: entre o ativismo do judiciário e a judicialização da política. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 977, p. 213-240, mar. 2017, p. 218.

⁶⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 328.

⁶⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 329.

parlamentarismo, enquanto no presidencialismo temos a independência orgânica e a harmonia dos poderes.⁶⁸

Sob a interpretação de Hely Lopes Meirelles a teoria de Montesquieu nunca empregou as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", referindo-se somente à necessidade do equilíbrio entre os Poderes. Desta lógica, resulta o que os ingleses e os estadunidenses denominam de sistema de *checks and balances*, o método de freios e contrapesos, no qual um Poder limita o outro. Conforme o autor, seria equivocado conceber a divisão ou separação de Poderes como se esses fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, devido ao governo ser o resultado da interação dos três poderes de Estado, legislativo, executivo e judiciário.⁶⁹

Em verdade, o princípio da separação de poderes tomou as formas constitucionais contemporâneas, e mais recentemente iluminado por uma compreensão interpretativa sem a rigidez do passado.⁷⁰

Diante do exposto, a abordagem dos três poderes do Estado e o princípio da separação constitui-se como essencial ao debate acerca da discricionariedade administrativa, pois a contenda reside justamente no diálogo e na interação entre os poderes.

A discussão acerca dos limites de atuação do poder judiciário e da margem de conformação disponível ao gestor público envolve ainda o sistema de freios e contrapesos. Assim, a relevância do tema em destaque se coloca precipuamente na margem de conformação disposta na lei, uma vez que o sistema de freios e contrapesos exige o controle recíproco entre os poderes do Estado, assegurado inclusive em lei.

Destaca-se que controle recíproco não justifica o controle excessivo, muito menos a atuação alargada de um dos poderes do Estado. Além disso, quanto maior for a concentração do poder, maiores são as chances de se configurar um sistema ditatorial.

Ante o exposto, na sequência, partimos para o campo de atuação da Administração Pública inaugurando o conceito de discricionariedade no exercício dos atos administrativos praticados pelas autoridades administrativas. Atos administrativos que, frequentemente, são colocados sob o crivo do Poder Judiciário e demais órgãos controladores, nos termos do controle recíproco abordado nesse capítulo.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 109.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 62.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 555.

A proposta de reflexão gira entorno do papel essencial da esfera controladora no sistema de freios e contrapesos, assim como prezar pelo exercício da discricionariedade administrativa dentro dos espaços cabíveis e de acordo com o ordenamento jurídico.

2.3 DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste tópico, abordar-se-á o conceito de discricionariedade, mais especificamente no âmbito da Administração Pública. Para isso, maior enfoque se volta ao regime jurídico administrativo e ao direito administrativo que regula os atos administrativos.

O direito administrativo engloba em si o conceito de Administração Pública, podendo ser definido como o “ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins de natureza pública”.⁷¹

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello o direito administrativo é o “ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem”.⁷²

A temática central da disciplina de direito administrativo é definida por Sunfeld como a do regime jurídico das decisões, convencionalmente chamadas de atos administrativos. Os atos administrativos envolvem, segundo o autor, dois aspectos: o substantivo e o adjetivo. As questões substantivas dizem respeito ao conteúdo, ao motivo e à finalidade do ato administrativo, além da fonte normativa que o regula. As questões adjetivas envolvem as perguntas “Quem decide? Quando? Que providências prévias devem ou podem ser tomadas? Quem pode ou deve interferir? Como é a impugnação ou revisão das decisões”.⁷³

Com o advento da Constituição Federal da República de 1988 o direito administrativo brasileiro passou por profunda transformação. Em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98 foi acrescentado no artigo 37 “caput” da Constituição Federal o princípio da eficiência,

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 48.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37.

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao processo administrativo: processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). **As leis de processo administrativo**: (lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98), cap. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 17.

com a conseqüente adoção do modelo da Administração Pública Gerencial, em detrimento da Administração Pública Burocrática.⁷⁴

Tal mudança de paradigma associada à inserção do §8º do Artigo 37 da Constituição Federal de 1988, tratando justamente a autonomia gerencial, orçamentária e financeira da Administração Pública no tocante aos contratos de gestão, substituíram os controles formais por controles de resultados, ampliando a autonomia e conseqüentemente a discricionariedade na tomada de decisões.⁷⁵

A discricionariedade na Administração Pública, por sua vez, também atravessou mudanças em sua compreensão ao longo do tempo, desde o paradigma da imunidade jurisdicional do mérito administrativo até os dias atuais, nos quais se pode falar em verdadeira desvalorização da discricionariedade administrativa.

Nesse contexto, o presente tópico se inicia com alguns conceitos operacionais essenciais ao maior aprofundamento da discricionariedade administrativa no Brasil, sem olvidar da abordagem crítica do tema.

2.3.1 O ato administrativo: elementos e classificações

Com o intuito de estudar a discricionariedade administrativa no Brasil, além de considerar o regime jurídico administrativo vigente, deve-se recorrer à doutrina clássica e contemporânea em busca de assentar alguns conceitos jurídicos basilares no tratamento da discricionariedade.

A discricionariedade ora trabalhada diz respeito aos atos administrativos propriamente ditos. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello faz a diferenciação entre atos da Administração Pública e atos administrativos, uma vez que a Administração Pública pode praticar diversos atos que não são considerados atos administrativos, como, por exemplo: os atos regidos pelo direito privado, atos materiais e atos políticos e de governo.⁷⁶

⁷⁴ DORNELAS, Henrique Lopes. Discricionariedade técnica administrativa e a aplicação do princípio da deferência judicial. In: **I encontro virtual do CONPEDI - Direito Administrativo e Gestão Pública**, 1., p. 59-75, Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/47e8vaeu/F632PuOIkyB9q156.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021, p. 60.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites do controle externo da Administração Pública**: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/22/limites-do-controle-externo-da-administracao-publica-ainda-e-possivel-falar-em-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 475.

A partir disso, pode-se definir ato administrativo como “a declaração do estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo poder judiciário”.⁷⁷

Ato administrativo constitui “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.⁷⁸

Indo além, o ato administrativo é ato jurídico marcado por características distintas no conjunto dos atos jurídicos. Essas particularidades dizem respeito às condições de validade de sua produção e no tocante à eficácia que lhe é própria.⁷⁹

Em suma, o ato administrativo constitui declaração do Estado ou seus representantes, com o propósito de certificar, criar, extinguir, transferir ou declarar direitos ou obrigações. É exercido no uso de prerrogativas públicas sob a incidência de regras do direito público, sem contar a sua sujeição ao controle de legalidade exercido pelo poder judiciário. Assim, o ato administrativo nada mais é que ato jurídico com uma finalidade pública, praticado no exercício da função administrativa.⁸⁰ Não se confunde, portanto, com os atos de índole privada e nem com aqueles praticados de forma típica pelos poderes legislativo e judiciário.⁸¹

Diversos critérios têm sido utilizados para definir ato administrativo, Ciampaglia dispõe os critérios objetivo e subjetivo. Segundo o critério subjetivo, orgânico ou formal considera-se o sujeito praticante do ato, já o critério objetivo considera ato administrativo aquele editado por órgãos administrativos.⁸²

Ao conceber o ato administrativo como uma espécie de ato jurídico, Edmir Netto de Araújo o conceitua como a declaração de vontade do Estado “exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções, visando a produção de efeitos jurídicos conformes ao interesse público, com ela objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria administrativa”.⁸³

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 196.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, 153.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 367.

⁸⁰ ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 167.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 378.

⁸² CIAMPAGLIA, Márcia Cristina Nogueira. **Ato administrativo inválido e a restauração da legalidade**. 2014. 172 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 17-18.

⁸³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 498.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, ato administrativo é a "exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público".⁸⁴

Nessa toada, João Antunes dos Santos Neto define o ato administrativo como "declaração estatal feita sob regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, formulado para consolidar o interesse coletivo e a busca pelo bem comum".⁸⁵

É uma declaração de vontade do Estado, efetuada no exercício de suas prerrogativas, ou seja, sujeita ao regime jurídico administrativo, capaz de produzir efeitos jurídicos imediatos, cujo objetivo é atender ao interesse público e sindicável pelo Poder Judiciário.⁸⁶

A formação do ato administrativo se inicia com a ocorrência de uma circunstância fática ou de direito, consistente no motivo, apta a impulsionar a emissão pela Administração Pública de declaração, por meio de um agente competente, sob determinada forma prescrita ou permitida pelo ordenamento jurídico e tem como objetivo imediato produzir determinado efeito jurídico para alcançar um resultado de interesse público.⁸⁷

Outrossim, é indispensável o exame dos elementos dos atos administrativos para embasar os tópicos subsequentes, inclusive na classificação em atos administrativos vinculados e discricionários. Cumpre ressaltar a frequente sistemática utilizada no ensino jurídico, em classificações e abordagens apartadas dos conceitos, sem adentrar no mérito da didática ou da validade de sua utilização, o que se pretende, por ora, é a fluidez do tema, sem esgotar os tópicos, mas construindo-os de forma a demonstrar ao leitor os principais conceitos teóricos que circundam o tema abordado.

Dito isso, passo à indicação dos elementos do ato administrativo, cuja divergência doutrinária é explanada por Di Pietro, a partir da nomenclatura utilizada, uma vez que alguns autores utilizam o vocábulo elementos, enquanto outros preferem requisitos.⁸⁸

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 89.

⁸⁵ SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 99.

⁸⁶ CIAMPAGLIA, Márcia Cristina Nogueira. **Ato administrativo inválido e a restauração da legalidade**. 2014. 172 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 20.

⁸⁷ CIAMPAGLIA, Márcia Cristina Nogueira. **Ato administrativo inválido e a restauração da legalidade**. 2014. 172 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 21.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 202.

A exemplo do autor Edmir Netto de Araújo ao distinguir as expressões elementos e requisitos dos atos administrativos, com significados diversos. Enquanto os elementos são necessários para existência do ato, os requisitos são condicionantes de sua validade.⁸⁹

No tocante aos elementos do ato administrativo, promove a seguinte distinção: intrínsecos, os quais estão contidos dentro do próprio ato; e extrínsecos, externos ao ato. Os elementos intrínsecos são a declaração de vontade, a forma e o objeto ou conteúdo. Já os elementos extrínsecos são o agente manifestante da vontade do Estado; o tempo e o lugar, sem os quais não haveria o fato jurídico. Por sua vez, os requisitos do ato administrativo são os mesmos dos atos jurídicos, em geral, ou seja, capacidade, competência, declaração válida de vontade, objeto lícito, possível e forma legalmente prescrita ou não vedada - acrescidos do motivo, e da finalidade.⁹⁰

No livro *Do ato administrativo*, o autor Cretella Júnior utiliza terminologia em alusão às ciências médicas, definindo a anatomia do ato administrativo como "o conjunto dos cinco elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da Administração, ou seja, o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim".⁹¹

Ao distinguir elementos e requisitos do ato administrativo, denota que elementos dizem respeito à existência do ato, portanto são indispensáveis para sua validade. Nesse caso, agente, forma e objeto seriam os elementos de existência do ato. Por sua vez, os requisitos são os mesmos elementos acrescidos de características que lhes conferem as condições para produzir efeitos jurídicos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita, ou não defesa em lei. Contudo, o referido autor convencionou com a doutrina majoritária ao tratar dos vocábulos como sinônimos.⁹²

Ainda em analogia com as ciências médicas, Di Pietro menciona o autor italiano Humberto Fragola, que conceitua a anatomia do ato administrativo, indicando os elementos constitutivos e trata dos vícios atinentes aos elementos do ato administrativo, como a patologia dos atos administrativos.⁹³

Diógenes Gasparini adota a expressão requisitos para designar "os componentes que o ato deve reunir para ser perfeito e válido". Sem distinção dos componentes condicionadores de

⁸⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 498.

⁹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 498.

⁹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 22.

⁹² CRETILLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 22.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 214.

existência do ato, referentes à sua validade, o autor elenca sete requisitos: agente público competente, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa.⁹⁴

Na legislação brasileira, a lei nº 4.717 de 1965, notadamente conhecida como Lei da Ação Popular, no artigo 2º, descreve os atos nulos, apontando cinco elementos dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.⁹⁵

Na lição de Di Pietro, uma abordagem mais acertada quanto ao elemento da competência seria fazer referência ao sujeito, uma vez que a competência é apenas um dos atributos para validade do ato; além de competente, deve ser capaz, nos termos do Código Civil. Nesse raciocínio, os elementos do ato administrativo são: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.⁹⁶

Assim, levando em consideração os elementos dos atos administrativos acima mencionados, para este trabalho o seu aprofundamento justifica-se a partir dos critérios de vinculação e discricionariedade concernentes à prática dos atos administrativos.

O sujeito praticante do ato é sempre vinculado, de modo que somente poderá praticá-lo quem a lei conferiu competência. Em relação ao elemento da finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade. Entretanto, o tópico merece cautela ao compreender a finalidade do ato considerada em dois sentidos: “em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo”.⁹⁷

No tocante à forma do ato, em geral, é vinculada, pois a lei a define previamente, determinando sua elaboração por meio de decreto, resolução ou portaria. Ocasionalmente, a lei dispõe mais de uma forma possível para prática do mesmo ato, a exemplo da celebração de um contrato seja por meio de ordem de serviço, nota de empenho ou carta de autorização. Outro exemplo possível é a cientificação de determinado ato ao interessado, caso a lei permita, poderá ser realizada por meio de publicação ou notificação direta. Compreensível, portanto, dizer-se que existe discricionariedade também com relação à forma.⁹⁸

Nada obstante, mais usualmente se observa a discricionariedade nos seguintes elementos: motivo e conteúdo do ato, uma vez que o motivo constitui o pressuposto de fato do ato, antecedente à prática do ato, podendo ser vinculado ou discricionário. Nesse contexto, o

⁹⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**: Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 202.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 214.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 215.

motivo será discricionário quando a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração Pública. Do mesmo modo, quando a lei estabelece o motivo com noções vagas ou vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, reservando à Administração Pública a possibilidade de ponderação sob os critérios de oportunidade e conveniência administrativa.⁹⁹

Derradeiramente, quanto ao objeto ou conteúdo do ato administrativo, haverá vinculação quando a lei estabelecer apenas um objeto possível para atingir determinado fim, e será discricionário quando apresentar vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, nesse caso, todos serão válidos perante a ordem jurídica.¹⁰⁰

Sob essa perspectiva, pode-se compreender que existem níveis de vinculação e discricionariedade, no tocante aos elementos dos atos administrativos, portanto, não se vislumbra a possibilidade de ato administrativo completamente discricionário, tendo em vista os elementos legalmente previstos e vinculados.

Vale ressaltar dentre as várias classificações propostas pela doutrina administrativista, a classificação que diferencia os atos administrativos quanto ao grau de liberdade da Administração Pública em sua prática.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o que boa parte da doutrina denomina como ato discricionário melhor se qualifica como ato praticado no exercício de competência discricionária. São os atos praticados pela Administração Pública com certa margem de liberdade para decisão, uma vez que a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta algum subjetivismo. Enquanto no ato vinculado a Administração Pública tem de praticá-lo sem margem de liberdade para decidir, visto que a lei tipifica o único comportamento possível diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.¹⁰¹

De fato, a nomenclatura utilizada se mostra mais compatível a denominar o instituto complexo com maior tecnicidade, justamente ao advertir acerca da impropriedade da nomenclatura usualmente utilizada, ou seja, atos vinculados vs. atos discricionários, sob pena de produzir graves equívocos jurídicos. Sob o ponto de vista em tela, entende-se que a nomeação mais adequada aos atos comumente chamados discricionários seria de atos praticados no exercício de competência discricionária.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 215.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 216.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 418.

No tocante ao ato praticado no exercício de competência vinculada, consiste naquele em que há prévia e objetiva tipificação legal quanto ao comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em legislação, não restando assim apreciação subjetiva, mas tão somente objetividade absoluta. Por sua vez, em ato praticado no exercício da competência discricionária a Administração Pública goza de certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, não obstante, restrita aos limites legais.¹⁰²

Como será abordado mais a frente, ainda neste capítulo, a legalidade atua como um dos limites da discricionariedade administrativa, precisamente através da sua conformação às normas do ordenamento jurídico.

A margem de conformação ou também designada como margem de liberdade referente à escolha discricionária “corresponde ao mérito do ato administrativo, tal aspecto expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo este efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário”.¹⁰³

Assim, retomando a classificação anterior, merece cautela a oposição entre discricionariedade e vinculação nos atos praticados no exercício de competência vinculada ou da competência discricionária, pois não são conceitos opostos. Não se admite ato administrativo inteiramente discricionário, sem qualquer balizamento legal.¹⁰⁴

Com efeito, Caio Tácito afirma que não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário, “existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa”. O autor entende como um equívoco da doutrina clássica considerar o ato administrativo como um todo indivisível, classificando-o em categorias fechadas. Se “nos detivermos, porém, na análise de sua criação, poderemos concluir, facilmente, que a vinculação ou a discricção se manifesta no tocante a cada um dos elementos essenciais do ato”.¹⁰⁵

Em essência, a distinção entre ambos reside na liberdade conferida à Administração Pública para agir. Nos atos vinculados não há nenhuma liberdade, a lei previamente regulou os aspectos das ações a serem adotadas, ao passo que, nos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária a disciplina legal reserva ao administrador certa

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 423-424.

¹⁰³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 148.

¹⁰⁴ SCIORILLI, Marcelo. Breves considerações sobre a discricionariedade administrativa. **Revista Justitia: Revista do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, p. 1-17, 2001, p. 3.

¹⁰⁵ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 65.

liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, prevendo critérios próprios para avaliar ou decidir o melhor curso de ação para satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar. Nenhum ato administrativo é totalmente discricionário, está sempre vinculado, ao menos, ao fim e à competência. A vinculação decorre da indicação legal de quem é competente com relação à prática do ato, assim como a finalidade do ato é obrigatoriamente um interesse público, extraindo-se, dessa forma, a vinculação em análise da doutrina.¹⁰⁶

Em oposição à doutrina majoritária, Celso Antônio de Mello defende haver certo grau de discricionariedade quanto ao fim do ato administrativo. Apesar de, indiscutivelmente, o fim do ato administrativo ser o interesse público, sob pena de invalidade, para ele a definição de interesse público dispense de apreciação subjetiva. O fim é sempre vinculante, somente poderá ser perseguido o interesse público, entretanto, a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, de juízo discricionário.¹⁰⁷

A partir disso extrai-se a necessidade e a importância da motivação dos atos administrativos, tendo em vista a imperatividade destas “para designar não apenas a manifestação dos motivos, mas também a de todos os elementos que influem na legalidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre o motivo deste e seu conteúdo”.¹⁰⁸

Motivar o ato administrativo é importante não só para examinar os motivos de fato e de direito utilizados para guiar o agente público no processo de tomada de decisão, “apresenta-se também como veículo capaz de apresentar ao administrado a coerência lógica da decisão tomada, bem como a correlação entre o conteúdo do ato administrativo e sua finalidade”.¹⁰⁹

A obrigatoriedade da motivação estabelece limites à atividade administrativa, outorgando eficácia plena aos postulados do Estado democrático. “O direito administrativo atua como uma força centrípeta¹¹⁰ mantendo a autoridade junto ao seu centro motor: a lei. A falta de

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 423-424.

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 425.

¹⁰⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 90.

¹⁰⁹ BERNARDES, Flávio Couto. Procedimento administrativo como motivação do ato administrativo restritivo de direitos. **Pública Direito**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ff5042bc9d37fc4>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹¹⁰ Termo importado da física, cuja deriva da **Segunda Lei de Newton**, também chamada de Princípio Fundamental da Dinâmica. A força centrípeta é a força que age sobre os corpos no movimento circular em determinada trajetória curvilínea. Através dela, é possível mudar a direção da velocidade de um corpo em uma trajetória circular, atraindo-o para o centro. (FORÇA centrípeta. 20XX. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/forca-centripeta/>. Acesso em: 12 jul. 2021).

motivação favorece movimento centrífugo que, sendo inverso, colide com o sistema de garantias do administrado”.¹¹¹

Por conseguinte, não há ato administrativo discricionário propriamente dito, uma vez que o administrador nunca desfruta de liberdade total no exercício de sua competência, porém, pode haver o exercício de juízo discricionário para com as opções legalmente previstas para determinada ocorrência.

Porquanto “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”. Casos nos quais o poder da administração é vinculado, pois, a lei não deixou opções, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.¹¹²

Ao tratar do mérito do ato administrativo o intérprete se coloca em uma zona de incertezas, tendo em conta as pouco simples construções doutrinárias que cuidam da conceituação da margem de liberdade conferida ao administrador público para atuar com uso do poder discricionário. O mérito do ato administrativo é o núcleo central da discricionariedade administrativa, considerada a liberdade de atuação do administrador público.¹¹³

O mérito administrativo resta assentado na ocasião em que a Administração Pública decide acerca da conveniência ou da oportunidade da prática de determinado ato administrativo. Este juízo político do administrador se traduz no mérito administrativo, que é elemento integrante das práticas discricionárias da Administração, jamais existindo na atividade administrativa vinculada.¹¹⁴

Assim, o mérito administrativo constitui análise discricionária, dentro dos limites legais, ou seja, regras e princípios, especialmente da proporcionalidade e da razoabilidade, revelando-se na ação do administrador formar um juízo de valor quanto à conveniência e quanto à oportunidade do ato administrativo.¹¹⁵

¹¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. **Revista de Direito Público**, São Paulo, vol. 18, n. 75, p. 118-127, jul./set. 1985, p. 119.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 212.

¹¹³ LEITES, Henrique Moreira. **Discricionariedade administrativa: Uma aproximação hermenêutico-constitucional**. 2008. 111 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 62.

¹¹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹¹⁵ STELZER, Joana; BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita; LEDO, Ana Paula Ruiz Silveira. Novos limites de controle externo do mérito administrativo na regulamentação do isolamento social: o poder judiciário paranaense perante os decretos de agentes políticos do poder executivo na pandemia de covid-19. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUZA, Thanderson Pereira (org.). **Direito administrativo em transformação**, cap. 14, Florianópolis: Habitus, 2020, p. 256.

O autor Seabra Fagundes pontua que “O mérito do ato administrativo está no seu sentido ou conteúdo político. Traduz-se, praticamente, na justiça, equidade, utilidade, razoabilidade, oportunidade e conveniência, de cada medida tomada pela Administração”. E mais, afirmando que o mérito “não constitui elemento autônomo no conjunto de elementos, que compõem o ato administrativo, senão apenas um aspecto, um modo de ser desse ato, no que concerne aos motivos e ao objeto”.¹¹⁶

A crítica quanto a impossibilidade de uma discricionariedade plena ou de uma vinculação total é ressaltada por Leites, em análise do âmbito da liberdade consistente no mérito, que corresponde às eleições de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A discricionariedade pura não existe, não há completa liberdade de atuação, uma vez que o sistema jurídico e a pluralidade de valores e princípios sempre estão a limitar uma tamanha esfera de atuação. Nessa conjuntura, o apelo a subjetivismos não universalizáveis, desdobra-se em arbitrariedade.¹¹⁷

A lei pode conferir certa margem de liberdade de apreciação para a administração em relação ao momento da prática do ato; à forma do ato; ao motivo do ato; à finalidade do ato; e ao conteúdo do ato. Portanto, a obrigatoriedade de tomar determinada providência, torna vinculada a atuação da Administração Pública, caso esta possa optar entre atuar ou não, existe discricionariedade.

Por fim, Cristóvam ressalta a importante distinção em relação às categorias jurídicas de mérito administrativo e mérito processual, a fim de evitar confusão semântica entre os dois institutos, dada a natureza da expressão "mérito". Enquanto o mérito processual é o cerne do litígio, cuja pretensão do autor é levada ao juízo por meio do requerimento. “É o conflito que se quer conhecer e resolver com a propositura da ação judicial, o conteúdo material e substancial da contenda, presente em todos os processos judiciais como uma parte constante e principal”.¹¹⁸

Destarte, foram pontuados os conceitos essenciais à compreensão da discricionariedade administrativa, com o intuito de estabelecer as bases doutrinárias que servirão de ponte a uma leitura crítica da discricionariedade administrativa no Brasil e,

¹¹⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 23, p. 1-16, 1951, p. 16.

¹¹⁷ LEITES, Henrique Moreira. **Discricionariedade administrativa**: uma aproximação hermenêutico-constitucional. 2008. 111 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 59.

¹¹⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

posteriormente, sob a ótica do controle exercido pelos demais poderes sobre as ações da Administração Pública.

2.3.2 Discricionariedade no exercício dos atos administrativos

Após recorrer à doutrina para estudar de maneira mais detida os antecedentes conceituais, enfim aportamos no tema central deste estudo que é a discricionariedade administrativa.

Partindo de uma compreensão inicial, não necessariamente jurídica, o significado de discricionariedade é “particularidade de discricionário, do que permite a liberdade de escolha” ou ainda “característica do que depende da decisão de uma autoridade: a discricionariedade do processo”.¹¹⁹

De forma abrangente, é entendida como característica referente à ampla liberdade às preferências, prioridades e aos juízos que o sujeito se vale na sua vida prática.¹²⁰

Na língua portuguesa, é preferível a utilização da forma discricionariedade à discricionaridade. O termo deriva do latim *discritione (m)*, e é vinculado à mesma origem dos verbos transitivos *discerno*, *discrevi*, *discretum* e *discernere*, que significam separar, discernir, distinguir. Discricionário ou discricional tem sentido de deixado à discricião, livre de condições ou não limitado.¹²¹

Na seara jurídica, entende-se por discricionariedade a possibilidade, fundamentada em norma originária, ao exercício integrativo do interesse público nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivado.¹²²

Conceitualmente, poder discricionário, é compreendido como a liberdade de atuação da Administração Pública, que permite ao administrador valorar a oportunidade e conveniência da prática de ato administrativo, desde que respeitados os limites legais.¹²³

Para o direito administrativo, constitui prerrogativa da Administração Pública a fim de optar dentre duas ou mais soluções, segundo critérios de conveniência e oportunidade, o denominado juízo de mérito do gestor público, visando a solução que melhor atenda ao interesse

¹¹⁹ DICIO, Dicionário Online de Português. **Significado de discricionariedade**. 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/discricionariedade/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹²⁰ SANTOS, Marcelo Pereira dos; HOGEMANN, Edna Raquel. Deferência com as escolhas públicas. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, vol. 33, n. 2, p. 222-249, ago. 2019.

¹²¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Discricionariedade**. 2012. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/169-discricionariedade/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹²² SANTOS, Marcelo Pereira dos; HOGEMANN, Edna Raquel. Deferência com as escolhas públicas. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, vol. 33, n. 2, p. 222-249, ago. 2019, p. 224.

¹²³ ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 134.

público no caso concreto. À vista disso, é hipótese diversa do arbítrio, pois os agentes públicos devem pautar-se na consecução do interesse público.¹²⁴

Segundo Hely Lopes Meirelles, o poder discricionário: "É o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo".¹²⁵

Sob um viés prático, a discricionariedade, fundamenta-se em dois dos argumentos, quais sejam: evitar o automatismo por parte dos agentes administrativos, perante a obrigação de aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, e a impossibilidade do legislador de prever todas as situações possíveis a serem enfrentadas pelo administrador.¹²⁶

No entanto, a mencionada liberdade de ação está sempre restrita aos limites legais, nessas hipóteses, porém, a lei não estabelece um único comportamento a ser adotado pelo administrador, legitimando assim a liberdade de escolha, da conveniência, da oportunidade e do conteúdo do ato.¹²⁷

Portanto, a "discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, a forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado". Por certo, o administrador, ao praticar ato discricionário, deve ter competência legal para tal; além de obedecer à forma legal para a sua realização; e atender à finalidade legal de todo ato administrativo, o interesse público.¹²⁸

Extensamente é reconhecida como a discricção do legislador, regulamentar, jurisdicional e governamental para manifestar a possibilidade jurídica do exercício de competências legais, integrando as definições abstratas ou concretas do interesse público.¹²⁹

Em suma, discricionariedade é liberdade dentro dos limites legais e pode ser definida como: "A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal".¹³⁰

Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Agir arbitrariamente pressupõe a conduta antijurídica do agente, violando a ordem jurídica ao proceder fora dos

¹²⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 143.

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 213.

¹²⁷ ROSSI, Lúcia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 134.

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116.

¹²⁹ SANTOS, Marcelo Pereira dos; HOGEMANN, Edna Raquel. Deferência com as escolhas públicas. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, vol. 33, n. 2, p. 222-249, ago. 2019, p. 224-225.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 426.

limites da lei. Nesse caso, o ato será ilícito, por isso passível de correção judicial. No entanto, ao agir com discricionariedade, o agente cumpre a determinação normativa apreciando o melhor meio de satisfazer o interesse público no caso concreto, diante da margem de atuação legalmente conferida.¹³¹

Em sua tese de doutoramento sobre o tema, Cademartori situa a discricionariedade justamente sobre o ponto de equilíbrio ideal, consistente em faculdade outorgada à autoridade pública para agir com certa liberdade de escolha frente às medidas a serem adotadas, em consonância com os parâmetros normativos, nas circunstâncias que a norma jurídica determine explícita ou implicitamente.¹³²

Isso, sem mencionar que a discricionariedade é indispensável para permitir à Administração Pública o poder de iniciativa, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, o que é, de certa maneira, incompatível com moroso procedimento de elaboração das leis.¹³³

A responsividade democrática é dever dos agentes públicos em relação aos estamentos legislativos do Estado, uma vez que desde a produção da norma legal, todas as manifestações do Poder Público devem ser legítimas. Com isso, o exercício da discricionariedade constitui um desafio ao desenvolvimento coerente do controle específico de legitimidade¹³⁴, ligado ao controle da discricionariedade, especialmente quando se trata dos controles externo e interno dos órgãos públicos.

Ressalta-se que a discricionariedade não é um poder autônomo, pois ela implica em uma liberdade de agir dentro dos limites da lei, ou da moldura normativa composta por regras e princípios, que a Administração Pública ao praticar um ato discricionário continua submetida.¹³⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, a fonte da discricionariedade é a própria lei, subsistindo somente nos espaços legais, a atuação discricionária da Administração Pública é previamente legitimada pelo legislador. Usualmente, a discricionariedade existe quando: a lei expressamente a confere à Administração permissão a fim de atender a conveniência do serviço,

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 426.

¹³² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa: no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 14.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 213.

¹³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 45, p. 13-37, set. 2011, p. 25.

¹³⁵ NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 145.

ou quando a lei é omissa, porque não é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese que a autoridade administrativa deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico; ainda quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada no tempo delimitado, a autoridade poderá escolher o que for mais conveniente.¹³⁶

A discricionariedade pode, também, dizer respeito a uma escolha entre o agir e não agir, ou seja, nas hipóteses em que a atuação é vinculada, a Administração encontra-se obrigada a adotar determinada providência, porém, caso a Administração tenha possibilidade de escolher entre atuar ou não, existe discricionariedade.¹³⁷

Com efeito, a Administração Pública cumpre sua função executiva por meio de atos administrativos, aplicando as previsões legais aos fatos da vida real. Ao atuar de forma vinculada não existe apreciação subjetiva, uma vez que a descrição normativa do comportamento exigido visa resguardar o interesse público inscrito na norma. Por sua vez, ao atuar no exercício de competências discricionárias, possui margem de liberdade decisória, legalmente prevista, para tomar medida que melhor satisfaça a finalidade normativa avaliando as circunstâncias do caso concreto.¹³⁸

Nessa continuidade, discricionariedade e vinculação estão aliadas aos elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Quanto ao sujeito, o ato é sempre vinculado, podendo ser praticado somente por quem detém a competência conferida por lei. Tal lógica aplica-se, também à finalidade, para a qual existe vinculação e não discricionariedade¹³⁹. Com relação à forma, os atos são geralmente vinculados, pois, a lei em regra a define. Contudo, quando falamos em motivo e conteúdo do ato mais frequentemente encontramos a discricionariedade, considerando o motivo como o pressuposto de fato que antecede a prática do ato, poderá ser vinculado ou discricionário. Vinculado quando a lei o descrever com noções precisas. Caso estejam descritos com vocábulos plurissignificativos, também chamados de conceitos indeterminados, teremos um motivo discricionário.¹⁴⁰

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 213.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 213.

¹³⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹³⁹ “Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 214)

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 214.

No tocante aos limites da discricionariedade analisados por meio do controle pelo Poder Judiciário, tem-se como fundamental a distinção entre atos discricionários e atos vinculados. Dado que, nos atos vinculados, não existe restrição ao controle judicial, devido a todos os elementos do ato administrativo estarem definidos em lei, cabe ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar, eventualmente, sua nulidade em caso de inconformidade legal.¹⁴¹

Ao tratar dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, o controle judicial se dá por outra lógica, sendo possível o controle, mas respeitando a discricionariedade administrativa nos limites assegurados à Administração Pública pela lei. Não cabe ao Poder Judiciário invadir esse espaço reservado em lei ao administrador, sob pena de estar submetendo seus próprios critérios de escolha, ao invés da opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência diante do caso concreto. Assim sendo, no caso dos atos discricionários, o Judiciário aprecia a legalidade e verifica se a Administração Pública não ultrapassou os limites legais da discricionariedade. O judiciário poderá invalidar o ato, caso a autoridade ultrapasse o espaço livre deixado pela lei e invada o campo da legalidade.¹⁴²

No que se refere ao controle de políticas públicas, a importância da autorrestrição judicial é demonstrada na defesa da ‘reserva da administração’. Por certo, a discricionariedade administrativa importa na determinação dos critérios, na existência de reserva da Administração, em oposição da reserva de lei.¹⁴³

A reserva da Administração pode ser definida como esfera na qual, de forma negativa, a Administração Pública estaria livre de ingerências de legislação, e de forma positiva, a própria Administração Pública está apta a determinar, com base nos valores constitucionais, os correspondentes objetivos, tarefas e atividades das matérias submetidas.¹⁴⁴

Diante da realidade complexa, há uma tensão entre a discricionariedade administrativa reconhecida aos gestores e as opções técnicas disponíveis, limitadas pela escassez dos recursos.¹⁴⁵ Esta última limitação, a qual constitui fato inerente à prestação material de direitos,

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 217.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 217.

¹⁴³ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018, p. 232.

¹⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 33-34.

¹⁴⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

mormente considerando seus elevados custos, deve-se levar em consideração o dever de garantia do núcleo essencial de direitos fundamentais especialmente ressaltada no neoconstitucionalismo, responsável por redefinir a noção de vinculação dos poderes públicos principalmente a Administração Pública.¹⁴⁶

Outro termo bastante comum no estudo do tema é a chamada discricionariedade técnica, consistente no uso de termos técnicos na lei, cuja interpretação cabe aos órgãos especializados e não ao poder judiciário. A discricionariedade técnica pode ser analisada sob dois aspectos: inicialmente quanto aos atos administrativos propriamente ditos, diferenciando-se a discricionariedade administrativa da discricionariedade técnica, particularmente para fins de controle judicial. Em segundo plano, quanto a discricionariedade técnica dos atos normativos da Administração Pública direta ou indireta, mister identificar a possibilidade de adoção no direito brasileiro, mediante a influência do sistema estadunidense no que diz respeito aos chamados *standards* estabelecidos em legislação pelo Poder Legislativo. A justificativa para tal encontra-se na existência de princípios, normas gerais, diretrizes, ficando a cargo da Administração Pública a competência para avançar os conceitos indeterminados contidos na lei.¹⁴⁷

O conceito de discricionariedade técnica e o das agências reguladoras “penetram no direito administrativo brasileiro sob influência direta do direito norte-americano, ainda que a ideia da discricionariedade técnica tenha se originado na Alemanha e se desenvolvido principalmente no direito italiano”.¹⁴⁸

A controvérsia em torno da discricionariedade administrativa repousa no tema da atividade de regulação administrativa, cuja discussão aborda a mera discricionariedade, em decisão guiada exclusivamente por critérios políticos, conveniência e oportunidade, e os atos de competência vinculada, portanto, completamente sindicável pela autoridade de controle.¹⁴⁹

¹⁴⁶ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?** 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/22/limites-do-controle-externo-da-administracao-publica-ainda-e-possivel-falar-em-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em: 07 mar. 2021.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 9, Salvador, p. 1-10, fev/mar/abr-2007.

¹⁴⁹ DORNELAS, Henrique Lopes. Discricionariedade técnica administrativa e a aplicação do princípio da deferência judicial. In: **I encontro virtual do CONPEDI - Direito Administrativo e Gestão Pública**, 1., p. 59-75, Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/47e8vaeu/F632PuOIkyB9q156.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Em período de Estado liberal, a discricionariedade constava na vinculação negativa da Administração, *negative bindung*, ou seja, a Administração não detinha vinculação positiva mais restritiva para agir e não se submetia a um controle tão rigoroso no aspecto da legalidade. Nesse período, não só no Brasil, mas também em outros países, a discricionariedade não era tida como poder jurídico, mas como poder político.¹⁵⁰

Somente no Estado Social de Direito ou Estado Legalista, a discricionariedade passa a ser observada sob a perspectiva de poder jurídico, tendo tido em Kelsen e seus seguidores os propagadores desta noção, uma vez que foram estes os responsáveis pela inserção da análise da ação administrativa no ordenamento jurídico. Como poder jurídico, a discricionariedade representa um poder emanado da norma legal.¹⁵¹

A digressão histórica formulada por Di Pietro e Nohara nos tópicos anteriores demonstra a necessidade de adequação do discurso judicial do precedente à realidade do seu tempo.

Na mesma linha, Ferraz pontua: “avancamos de um modelo político de Estado para um *tertius* de configuração ainda desconhecida, maleável e instável, onde o poder estatal encontra-se fragmentado, subdividido e severamente disputado”. Na atualidade, há um movimento revelador de um poder judiciário ocupado com sua moderna atribuição institucional, muito propenso à concretização em abstrato da Constituição do que jamais antes se vira ocorrer. Alguns precedentes podem exemplificar essa tendência, como: a definição do número de vereadores, a declaração da verticalização nas coligações partidárias, a recusa cada vez mais veemente do Judiciário ao argumento da reserva do possível, atitude criticada por gestores públicos como uma indevida invasão judicial na esfera do poder de discricionariedade administrativa.¹⁵²

Parte da doutrina pode compreender a tarefa da interpretação judicial dos precedentes hodiernos como “fruto exclusivo da convicção pessoal e da consciência íntima do magistrado, apontando a conseqüente discricionariedade judicial como uma fatalidade positivista”.¹⁵³

Outro tópico bastante controvertido diz respeito à discricionariedade judicial. Embora os possíveis desdobramentos da atividade jurisdicional serão trabalhados mais detalhadamente no capítulo seguinte, apesar disso, neste momento importa abordar o que se encontra na doutrina

¹⁵⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

¹⁵² FERRAZ, Ricardo de Barros Falcão. Motivação política no precedente judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 200, p. 353-364, 2011, p. 353 e 358.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33.

como discricionariedade judicial, a qual, por vezes, esbarra na discricionariedade administrativa durante o controle jurisdicional dos atos administrativos.

É fato que a lei é incapaz de aprisionar a dinâmica da realidade. Diante de tal afirmação, Ferraz questiona se o anseio moderno entre os juristas não seja o catalizador dos modelos pós-positivistas para o abandono dos “critérios epistemológicos de controle do discurso jurídico e se lançarem ao campo na busca da ‘abertura interpretativa’, do ‘ativismo judicial’, da ‘judicialização da vida’”.¹⁵⁴

Com efeito, Jorge Neto afirma que o pós-positivismo ampliou o espaço criativo da atividade jurisdicional, a discricionariedade dos juízes. O que, por consequência, vem recebendo especial atenção da comunidade acadêmica acerca dos seguintes questionamentos: “(a) quais os limites da atividade criativa dos juízes? e (b) quais os métodos hermenêuticos adequados para a interpretação das normas constitucionais de textura aberta?”.¹⁵⁵

Mesmo na resolução de um caso novo ou não previsto, a discricionariedade dos juízes é relativa, dado que todo comando normativo possui um conteúdo claro ao qual o intérprete permanece vinculado, direcionando-o, nos casos não previstos. O julgador pode atuar criativamente, em particular ao fazer escolhas para preencher área de textura aberta. Não obstante, via de regra, encontrará como balizas um núcleo de significado determinado, do qual não poderá afastar-se ao proferir suas decisões.¹⁵⁶

Por este ângulo, a aplicabilidade do princípio da deferência judicial se vincula à discricionariedade técnica na prática de atos administrativos, em especial na deferência judicial na revisão administrativa em razão da expertise e complexidade da matéria e ao poder regulamentar ou normativo administrativo, de expedição de atos normativos por agências reguladoras e entidades da Administração Pública, com fundamento no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal.¹⁵⁷

Por sua vez, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, Sarlet defende o conceito de mínimo existencial como limite ao legislador, implicando também na possibilidade de declaração da inconstitucionalidade material de ato legislativo. No contexto do Estado

¹⁵⁴ FERRAZ, Ricardo de Barros Falcão. Motivação política no precedente judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 200, p. 353-364, 2011, p. 356.

¹⁵⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, vol. 3, p. 131-152, 2014, p. 131.

¹⁵⁶ THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. **Revista de Processo**, vol. 32, n. 150, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11-23, ago. 2007, p. 13.

¹⁵⁷ DORNELAS, Henrique Lopes. Discricionariedade técnica administrativa e a aplicação do princípio da deferência judicial. In: **I encontro virtual do CONPEDI - Direito Administrativo e Gestão Pública**, 1., p. 59-75, Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/47e8vau/F632PuOIkyB9q156.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

Constitucional, o direito a um mínimo existencial se integra a um conjunto de vantagens contra a maioria, uma vez que seria algo fora do alcance da livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente legitimado.¹⁵⁸

A título exemplificativo, pode-se mencionar a realidade do Tribunal Constitucional Alemão, no qual a noção de mínimo existencial é utilizada para abalizar as condições materiais mínimas a uma vida com dignidade, de modo que a discricionariedade do legislador é limitada pela margem de definição da natureza das prestações estatais que servem ao mínimo existencial. Essa liberdade de conformação terá o limite na garantia do mínimo existencial. Afora isso, a deferência para com o legislador, ou seja, com o órgão legitimado pela via da representação popular será feita mediante exercício do assim chamado *judicial self restraint*.¹⁵⁹

Nesse contexto a discricionariedade judicial não deve se substituir à discricionariedade administrativa, porquanto se revelam como espaços decisórios distintos, a discricionariedade judicial é disciplina ainda controvertida na doutrina, conforme será trabalhado no capítulo a seguir, enquanto a discricionariedade administrativa constitui espaço decisório legalmente previsto e atribuído à Administração Pública.

Este trabalho tem a finalidade precípua de resgatar parte de um espaço que vem sendo perdido pela Administração Pública brasileira, quando no exercício de suas funções, especialmente em razão da atuação de órgãos de controle no âmbito do mérito do ato administrativo, atingindo diretamente a noção de discricionariedade na Administração Pública.

Vislumbra-se uma verdadeira depreciação na concepção da discricionariedade por parte da Administração Pública em oposição ao que se pode denominar como discricionariedade no exercício da jurisdição, também chamada de atividade criativa dos juízes que, em boa medida, resulta no ativismo judicial ou em excessos no exercício da jurisdição.

Esse movimento, especialmente no Brasil, advém de uma descrença generalizada na gestão pública e na política, fruto do movimento anticorrupção há anos instaurado em nossa sociedade, refletindo no ordenamento jurídico e nos operadores do direito. Como consequência

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 538-539.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do direito econômico internacional**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 539-540.

cria-se um ambiente inóspito da gestão pública do medo¹⁶⁰, baseado no supercontrole dos órgãos representativos e uma legítima presunção de má-fé dos atos da Administração Pública.

2.3.3 Legalidade e finalidade como limitadores da discricionariedade dos atos administrativos

No tópico anterior foi abordada a discricionariedade administrativa como a margem de conformação conferida à Administração Pública para ponderação dos critérios de conveniência e oportunidade na análise do caso concreto. A distinção entre discricionariedade e arbitrariedade foi igualmente vista para, agora, abordar-se os fatores limitadores da discricionariedade administrativa conforme a legislação vigente.

O princípio da legalidade está consagrado como princípio regente da Administração Pública na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37.¹⁶¹ Sem olvidar de sua relevância aos demais ordenamentos jurídicos, a Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 reconheceu em seu artigo 5º “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”.¹⁶²

Sob a ótica individual o princípio da legalidade pauta a liberdade como regra geral, ao passo que cada homem é livre de fazer tudo o que a lei não lhe proíbe, enquanto, de outro modo, ao Estado impõe-se limitação para a atuação conforme a lei, pautada em lei anterior.¹⁶³

A Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de vantagem em relação ao particular, para o desempenho de suas funções no organismo estatal e a consecução dos seus fins. Na lógica do Estado de direito, contudo, tais poderes são limitados pela lei, a fim de impedir abusos e arbitrariedades cometidos pelas autoridades no exercício da função estatal. Nisso reside a importância do princípio da legalidade em nosso regime jurídico administrativo, em razão de ser a Administração Pública é regrada pelo sistema jurídico vigente, caso a autoridade ultrapasse os limites traçados pela lei, sob pena de ilegalidade.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Ver mais em: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

¹⁶¹ BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁶² FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23-24.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 212.

Isso porque a origem do direito administrativo remonta justamente ao despotismo e abusos por parte do Estado, portanto a lógica dos limites ao poder estatal, mediante equilíbrio na distribuição do poder e sistema de controle recíproco se faz necessária e muito atual nos ordenamentos jurídicos modernos.

A lei e a atividade administrativa possuem estrita dependência e subordinação, com laços mais estritos aos desenvolvidos entre a lei e os particulares. Como se sabe, aos particulares a possibilidade fazer tudo que não lhes seja proibido, "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei"¹⁶⁵, ao passo que a Administração Pública só pode fazer o que lhe seja previamente permitido. Além do princípio da não-contradição, subsiste o princípio da conformidade, tal conformidade sendo substancial posto que não se atende somente na forma ou aparência, mas deve encobrir seu conteúdo, a intenção e a finalidade.¹⁶⁶

Sobre a subordinação da atividade administrativa à lei, Renato Alessi *apud* Mello trata do princípio da legalidade da atividade administrativa em sentido negativo e positivo. Em sentido negativo, pois a atividade administrativa encontra um limite formal insuperável na lei, que estabelece proibições a determinadas atividades, quanto às finalidades a cumprir e no que diz respeito aos meios e às formas a serem seguidas para tal escopo. Em sentido positivo, não apenas no sentido de que a lei vincula positivamente a atividade administrativa a determinados meios ou formas, mas em razão da administração fazer tão somente o que a lei consente, no que tange à atividade de caráter jurídico".¹⁶⁷

Para o autor Miguel Seabra Fagundes atividade chamada discricionária sem dúvida se submete à lei, devido a definição das divisas ao exercício da competência discricionária. Dentro dos limites legais, porém, é livre a influência apenas de razões políticas, sendo essa a essência da discricionariedade, consistente no ponto que a discricção e o mérito se identificam. "Da competência discricionária procede o poder de agir e o âmbito dentro do qual esse poder se pode movimentar constitui o merecimento. o mérito é a medida da discricção".¹⁶⁸

A atividade administrativa discricionária deve estar de acordo com o princípio da legalidade material, consoante às máximas da razoabilidade e da proporcionalidade. Se o ato discricionário for inadequado, desarrazoado ou desproporcional será necessária sua invalidação

¹⁶⁵ BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, 1988, p. 2.

¹⁶⁷ ALESSI, Renato. Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano. 3. ed. Milão: A. Guiffè Ed., 1960, p. 9. *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, 1988, p. 2.

¹⁶⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 23, p. 1-16, 1951, p. 12.

em sede do controle jurisdicional. A “discricionariedade administrativa não prescinde da estreita adequação ao princípio constitucional da juridicidade, sendo que a simples adequação do ato à lei não é o bastante, já que esta é apenas uma das fontes de Direito”.¹⁶⁹

No mesmo sentido, Michel Stassinopoulos *apud* Mello dispõe "Em um Estado de Direito, a administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas está obrigada a agir sempre *secundum legem*".¹⁷⁰

Para Eisenmann *apud* Nascimento o princípio de legalidade define uma relação entre os atos ou ações da Administração pública, não apenas com as normas legislativas, mas todas as espécies de normas de direito, ou seja, com as leis constitucionais, as leis ordinárias, os regulamentos, os tratados internacionais, os usos e costumes, bem como a jurisprudência. Dentre as normas de direito citadas, em primeiro plano vêm os princípios gerais do direito.¹⁷¹

A despeito dos fundamentos constitucionais do controle da discricionariedade administrativa no Brasil e dos seus limites impostos pelo princípio da separação de poderes e pelo princípio da legalidade permanecerem idênticos desde a primeira Constituição da República inaugurada em 1891 até a da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico pátrio sofreu mudanças significativas através da dogmática administrativista no sentido da (re)modelação do controle jurisdicional da discricionariedade. Segundo Nascimento a doutrina francesa, embora divergente da brasileira, ao entrar em contato no tocante ao controle da legalidade administrativa permitiu a elaboração dos fundamentos da ampliação do controle jurisdicional da Administração Pública, especialmente nos casos do controle de atos praticados no exercício das competências discricionárias.¹⁷²

Os fundamentos dogmáticos obtiveram papel fundamental no processo de erosão da legalidade administrativa que, segundo o supramencionado autor, promovem a configuração do

¹⁶⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹⁷⁰ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Sirey, 1954, p. 69. *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, 1988, p. 69.

¹⁷¹ Charles Eisenmann, “O direito administrativo e o princípio da legalidade”, p. 49, (trad. por Ruth Barbosa Goulart de “Le Droit Administratif et le Principe de Légalité”, in *Études et Documents – Conseil d’Etat*, nº 11, pp. 25-55,) *apud* NASCIMENTO, Antonio Rodrigues do. **Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil: da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade**. 2019. 156 fls. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 57.

¹⁷² NASCIMENTO, Antonio Rodrigues do. **Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil: da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade**. 2019. 156 fls. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 59.

modelo de controle jurisdicional da discricionariedade no Brasil contemporâneo, em que pese o direito constitucional positivado.

Inicialmente o termo erosão indicando o princípio da legalidade foi utilizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho em artigo publicado em São Paulo, em 1977, para tratar da inflação legislativa causada pela ditadura militar, que utilizava a lei para solução de problemas contingentes, causando incerteza e insegurança jurídica.¹⁷³

O autor Paulo Otero relaciona sentidos diversos ao termo erosão ao princípio da legalidade, primeiramente quanto à função legislativa em decorrência da profunda evolução do significado e do valor da Constituição sobrevieram limites procedimentais e materiais ao exercício da função legislativa, transformando a lei num ato subordinado. Por sua vez, sobre a função administrativa, o autor faz referência a duas acepções da erosão da legalidade, conforme a “erosão na legalidade da actuação administrativa provocada pelas ‘normas legais em branco’” e ainda à “derrogação administrativa, revelando também a erosão da legalidade, confere aos órgãos administrativos uma verdadeira disponibilidade sobre a estatuição legal”.¹⁷⁴

Não obstante os sentidos acima expostos, Nascimento utiliza a expressão erosão da legalidade para designar o “processo de progressiva indeterminação do princípio da legalidade cuja causa encontra-se na relativização de seu conteúdo originário pela doutrina e jurisprudência”. A indeterminação decorreu nos sistemas jurídicos-administrativos europeus sob a influência da doutrina francesa do bloco da legalidade em Hauriou. Já no Brasil, no tocante ao controle da legalidade administrativa mediante a recepção da tese do controle do ato discricionário por desvio de poder ou de finalidade, o autor aponta como ápice as teses contemporâneas que defendem o controle jurisdicional extremo realizado pela aplicação direta da Constituição pelo intérprete sem qualquer mediação das regras legais, baseado na primazia dos princípios sobre as regras e na ponderação dos princípios pela argumentação *ad hoc*.¹⁷⁵

Dessarte, em síntese do tópico, vislumbra-se a limitação da discricionariedade administrativa a partir de sua conformação com a lei e a finalidade legal. A liberdade de ação não é e nunca será irrestrita, pois atrelada aos limites legais. Sob pena de confundir-se com a arbitrariedade.

¹⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 10, p. 1-20, 1977, p. 16.

¹⁷⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011, p. 893-904.

¹⁷⁵ NASCIMENTO, Antonio Rodrigues do. **Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil**: da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade. 2019. 156 fls. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 60-61.

Nesses termos, o próximo tópico visa abordar outros paradigmas que podem limitar a discricionariedade administrativa.

2.3.4 Razoabilidade e proporcionalidade como limitadores da discricionariedade dos atos administrativos

O termo razoabilidade indica a qualidade de razoável, adjetivo de origem latina, derivada da palavra razão - *ratio* - no sentido de causa, cômputo ou medida. A expressão “ter razão” significa, usualmente, estar baseado em justo motivo ou em motivo legítimo.¹⁷⁶

A limitação da razoabilidade emerge do conhecimento intuitivo, decorrendo mais de uma sensação de desproporção ou impropriedade do que do conhecimento intelectual, obtido em raciocínios complexos. Nada obstante a percepção do irrazoável seja de imediato apreendida pela intuição, esta não pode, no âmbito jurídico, ser aceita, pura e simplesmente, sem processos intelectuais de justificação e argumentação.¹⁷⁷

Ao tratar da razoabilidade e da proporcionalidade Hely Lopes Meirelles aponta que são princípios implícitos na Constituição Federal, por meio dos quais se busca “aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”.¹⁷⁸

A razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Contudo, destaca-se que “a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque cada norma tem razão de ser”.¹⁷⁹

Nesse sentido, assente Licínia Rossi ao pontuar que a razoabilidade é arguida somente nos atos discricionários, tanto que nos atos vinculados há presunção legal de razoabilidade. A autora compreende o princípio da razoabilidade como intrinsecamente ligado à proporcionalidade, pois ambos se entrelaçam e se complementam. Dessa maneira, conceituamos em conjunto, determinando o princípio da razoabilidade como aquele segundo o qual a Administração Pública deve atuar de maneira equilibrada, sensata, aceitável, a fim de evitar intervenção ou restrição abusiva ou desnecessária contra o administrado.¹⁸⁰

¹⁷⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

¹⁷⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

¹⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 96.

¹⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 96.

¹⁸⁰ ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 85.

Tal preceito seria decorrente da congruência lógica entre o motivo ou fato e a atuação concreta da Administração, constatando se ato administrativo foi praticado em conformidade com os ditames legais. Nessa acepção, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade possui três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade. Segundo o elemento de adequação, as decisões formuladas pelo Poder Público devem ser aptas a atingir seus objetivos. Em relação à necessidade ou exigibilidade, observa-se a existência de meios menos gravosos para consecução dos objetivos. Ainda, no tocante à proporcionalidade *stricto sensu*, será feito o sopesamento da proporção entre o ônus imposto e o benefício trazido.¹⁸¹

No pensamento jurídico anglo-americano, a razoabilidade é parte fundamental de uma análise holística do direito, em contraste com o sistema estruturado de análise da *civil law*.¹⁸² O termo "razoável" é utilizado em diversas oportunidades e contextos, tais como: cuidado razoável, erro razoável, risco razoável, dúvida razoável, força razoável.¹⁸³

Na obra *The Common Law* do autor Oliver Wendell Holmes Jr., publicada em 1881, restou consagrado o pensamento do padrão de homem razoável, em inglês *reasonable man standard*, como critério objetivo de comportamento de uma pessoa razoável sob determinadas circunstâncias, no original *the actions of a reasonable person under the circumstances*.¹⁸⁴

A razoabilidade se refere ao juízo de equidade, concerne ao sopesamento de interesses concorrentes. Nesse sentido, a "razoabilidade é um reconhecimento de diversidade, é um argumento para tolerância, é um apelo a deferência".¹⁸⁵

No direito brasileiro, o princípio da razoabilidade é considerado intercambiante do princípio da proporcionalidade, sendo um "produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; (ii) e do princípio da proporcionalidade do direito alemão".¹⁸⁶

¹⁸¹ ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 85.

¹⁸² ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 8.

¹⁸³ Reasonable care, reasonable error, reasonable risk, reasonable doubt, reasonable force.

¹⁸⁴ FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 64.

¹⁸⁵ FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 592 e 603.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.

Sarmiento pontua que a doutrina brasileira trata de forma superficial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, referindo-se à origem germânica do primeiro e americana do segundo. Em suma, embora ambos sejam decorrentes de matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado, qual seja, “coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição”.¹⁸⁷

Em sua tese de doutoramento, a Professora Irene Patrícia Nohara realizou estudo aprofundado dos limites da razoabilidade no Brasil. Para tanto, realizou uma digressão sobre a história do referido princípio, elencando diversos motivos para que o juízo de razoabilidade seja considerado como estruturante no ordenamento jurídico pátrio, e pressuposto de funcionalidade do Estado Democrático de Direito. A aplicação da razoabilidade possui algumas dimensões segundo a autora: (a) elaboração da lei pelo legislador, (b) regulamentação da lei por parte do Executivo, e (c) edição e execução de atos administrativos de efeitos concretos pelo agente público.¹⁸⁸

Enquanto na criação da lei, o legislador possui discricionariedade para optar entre uma série de meios para a consecução das finalidades constitucionais. “Esses meios, ou discrímes normativos, devem ser adequados, eficazes e proporcionais com os fins a serem atingidos, sob pena de inconstitucionalidade substancial”. Isso, pois a função legislativa, em verdade, não deve ser tida como incondicionada, uma vez que deve obedecer às diretrizes e normas constitucionais, formal e materialmente.¹⁸⁹

O administrador público, por sua vez, ao criar atos normativos decorrentes de suas atribuições legais, deve estabelecer parâmetros de concretude adequados, eficazes e proporcionais às finalidades legais. Dispondo de discricionariedade mais limitada àquela conferida ao legislador, uma vez que o Poder Executivo, ao regulamentar a lei, obedece aos preceitos constitucionais, à razoabilidade de sua ação e, também, aos parâmetros estabelecidos pela própria lei, tendo esta estabelecido, desígnios mais claros. Os atos normativos estão contidos no próprio ordenamento e devem guardar coerência com ele.¹⁹⁰

Nessa continuidade, o administrador público na edição ou na execução de atos administrativos, de efeitos concretos, igualmente deverá agir obedecendo à razoabilidade, “sob

¹⁸⁷ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 2. tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 87.

¹⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

¹⁸⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

¹⁹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

pena de desvio de finalidade, se não buscar os fins legais, ou de excesso de poder meios empregados forem desproporcionais à justa medida para a consecução finalidades públicas”.¹⁹¹

A razoabilidade e a proporcionalidade são bases relevantes para a adaptação dos atos estatais aos valores coletivos predominantes na comunidade jurídica, sem a necessidade de edição constante de novos atos estatais para regular situações jurídicas novas. Os institutos concedem espaço ao intérprete para adaptar a pauta axiológica vigente das normas constitucionais aos novos contextos e ponderar os bens em conflito, além da possibilidade de análise da materialidade das normas e de realização da justiça no caso concreto.¹⁹²

Dessa feita, a razoabilidade é utilizada na aplicação da igualdade, à medida que permite verificar os elementos existentes: critério e medida. A partir disso pode ser considerado como princípio de interpretação, cuja função é traduzir as normas constitucionais dos atos estatais, procurando sempre seguir os ideais de justiça. Em contrapartida, o ideal de razoabilidade poderá se tornar injusto caso haja o afastamento da segurança jurídica. Na aplicação da razoabilidade, ao ponderar acerca da relação entre meio e fim está contido no princípio da proporcionalidade, este último possui caráter estruturante, condutor da elaboração das normas e das regras jurídicas.¹⁹³

Em suma, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio não podem ser vistos como critérios absolutos e de viés subjetivo. Devem sim ser incorporados como conceitos valorativos a serem considerados e postos em prática nas ações da Administração Pública, assim como nas análises por órgãos controladores ao apreciarem os atos administrativos discricionários.

A seguir serão abordados os possíveis problemas decorrentes da violação ou quebra da legalidade na prática dos atos administrativos.

2.3.5 O abuso do poder e a teoria do desvio de poder

O rompimento da legalidade certamente não ocorre somente nos espaços conferidos ao administrador público para exercer a competência discricionária. Cuida-se de ações violadoras, que independem do grau de vinculação do ato administrativo. É notório que, nos

¹⁹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

¹⁹² NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 88.

¹⁹³ MARGRAF, Alencar Frederico. Discricionariedade na utilização dos princípios e suas consequências. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 98, p. 239-257, 2016, p. 7.

atos administrativos com maior ou total vinculação, o abuso ou o desvio de poder podem se tornar mais evidentes.

O que não impede a sua configuração nos espaços de maior discricionariedade administrativa. Destarte, embora o tópico anterior tenha pautado a legalidade como limitador da discricionariedade administrativa, tratam-se de hipóteses bastantes utilizadas por órgãos de controle para coibir condutas violadoras da legalidade, impedindo o arbítrio por parte da Administração Pública.

Segundo Hely Lopes Meirelles, nos Estados de Direito, como é o Brasil, a Administração Pública deve obediência à lei em todas as suas manifestações, inclusive nas atividades discricionárias, de maneira que o gestor público está submetido às prescrições legais quanto a competência, finalidade e forma, agindo com liberdade tão somente na limitada faixa de conveniência e oportunidade.¹⁹⁴

Antes de adentrar na teoria do abuso de poder, destaca-se que o uso do poder é lícito, constituindo-se como uma prerrogativa da autoridade administrativa, ao ser empregado em conformidade com as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Este poder é confiado ao administrador público a fim de ser usado nos limites do bem-estar social e em benefício da coletividade administrada.¹⁹⁵

Em contrapartida, ao se deparar com a utilização desproporcional do poder confiado à autoridade administrativa, configura-se como abuso de poder, modalidade ilícita, sendo, conseqüentemente, nulo todo ato abusivo, seja por excesso ou desvio de poder.¹⁹⁶

A origem da teoria do abuso de poder remonta à França, com o fortalecimento do princípio da separação dos poderes e a criação da jurisdição administrativa no âmbito do Poder Executivo.¹⁹⁷

Como órgão superior da jurisdição administrativa francesa, o Conselho de Estado representa marco histórico significativo na história do Direito Administrativo, devido a atuação independente desse órgão, a jurisprudência administrativa foi consolidada, servindo de base à construção do próprio Direito Administrativo.¹⁹⁸

¹⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 112.

¹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 112.

¹⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 112.

¹⁹⁷ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 182, p. 177-210, 2009, p. 178.

¹⁹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Do desvio de poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 73.

A digressão histórica sobre a formação do Direito Administrativo, formulada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, reforça a importância do Conselho de Estado e do direito francês para a autonomia do Direito Administrativo, conforme:

O termo inicial do nascimento do Direito Administrativo, geralmente tem como marco inicial indicado na Lei de 28 pluvioso do Ano VIII, 1800, pois organizou juridicamente a Administração Pública na França. A digressão histórica sobre a formação do Direito Administrativo, formulada pela autora, reforça a importância do Conselho de Estado e do direito francês para a autonomia do Direito Administrativo, com destaque à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se construiu o Direito Administrativo.¹⁹⁹

O direito administrativo e o próprio Estado de direito têm sua origem atrelada visceralmente ao sistema de separação de poderes, considerando-se que, diante dos abusos do Estado Absolutista, centralizado na figura do rei legislador, administrador e julgador, substituiu-se este último por um sistema de limitações e contenções internas e externas do poder político. Como Cristóvam bem acentua, embora a separação de poderes não tenha sido propriamente aplicada na história sociopolítica da antiguidade clássica, no plano filosófico registra-se a preocupação em identificar e separar as funções político governamentais, conforme Aristóteles na obra *A Política*.²⁰⁰

Como visto anteriormente no tópico voltado à separação dos poderes, os constituintes franceses pós-revolucionários elevaram o alcance da teoria da separação de poderes, sobretudo com a compreensão de que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. A experiência do Velho Regime e a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, deram ensejo à Revolução. Assim, surge o contencioso administrativo na França, como se vê no texto do artigo 13 da lei de 16-24 de agosto de 1790: “Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem”.²⁰¹

Entretanto, a história asseada da origem do direito administrativo encontra críticas na doutrina administrativista por demais das vezes mascarar o viés autoritário da concentração da função de julgar à Administração Pública voltada ao próprio poder executivo.²⁰²

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

²⁰⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. 2014. 379 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 81.

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4.

²⁰² Para estudos complementares, ver: 2.4.2. Sobre a “outra história” do nascimento do Direito Administrativo e seus reflexos em: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no estado constitucional**

Sem mais acerca da origem da teoria do desvio de poder atrelada às próprias origens do direito administrativo, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do desvio de poder foi positivada como vício de legalidade no artigo 2º da lei nº 4.717 de 1965 ao incluir entre os atos nulos aqueles praticados com desvio de finalidade. Para isso, descreve o desvio de finalidade como aquele que “se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.²⁰³

Outrossim, a lei nº 8.429 de 1992, usualmente chamada de Lei de Improbidade Administrativa por regulamentar as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de ato de improbidade, menciona especificamente ato que atenta contra os princípios da Administração Pública: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”²⁰⁴.

Segundo Di Pietro, isso importa que o desvio de poder constitui ato de improbidade administrativa, sujeito às penalidades previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição e às normas da referida lei.²⁰⁵

Portanto, o desvio de poder ou de finalidade ocorre quando a autoridade administrativa utiliza seus poderes para atingir fim diverso daquele para o qual eles foram conferidos. Em leitura semelhante ao substrato moral inerente ao abuso de direito, Di Pietro elucida que o ato praticado com desvio de poder é aquele cuja autoridade é a competente, os motivos são verdadeiros, o objeto é lícito, mas a intenção do agente se desvia dos fins que justificaram a outorga de competência:

O desvio de poder se equipara a uma fraude, uma simulação. Em geral, nos demais elementos do ato – competência, forma, motivo e objeto – os dados são objetivamente apurados, todavia na finalidade aparece o elemento subjetivo, a pesquisa da intenção do sujeito que praticou o ato ou se omitiu.²⁰⁶

de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. 2014. 379 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

²⁰³ BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965:** Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

²⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

²⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O desvio de poder é vício de legalidade que invalida o ato.** 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/29/o-desvio-de-poder-e-vicio-de-legalidade-que-invalida-o-ato/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O desvio de poder é vício de legalidade que invalida o ato.** 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/29/o-desvio-de-poder-e-vicio-de-legalidade-que-invalida-o-ato/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

A doutrina brasileira, em larga medida, utiliza a seguinte sistemática para abordar a teoria do abuso de poder: o uso do poder pelo administrador público, o abuso de poder pelo administrador público, o excesso de poder pelo administrador público e o desvio de poder pelo administrador público.²⁰⁷

Como visto anteriormente, o uso do poder é a regular utilização da autoridade competente diante das prerrogativas a si conferidas e em conformidade com o ordenamento jurídico e o Estado de Direito.

De outro plano, o abuso de poder se traduz na exorbitância da autoridade conferida ao agente público e se manifesta no excesso de poder, mediante a ultrapassagem dos limites legais, e no desvio de poder, pela consecução de finalidades discrepantes daquelas almejadas pela norma concessiva da competência. “O abuso de poder exterioriza o transbordamento da autoridade além dos limites legais, destoando da diretriz de razoabilidade e maculando a legitimidade das ações praticadas pelo agente público”.²⁰⁸

Dessa maneira, embora competente para praticar o ato, a autoridade ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

Classificado como espécie do gênero abuso de poder, o excesso de poder concretiza-se quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita de suas faculdades administrativas, excedendo sua competência legal.²⁰⁹

Ainda sobre o excesso de poder, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho esclarece que a Administração ultrapassa o permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, desrespeitando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas. “Haverá excesso, não desvio, quando o ato administrativo ultrapassa dos limites legais ou provoca efeitos além dos normalmente previstos na finalidade imposta ao ato pela lei. O problema aqui não é de fim diverso, mas de alcance excessivo na finalidade”.²¹⁰

Já o desvio de poder ocorre, conforme preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello, quando o “agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado”. O autor ressalta, também, que o desvio de poder não é uma mácula exclusiva dos

²⁰⁷ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 182, p. 177-210, 2009, p. 179.

²⁰⁸ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 182, p. 177-210, 2009, p. 180.

²⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 114.

²¹⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 215-216.

atos administrativos, sendo igualmente suscetíveis de ocorrência por ocasião do exercício da atividade legislativa e jurisdicional, ou seja, nas leis e decisões judiciais.²¹¹

Sendo assim, embora competente para a prática do ato, o agente público faz uso da sua autoridade para atingir finalidade diversa daquela que a lei preceituara, mediante a troca dissimulada da finalidade prevista na lei por outra diversa e aparentemente compatível, mas que não traduz o verdadeiro sentido ético e social desejado pelo legislador. “Desvio de poder é, pois, o desvio do poder discricionário. É o afastamento da finalidade do ato”.²¹²

Com efeito, Hely Lopes Meirelles retrata o desvio de poder como “a violação ideológica da lei, ou [...] a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”.²¹³

Portanto, o desvio de poder é praticado sob a “máscara da legalidade”, com a autoridade pública a dissimular o endereço real do ato praticado.²¹⁴ Em definição bastante precisa elaborada por Celso Antônio de Mello, o desvio de poder compreende “A atuação pela qual o poder público, no moneio de uma competência que possui, evade-se ao fim que é próprio dela e busca interesse diverso daquele que teria de ser buscado denomina-se desvio de poder”.²¹⁵

De forma complementar e enaltecendo a origem do direito administrativo, a definição proposta pelo jurista francês André de Laubadère *apud* Mello é de ser mencionada: “Há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência, mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido”.²¹⁶

Em continuação, Marcel Waline *apud* Mello explora o tema ao afirmar que a lei confere ao administrador poder de agir submetendo suas ações ao interesse público. O administrador desvia seus poderes do fim legal, caso se sirva deles para fins ou interesses puramente privados. Ademais, em geral a lei confere certos poderes à administração para agir

²¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 400-401.

²¹² CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampli., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 185-186.

²¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 114.

²¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampli., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 185-186.

²¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, 1988, p. 6.

²¹⁶ LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5. ed. LGDF, 1970. p. n. 894. *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, 1988, p. 6.

não em vista de qualquer interesse público, mas sim exclusiva e objetivamente em vista de um fim bem determinado. Nessa hipótese, o uso de tal poder em vista de um fim, ainda que de utilidade pública, diverso daquele que foi previsto e intuído pelo legislador, constitui um desvio de poder; e é ainda um caso de nulidade do ato administrativo.²¹⁷

Acerca do objetivo legal, Caio Tácito reforça que a lei não concebe a autorização de agir sem um objetivo próprio, a obrigação jurídica visa a um fim especial, presume um alcance e predetermina o próprio alvo. Por conseguinte, não cabe à autoridade pública substituir a finalidade legal do poder com que foi investido, mesmo que pretendendo um resultado materialmente lícito.²¹⁸

Em síntese o jurista, anteriormente mencionado, refere-se à teoria do desvio de poder sob o mérito de focalizar a noção do interesse público como centro da legalidade do ato administrativo. “A administração está obrigada, no exercício de suas atividades, a cumprir determinados objetivos sociais e, para alcançá-los, obedece a um princípio de especialização funcional: a cada atribuição corresponde um fim próprio que não pode ser desnaturado”.²¹⁹

Logo, para encerrar o primeiro capítulo desta dissertação, um breve apanhado dos pontos abordados nos leva a pensar sobre a discricionariedade administrativa inserida em um contexto de ordem, garantias e leis. Não há como tratar de discricionariedade sem envolver os poderes do Estado e sua interação, equilíbrio e controle recíprocos.

Além do que, o desafio é definir minimamente a discricionariedade administrativa como uma liberdade de agir do administrador público, considerando-se a margem de conformação disposta, sob a ótica da conveniência e da oportunidade.

Ressalta-se que essa dita liberdade traduzida em poder discricionário não se descola da legalidade, da supremacia do interesse público e dos demais princípios constitucionais da Administração Pública. Tudo isso para, em consonância com o ordenamento jurídico, no próximo capítulo desembocar nos aspectos do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e a teoria da deferência judicial.

²¹⁷ Waline, Marcel. *Droit administratif*. 9. ed. Sirey, 1963. p. 451, n. 741. apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, 1988, p. 6.

²¹⁸ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 80-81.

²¹⁹ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 80-81.

3 LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A TEORIA DA DEFERÊNCIA JUDICIAL

Neste capítulo a abordagem se volta à atividade judicante, cuida especificamente do controle judicial do mérito administrativo, tema bastante debatido considerando-se a controvertida insindicabilidade do mérito administrativo, outrora defendida pela doutrina.

A necessária e legítima justiciabilidade do mérito administrativo será enfrentada, com ligação direta aos tópicos abordados no capítulo anterior acerca do princípio da separação de poderes e a discricionariedade administrativa, a fim de demonstrar a possibilidade de convivência mútua entre os referidos temas.

Mais além, serão dispostos fenômenos relacionados à atividade judicante, como a judicialização da política e a expansão do poder judiciário, as práticas excedentes dos limites da jurisdição e, por derradeiro, a teoria da deferência judicial.

Ao final, aborda-se a importância do estudo estrangeiro para aprofundar as reflexões dentro do direito pátrio, uma vez que, no capítulo seguinte, a teoria da deferência judicial nos EUA será estudada através de precedentes selecionados da Suprema Corte estadunidense.

Portanto, o objetivo do capítulo é demonstrar os fundamentos do controle judicial no exame da atividade administrativa discricionária, pontuando possíveis excessos da atividade judicante, bem como ressaltando a postura deferencial do julgador.

O controle judicial dos atos administrativos é fundamental sob o ponto de vista do equilíbrio entre os poderes do Estado no Estado Democrático de Direito. Por sua vez, os excessos da atividade de controle especialmente nos espaços de conformação política têm sido, cada vez mais, objeto da função jurisdicional. Ao passo que, o exercício do controle judicial no Brasil pode sim, ter como inspiração o debate e as reflexões propostas sobre a teoria da deferência judicial estrangeira.

3.1 ASPECTOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública se sujeita ao controle por parte dos poderes legislativo e judiciário quando no exercício das suas funções. O intuito do controle é justamente assegurar

que a Administração atue em consonância com os princípios e regras impostos pelo ordenamento jurídico.²²⁰

As modalidades de controle classificam-se quanto ao órgão que o exerce, portanto, controle administrativo, legislativo e judicial. O enfoque deste trabalho recai sobre o controle judicial.

Não há somente uma fórmula para analisar o controle jurisdicional de políticas públicas, e mesmo que houvesse a fórmula universalizante caberia a discussão entre os limites do controle.²²¹

Quando o controle é realizado por órgão exterior à estrutura da Administração Pública é chamado de controle externo. Sob essa classificação, o controle judicial da administração se insere no âmbito do controle externo, e por causa da inércia da jurisdição é sempre exercido por provocação da parte, feito, portanto, *a posteriori*. Realizando-se por meio do ajuizamento de ações, em atenção aos procedimentos formais, com garantias às partes, tais como: juiz natural, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, dentre outras.²²²

O controle judicial não se confunde obrigatoriamente com o desígnio controle jurisdicional, este último tem como exemplo o sistema de jurisdição dupla, a administrativa e a judicial. Portanto, esta forma de controle pode ser definida como aquela realizada por órgão estatal com competência para decidir algum conflito jurídico de forma definitiva. No caso do direito administrativo, a revisão da “atuação do administrador, sob o ponto de vista jurídico, de modo definitivo, sem que contra as decisões de última instância de tal órgão caiba qualquer medida para outro órgão visando a desconstituição da decisão”.²²³

A doutrina especializada lança diversas classificações ao tratar dos aspectos de controle como: controle prévio, concomitante ou posterior, em relação ao momento de controle. Sem falar de controle interno ou externo, mas, como já dito, falaremos do controle judicial dos atos administrativos, portanto controle externo. Assim, com enfoque mais específico no tocante ao controle de legalidade ou de mérito.

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 728.

²²¹ BITENCOURT, Caroline Müller. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, vol. 2, n. 2, p. 143-166, 16 dez. 2015. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/5168/7871>. Acesso em: 13 abr. 2021, p. 145.

²²² ANGIOLUCCI, Maria de Lurdes Aparecida Trujillo. **O controle judicial dos atos administrativos discricionários e a jurisprudência**. 2014. 187 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 35.

²²³ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 147.

Em relação ao aspecto controlado, há o controle da legalidade ou legitimidade dos atos administrativos que abarca, ainda, o filtro constitucional, através do qual os atos administrativos devem obediência à Constituição.

Quando se trata de controle de constitucionalidade, três grandes modelos são identificados no constitucionalismo moderno: o modelo estadunidense, o modelo austríaco e o modelo francês. As matrizes que distinguem entre os modelos contam com aspectos subjetivos, objetivos e processuais. Considerando isso, Barroso propõe a classificação quanto à natureza do órgão de controle, portanto, controle político ou controle judicial.²²⁴

Em realidade, o órgão judicial é competente para exercer os controles definidos como controle difuso ou concentrado, os quais admitem sua realização, como modo de controle judicial pela via incidental ou via principal por ação direta.²²⁵

Na seara do controle de mérito administrativo pode-se ressaltar a distinção entre a classificação dos sistemas de jurisdição. A essência do direito administrativo de matriz europeia-continental foi baseada na dualidade da relação Estado e cidadãos, e autoridade versus liberdade. Em conjunto com as prerrogativas atribuídas à Administração Pública para sua atuação, como a autoexecutoriedade dos atos administrativos, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, discricionariedade insindicável pelo Judiciário, corrente que abordar-se-á mais a frente, havia formas de controle para conter o poder e garantir os direitos dos cidadãos, preservando a liberdade.²²⁶

Disso, decorreu “a necessidade da criação de órgãos de controle externo da Administração, com a finalidade de verificar se a atuação administrativa efetivamente atendeu aos parâmetros legalmente estabelecidos”. No tocante aos órgãos incumbidos do controle do aparato administrativo, há dois tipos de jurisdições de controle.²²⁷

Em relação ao direito administrativo europeu continental, o sistema da dualidade de jurisdição, originado na França pós-revolucionária, consiste em um órgão jurisdicional responsável pelo julgamento de questões afetas à Administração Pública, o Conselho de Estado, enquanto outro, atua na resolução dos casos que envolvam a aplicação do direito comum, o Poder Judiciário. Decorrente de uma interpretação extremada do princípio da separação das

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 41.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 42.

²²⁶ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 146-147.

²²⁷ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 146-147.

funções executiva, legislativa e judiciária, instigada pela desconfiança dos revolucionários franceses em relação à magistratura.²²⁸

Acerca do sistema de jurisdição dupla ou dualista, Medauar dispõe “caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa, destinada a julgar litígios que envolvam a Administração Pública.”²²⁹

A dualidade de jurisdição chegou a vigorar parcialmente no Brasil na época do Império, a partir da criação, em 1824, do Conselho de Estado, órgão, a princípio com funções consultivas, mas no decorrer do século XIX, teve funções jurisdicionais incorporadas, de forma limitada.²³⁰

Contudo, o sistema foi findado quando da Proclamação da República, em 1889, em razão do Conselho de Estado não ter efetivamente exercido a função de controlar os atos administrativos do Imperador, sendo considerado como um colaborador do Império e instituição típica da Monarquia.²³¹

Por sua vez, outra forma de controle jurisdicional da Administração é o da unidade de jurisdição, conforme o nome elucida, possui apenas um órgão estatal encarregado de decidir os conflitos a respeito da aplicação do direito em caráter definitivo, independentemente de os litígios envolverem a Administração Pública. Sua origem remonta aos países da *common law*, especialmente Inglaterra e Estados Unidos, cujo direito administrativo não dispõe prerrogativa especial para a Administração Pública nas suas relações com os particulares, com a submissão de todos ao mesmo órgão jurisdicional.²³²

No Brasil, a unidade de jurisdição foi adotada a partir da Constituição de 1891, sendo replicada nas constituições posteriores. Sem deixar de anotar as incongruências dispostas no modelo de unidade de jurisdição brasileiro, Issa aponta as constituições brasileiras estabeleciam o sistema de unidade jurisdicional com base no sistema da *Common Law* que não prevê qualquer tipo de privilégio ao Estado no trato com o cidadão. Ao passo que o direito administrativo brasileiro buscou fontes doutrinárias na matriz francesa, conferindo

²²⁸ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 146-147.

²²⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 193.

²³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. 481 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 110-111.

²³¹ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 148.

²³² ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 149.

prerrogativas de atuação da Administração Pública. Contudo, sem adotar o modelo de dualidade jurisdicional francês.²³³

Por óbvio, as contradições da formação jurídica brasileira não são exclusividade do direito administrativo, porém as repercussões ao controle da Administração não devem ser ignoradas. A soma da unidade de jurisdição ao direito administrativo de matriz francesa deu ensejo a modelo brasileiro descrito por Bucci como “lacunoso quanto à organização e ainda falho quanto ao controle”²³⁴, com relevante silêncio acerca de parâmetros mínimos de atuação aplicáveis a toda a Administração Pública, de maneira que “as tentativas de erigir um sistema administrativo brasileiro, sempre a partir de algum modelo mal copiado ou mal adaptado do exterior são em parte responsáveis pela irracionalidade administrativa que perdura ainda hoje”.²³⁵

Além disso, a partir da classificação do controle sob o aspecto controlado, tem-se o controle de mérito administrativo que fecunda e instiga todo este trabalho a ser tratado ao longo do presente capítulo com maior profundidade.

A ampliação dos parâmetros de juridicidade da atuação administrativa acarreta a inclusão do controle judicial da discricionariedade, o que não significa a extinção da discricionariedade administrativa enquanto instituto, mas em análise do caso concreto e a ponderação das regras e princípios incidentes, com enfoque na escolha administrativa.²³⁶

Na linha do que foi exposto no capítulo anterior, Binjenbojm assinala a dicotomia atos vinculado e discricionário está superada, devendo-se falar em graus de vinculação do ato administrativo à juridicidade, de acordo com uma escala de vinculação normativa. O mérito do ato administrativo, outrora tido como intocável, sofre a incidência direta dos princípios constitucionais, sob uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa: “a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)”.²³⁷

²³³ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 150.

²³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 1. ed. 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 226.

²³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 1. ed. 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 231.

²³⁶ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 178.

²³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209-210.

Em vista disso, o controle do mérito do ato administrativo é plenamente viável, a fim de assegurar a sua conformação ao ordenamento jurídico, como meio de evitar o abuso de poder e o desvio de finalidade, sob as formas de atos tidos como discricionários. O objeto de estudo passa a ser, enfim, como deve ser realizado esse controle judicial do mérito administrativo.

3.1.1 Sindicabilidade administrativa e a inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos

O princípio do controle judicial ou da sindicabilidade, apoiado no art. 5º, XXXV, da CFBR/88, preceitua “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²³⁸, conferindo ampla competência ao Poder Judiciário para apreciar a legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública submetidos a sua jurisdição.

Constitui-se como uma necessária consequência dos princípios da legalidade e legitimidade, dos princípios adjetivos da responsabilidade e da responsividade, e ainda o princípio substantivo da moralidade administrativa, formulando uma correspondente responsabilidade ético-administrativa.²³⁹

A sindicabilidade pode ser definida como a possibilidade jurídica de submeter-se qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito, a algum tipo de controle. No ramo do direito público, o princípio da sindicabilidade, de natureza instrumental, nutrirá as teorias de controle do poder público, envolvendo a competência, a provocação, os processos e os efeitos das decisões na aplicação dos instrumentos disponíveis.²⁴⁰

A autora Vanice Regina Lírio do Valle revela o cenário anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, no qual a noção insindicabilidade do mérito administrativo sintetizava “o reconhecimento da existência de um campo imune de investigação judicial, portanto, uma deferência no grau máximo, bloqueadora de qualquer análise”. Indicando que o respeito à alternativa da Administração Pública “se punha como cláusula de proteção em

²³⁸ BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

²³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 45, p. 13-37, set. 2011, p. 24.

²⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 45, p. 13-37, set. 2011, p. 25.

abstrato às preferências por ela manifestas, reduzindo o controle judicial aos aspectos tão somente de ordem formal, restando indene a dimensão substantiva da opção administrativa”.²⁴¹

Por muito tempo, essa compreensão foi sustentada a partir da previsão legal constante no artigo 13, §9º, a, da lei 221 de 1894, que regulamentava a organização da Justiça Federal da República.²⁴² Segundo o referido dispositivo, a autoridade judiciária deve abster-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade.

A vedação ao controle jurisdicional do mérito administrativo pelo instrumento normativo da Primeira República, previa que as medidas administrativas tomadas em virtude de faculdades discricionárias somente poderiam ser controladas a partir da ilegalidade em razão da incompetência da autoridade respectiva ou de excesso de poder, conforme o artigo 12, § 9º, b.²⁴³

Sob essa perspectiva, o controle jurisdicional da Administração Pública limitava-se ao exame da estrita legalidade da atividade administrativa, sem apreciar aspectos de mérito dos atos da Administração. Ao juiz restava vedada a invasão do campo privativo à Administração, analisando possíveis vícios de mérito do ato administrativo.²⁴⁴

Para Johnson Barbosa Nogueira "não é aceitável o mito de que o mérito do ato administrativo é insindicável, bem como os atos discricionários. [...] Todo ato administrativo é passível de controle"²⁴⁵. O Estado de direito funda-se na limitação do poder governamental, com poder ilimitado não há Estado de direito.²⁴⁶

O mérito é tido como núcleo da discricionariedade administrativa²⁴⁷. Nessa conjuntura, em virtude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos,

²⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, vol. 25, n. 1, p. 110-132, 2020, p. 113.

²⁴² BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm. Acesso em: 1 mai. 2021.

²⁴³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

²⁴⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

²⁴⁵ NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do Direito. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Paraná, n. 3, 1994, p.749.

²⁴⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

²⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 147.

a discricionariedade se torna amplamente sindicável, uma vez que não há nenhuma esfera da atuação administrativa que não possa ser judicialmente questionada.²⁴⁸

Segundo o princípio da inafastabilidade da jurisdição nenhuma lesão ou ameaça a direito escapa do controle jurisdicional, essa garantia constitucional protege qualquer pessoa de ameaça ou lesão decorrente de ilegalidade, valendo-se dos remédios jurídicos próprios para defender-se na justiça.²⁴⁹

Cuida-se de preceito fundamental do Estado Democrático de Direito insculpido na Constituição Federal, que na lição do Ministro Celso de Mello se justifica "pois, onde inexista a possibilidade do amparo judicial, haverá, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou dos excessos de particulares, quando transgridam, injustamente, os direitos de qualquer pessoa".²⁵⁰

O controle jurisdicional também é decorrente do direito fundamental de ação, direito subjetivo à exigência da prestação jurisdicional do Estado. Ainda que haja previsão constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, nada impede o juízo, a fim de concretizar a segurança jurídica e a democracia, aplique o subprincípio da deferência sempre que a discussão trazida à sua apreciação se der em torno de norma técnica proveniente de Agência Reguladora.²⁵¹

Mesmo com a garantia constitucional assegurando a inafastabilidade do Poder Judiciário quando da existência de qualquer lesão ou ameaça a direito, há casos em que não é possível definir, sem alguma margem de dúvida, qual o melhor resultado entre duas ou mais medidas, com o menor ônus aos cidadãos. A limitação da compreensão humana torna difícil, senão impossível, afirmar qual a medida mais razoável, oportuna, justa, conveniente e adequada.²⁵²

²⁴⁸ LEITES, Henrique Moreira. **Discricionariedade administrativa**: uma aproximação hermenêutico-constitucional. 2008. 111 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 58.

²⁴⁹ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 3.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 6534 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 25 set. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555535>. Acesso em: 28 jan. 2021.

²⁵¹ PINTO, Livia Maria de Almeida. **Subprincípio da Deferência nos Tribunais Superiores**. 2014. 17 fls. Monografia (Especialização em Direito) – Curso de Curso de Pós-graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 14.

²⁵² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Pela lógica, se isso ocorre entre as pessoas, o mesmo se estende à Administração Pública, e ao Poder Judiciário, na ponderação sobre a medida mais adequada ao caso, sob as “peculiaridades do fato concreto, pela indeterminação do mandamento normativo e pela subjetividade da apreciação, não há como se pretender uma homogeneidade decisória”. Diante dessa compreensão, a invalidação de uma escolha administrativa pelo judiciário se torna questionável, permitindo a discussão em torno do mérito administrativo insindicável pelo Judiciário.²⁵³

A inafastabilidade da jurisdição combinada com a deferência administrativa leva o Judiciário, ao ingressar na seara de mercados regulados, à postura deferente às decisões técnicas dos órgãos reguladores. Isso, pois a finalidade da criação das agências reguladoras no Brasil seria justamente trazer estabilidade nas relações econômicas por critérios técnicos.²⁵⁴

Esse raciocínio aplicado às decisões que abordam critérios técnicos, especialmente no âmbito das agências reguladoras, é campo bastante fértil quando transportado para a lógica do que se propõe o presente estudo. Não se busca abordar somente decisões decorrentes de agências reguladoras no recorte deste trabalho, mas os diversos estudos sobre o tema são profícuos para que se pense nos atos administrativos praticados pela Administração Pública como um ramo especializado, cuja tecnicidade, exposição ao ambiente de gestão e, ainda, as diversas variáveis, devem ser consideradas quando submetidas ao poder judiciário.

Nessa toada, em relação ao controle jurisdicional do mérito administrativo das agências reguladoras, o controle deferente é baseado em dois sentidos, primeiramente, na inadequação subjetiva e objetiva dos tribunais, e, ainda, no potencial prejuízo da intervenção à política regulatória das agências. Além disso, a definição de matérias tecnicamente complexas deve ser feita por autoridades administrativas especializadas, prioritariamente, enquanto aos tribunais cabe tão somente uma revisão relativamente superficial.²⁵⁵

Em estudo realizado pela Universidade Federal de São Paulo com a finalidade de analisar diversos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constatou-se que, entre os anos de 1994 e 2010, das 1.371 ações judiciais propostas com objetivo de

²⁵³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

²⁵⁴ BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 22.

²⁵⁵ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 2, p. 537-573, 2018, p. 541.

questionar as decisões de agências reguladoras, mais de 80% dos casos foram julgadas, no mérito, de maneira favorável à agência.²⁵⁶

Em avaliação posterior do referido estudo, feita por um dos pesquisadores originários, Juliano Maranhão avalia quatro fatores ou argumentos utilizados para justificar tal postura: “(i) a supervalorização de questões processuais, (ii) a falta de conhecimento técnico, (iii) influência do direito privado, e (iv) resistência em analisar o aspecto material da política regulatória, recorrendo-se ao formalismo”.²⁵⁷

Importante salientar a diferenciação, estabelecida por Binenbojm, no que se refere à comparação de padrões de agência reguladora independente aplicados nos Estados Unidos da América e no Brasil, porquanto, embora o modelo estadunidense tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, seus propósitos são substancialmente distintos. Nos Estados Unidos da América as agências reguladoras foram concebidas para propulsionar mudanças, através da relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, ao passo que no Brasil foram criadas para preservação do *status quo*, contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.²⁵⁸

O sistema jurídico brasileiro, no âmbito do controle judicial único, adota o modelo inglês, portanto o controle dos litígios envolvendo a Administração Pública é de competência dos tribunais comuns, diferentemente de países que adotam o modelo francês de dualidade de jurisdição e possuem um Conselho de Estado ou órgão específico para solucionar litígios. No entanto, não se pode olvidar que há casos em que os órgãos do poder judiciário não detêm as melhores condições de avaliação, raciocínio e a técnica, todos adotados para embasar tomada de decisão pelo poder executivo no exercício da atividade administrativa, especialmente as questões proferidas por agências reguladoras. Em razão da complexidade técnica da matéria e da expertise do órgão regulador, o poder judiciário promoveria a manutenção da decisão

²⁵⁶ AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. (Relatório final da pesquisa). São Paulo: USP, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

²⁵⁷ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro**, São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021, p. 36.

²⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 240, p. 147-167, 2005, p. 153.

administrativa, diante da aplicação da deferência judicial, em postura de autocontenção do poder judiciário.²⁵⁹

A sindicabilidade judicial no tocante às decisões tomadas pelos parlamentos diz respeito à defesa dos denominados *interna corporis* do poder legislativo, especialmente quanto à materialidade da norma violada. Segundo Hely Lopes Meirelles, *interna corporis* são questões afetas “direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara”.²⁶⁰

Com efeito, há divergência no alcance do controle, seja no reconhecimento da imunidade dos atos lastreados nos regimentos das casas, ou ainda na possibilidade de controle restrito aos atos internos contrários a procedimentos formais estabelecidos na Constituição, existindo, ainda, defesa, por parte de alguns autores, de que o controle judicial sobre os atos violadores das disposições regimentais dos ritos parlamentares.²⁶¹

Em tese de livre docência da Universidade de São Paulo, Marcos Augusto Perez aborda justamente o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa como tema central para o direito administrativo contemporâneo, relacionado à efetividade da Constituição e do Estado Democrático de Direito. ace o exposto, afasta-se a teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário em proveito a novos métodos aptos a expandir e aprofundar o exame da legalidade em sentido amplo das decisões administrativas, conciliando “três princípios constitucionais fundamentais para o funcionamento do Estado Democrático de Direito: a vedação ao arbítrio, o amplo acesso à jurisdição e a separação de poderes”.²⁶²

Com efeito, há de ser verificada a atuação concretizadora da finalidade da lei, por parte da Administração Pública. Não somente respeitando, como também implementando os vetores axiológicos do ordenamento jurídico. O autor Paulo Magalhães da Costa Coelho afirma, de maneira categórica, a plena eficácia e execução do controle da principiologia constitucional, levado a cabo em suas últimas consequências, fazendo assim valer os vetores constitucionais,

²⁵⁹ DORNELAS, Henrique Lopes. Discricionariedade técnica administrativa e a aplicação do princípio da deferência judicial. In: **I encontro virtual do CONPEDI - Direito Administrativo e Gestão Pública**, 1., p. 59-75, Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danielofr.info/publicacoes/olpbq8u9/47e8vaeu/F632PuOIkyB9q156.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

²⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 683.

²⁶¹ SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

²⁶² PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. 2018. 359 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 9.

cuja tarefa imperiosa do Poder Judiciário, “que não pode se acovardar a pretexto de invasão de competência de outro poder”.²⁶³

A questão do controle judicial de políticas públicas, portanto, é tida como garantia no constitucionalismo contemporâneo, a partir da transformação da teoria da separação de poderes. Assim como, a discricionariedade administrativa, traduzida no mérito administrativo, é passível de controle em caso de desproporcionalidade em relação aos demais preceitos e princípios constitucionais que conduzem a atividade administrativa.²⁶⁴

Resta evidente que o poder judiciário, com a missão institucional de controle, deve atuar com “a finalidade de evitar a violação de direitos eventualmente praticada sob a roupagem da prática de atos discricionários e dotados de ampla margem de apreciação técnica”.²⁶⁵

Por fim, pode-se dizer que boa parte da doutrina se alinha ao sentido da sindicabilidade do mérito administrativo, o que resta a se pensar e prezar é pelo exercício do controle de modo a garantir da concretização dos princípios e regras dispostos em nosso ordenamento jurídico, sejam valores constitucionais ou infraconstitucionais. Sem olvidar do respeito aos papéis institucionalmente atribuídos aos poderes, também fazendo valer as prerrogativas institucionais.

3.1.2 Judicialização da política

Este tópico pressupõe a necessária distinção entre os termos judicialização política e ativismo judicial, tendo em vista ambos denotarem as transformações sofridas pelo Poder Judiciário e sua atuação ao longo do tempo. No Brasil, marco de radical transformação foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente na forma como era realizado o exercício da jurisdição constitucional no país.

O acentuado grau de judicialização no Brasil, atualmente, reafirma a necessidade de diferenciação dos termos empregados, que se passa a fazer na sequência.

²⁶³ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**, São Paulo: Saraiva, 200, p. 54.

²⁶⁴ BITENCOURT, Caroline Müller. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, vol. 2, n. 2, p. 143-166, 16 dez. 2015. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/5168/7871>. Acesso em: 13 abr. 2021, p. 146.

²⁶⁵ ISSA, Rafael Hamze. **O Controle Judicial Dos Atos Normativos Das Agências Reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 203.

Ao aprofundar os estudos sobre o tema da judicialização é possível deparar-se com diversas nomenclaturas ao fenômeno abordado, frequentemente tratados como sinônimos, os termos “judicialização”, “judicialização da vida”, “judicialização da política”.

A judicialização, conforme Tassinari, é mais uma constatação do que está acontecendo na contemporaneidade, como consequência da consagração de direitos e regulamentações constitucionais, produtora de relevante aumento das demandas submetidas ao Judiciário, do que, efetivamente uma postura a ser identificada, como positiva ou negativa.²⁶⁶

Nesse sentido, a judicialização se configura como uma verdadeira questão social, que independe do desejo ou da vontade do órgão judicante. O fenômeno da judicialização, portanto, é decorrente de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição e tem como ponto de partida um maior reconhecimento de direitos, além da ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade característica da sociedade de massas.²⁶⁷

A judicialização da vida, nomenclatura utilizada por Luís Roberto Barroso, significa que questões de larga repercussão política ou social vêm sendo submetidas e decididas por órgãos do judiciário, ao invés das instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional ou o poder executivo.²⁶⁸

A ascensão expressiva do poder judiciário, política e institucionalmente, pode ser justificada por vários fatores, dentre os quais destaca-se: (i) a recuperação das garantias da magistratura, (ii) o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, bem como (iii) a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição. Nesse contexto, vem ocorrendo uma significativa judicialização das relações sociais e das questões políticas.²⁶⁹

No Brasil, a judicialização da política deve sua origem, na lição de Werneck Vianna, tanto ao legislador constituinte quanto à cidadania, fundamentalmente através das práticas, dos novos institutos formulados pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, não se pode olvidar

²⁶⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 16.

²⁶⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MOURA, Lenice Silveira Moreira (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

dos impactos da formação positivista na cultura jurídica dos juízes, encontrando resistência na adesão da judicialização da política.²⁷⁰

O apelo ao poder judiciário para o enfrentamento de dilemas morais cruciais e questões de políticas públicas controvertidas é o que se pode chamar de judicialização da política. Neste fenômeno, os tribunais superiores, por todo o mundo têm sido chamados a resolver uma série de controvérsias, exemplos como a extensão das liberdades de expressão e de culto religioso, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas de justiça criminal, propriedade, comércio, educação, imigração, trabalho, proteção ambiental, dentre outras questões.²⁷¹

A oposição à judicialização e controle de ações ou omissões sobre as políticas públicas tem encontrado guarida na violação à teoria da separação dos poderes estatais, no dogma da discricionariedade administrativa e, também, na reserva do possível. Contudo, segundo Zufelato, obstaculizar o controle judicial é incompatível com os propósitos do ordenamento jurídico pátrio, a necessidade da judicialização dos conflitos sobre direitos fundamentais geralmente decorre da não implementação de políticas públicas.²⁷²

Pode-se conceituar, ainda, judicialização como a transferência de poder para os juízes, tribunais e, até mesmo, para o Ministério Público, com alterações na linguagem, argumentação e na maneira de participação da sociedade como um todo. A partir de uma percepção do espaço público e a normalização do poder Judiciário, estabelece-se uma mudança no quadro político-institucional, levando a uma maior participação do Judiciário em questões primordialmente políticas.²⁷³

A judicialização da política é conceituada por Torbjorn Vallinder a partir de dois significados primordiais: a expansão da atuação dos tribunais ou juízes, às custas de políticos ou administradores; e a difusão de métodos decisórios judiciais fora da seara judicial propriamente dita. Judicializar, em essência, é transformar algo em processo judicial. Em

²⁷⁰ VIANNA, Luiz Werneck. **O ATIVISMO JUDICIAL MAL COMPREENDIDO**. 2008. Boletim CEDES. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

²⁷¹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 251, mai. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 02 fev. 2020, p. 140

²⁷² ZUFELATO, Camila. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 310-311.

²⁷³ MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXEIRA, Marcelly Costa. Decisões judiciais: entre o ativismo do judiciário e a judicialização da política. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 977, p. 213-240, mar. 2017, p. 223.

adição, segundo o autor, pode significar também a transferência dos direitos decisórios dos poderes legislativo e executivo para os tribunais.²⁷⁴

O problema se pauta, com efeito, na seara judicial, carecendo o debate de legitimidade democrática originária, esta que é outorgada aos poderes legislativo e executivo. Os tribunais não foram concebidos para elaboração de políticas públicas, nem mesmo para proferir decisões técnicas para além da ciência do direito. Para tanto, mecanismos de suporte foram criados aos tribunais como, por exemplo, a perícia judicial com vistas a fornecer embasamento técnico específico.

Para além da tecnicidade exigida em determinadas decisões, pode-se vislumbrar a carência quanto aos aspectos democrático e representativo das decisões judiciais, pois padecem de critérios de responsabilidade aos quais se sujeitam os membros do poder legislativo e do poder executivo na sua tomada de decisões e posturas adotadas na definição de políticas públicas. Nos cargos eletivos há um compromisso representativo com os eleitores e com a representação de interesses.

A judicialização de políticas públicas pode causar complicações decorrentes do risco da usurpação do poder constituinte do povo, por meio do engessamento da política, denominado de interpretação jurisprudencial da Constituição, comprometendo, assim a própria legitimidade democrática. O protagonismo crescente dos tribunais causa a transformação dos juízes, convertidos de instrumentos de garantia e legitimadores do sistema constitucional, “o tribunal constitucional se pretende seu substituto, usurpando o poder constituinte do povo. A legitimidade da justiça constitucional na democracia implica na descrença dos representantes eleitos, considerando-se o juiz uma alternativa menos pior”.²⁷⁵

Sabe-se que não se pode mais restringir política somente ao processo legislativo. Cada vez mais, os tribunais têm se caracterizado como instâncias de elaboração de políticas públicas substantivas, por estarem mais dispostos a limitar e regular o poder de instituições legislativas, regulando também a maneira como se desenvolve a atividade política.²⁷⁶

O processo legislativo provoca e impulsiona desenvolvimentos importantes, senão essenciais, da perspectiva constitucional. O legislador é responsável por desenvolver boa parte da esfera pública e conferir substância à Constituição, fixando bases para o edificar os

²⁷⁴ VALLINDER, Torbjorn. Judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**, São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 15.

²⁷⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324.

²⁷⁶ FERREJOHN, John. **Judicializando a Política, Politizando o Direito**. Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. 2005. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferrejohn.pdf. Acesso em: 26 jan. 2020, p. 2

princípios constitucionais, atuando dessa forma como precursor da interpretação constitucional. O que reforça que o processo político e legislativo não é um processo liberto da constituição.²⁷⁷

O sistema de representatividade democrática presente em nosso texto constitucional, dispõe com clareza a legitimidade atribuída aos representantes eleitos para a formulação e execução das políticas públicas, nas searas legislativa e executiva, cuja concretude sobressai a definição das reais prioridades alocativas do Estado.²⁷⁸

Dentro do âmbito legislativo, a política é inevitável e legítima, estando intimamente associada às atividades desempenhadas pelos poderes legislativo e executivo, enquanto ao direito associam-se às operações do poder judiciário. A contestação política é condição essencial à consecução plena dos valores democráticos.²⁷⁹

Pode-se afirmar que “o espaço de conformação do Legislador em tese é mais amplo que o espaço do Executivo, haja vista que este último tem como fio condutor dos seus atos a ideia de vinculação e discricionariedade”.²⁸⁰

Nessa toada, a “judicialização da política também leva à regulação judicial da política. A recente regulação judicial de práticas democráticas tem se concentrado no desenvolvimento de doutrinas constitucionais que permitam que tribunais reorganizem as práticas políticas”.²⁸¹

O aumento da judicialização da política tem fundamento em diversos fatores fundamentais como: (a) a democracia; (b) a separação de poderes; (c) o reconhecimento formal de direitos; (d) a consciência dos meios judiciais pelos grupos de interesses e pelos partidos de oposição na realização de seus objetivos; (e) inefetividade das instituições majoritárias; (f) a

²⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. **Direito Público: Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais**, Brasília, vol. 11, n. 60, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 18 nov. 2019, p. 34-35.

²⁷⁸ MONTEIRO FILHO, Augusto César. *Perspectivas sobre a judicialização da saúde no Brasil sob o enfoque do Direito e Economia*. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional**, Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 606.

²⁷⁹ FERREJOHN, John. **Judicializando a Política, Politizando o Direito**. Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. 2005. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferrejohn.pdf. Acesso em: 26 jan. 2020.

²⁸⁰ BITENCOURT, Caroline Müller. *Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador*. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, vol. 2, n. 2, p. 143-166, 16 dez. 2015. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/5168/7871>. Acesso em: 13 abr. 2021, p. 144.

²⁸¹ FERREJOHN, John. **Judicializando a Política, Politizando o Direito**. Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. 2005. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferrejohn.pdf. Acesso em: 26 jan. 2020.

incapacidade das instituições em dar provimento às demandas sociais, (g) delegando às cortes a tomada de decisão em determinadas áreas da política.²⁸²

Porém, não se pode obliterar que, em todas as sociedades, questões sociais e políticas pressupõem debates, além de divergentes pensamentos e opiniões. O consenso não é pressuposto de uma democracia, mas sim a possibilidade real de discussão.

Em 1787, James Madison afirmou, no nº 10 dos *Federalist Papers*: "Enquanto a razão humana continuar a ser falível e o homem tiver a liberdade de exercê-la, formar-se-ão diferentes opiniões".²⁸³

O regime democrático implica a formação de opiniões diferentes, pressupõe debate para a tomada de decisões, e, finalmente, que todos os votos em um sufrágio tenham o mesmo peso. As instituições democráticas, portanto, não concebem consenso, mas ocasionam conflito, não possuindo, o processo de decisão coletiva, o objetivo de superar as divergências políticas existentes.²⁸⁴

Uma das características da judicialização da política é a transferência de poder das instituições representativas para os tribunais. Tal alteração na balança de poderes faz com que os tribunais se caracterizem como instâncias de elaboração de políticas públicas substantivas, além de limitar e regular o poder de instituições legislativas. Para John Ferejohn existem vantagens na elaboração judicial de políticas públicas. Ao lidar com as normas à luz de casos específicos, os juízes podem vislumbrar injustiças ou inconvenientes justamente pelas circunstâncias que permeiam o litígio específico.²⁸⁵

De forma elucidativa, considerar-se-á como “judicialização” a forma genérica do exercício do direito de ação, submetendo as demandas ao poder judiciário. À medida que a “judicialização da política” constitui a submissão de questões de ordem política à apreciação judicial. A judicialização da política se configura com a interação de três elementos, quais sejam, o Direito, a Política e o Judiciário.

Seja como for, a alta judicialização, bem como a judicialização da política, são fenômenos que vêm ocorrendo pelo mundo, passando ao foco da academia e de todos os

²⁸² TATE E VALLINDER, 1995, apud SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. *Jornal de Políticas Educacionais*, Curitiba, n. 9, p. 30-40, jan./jun. 2011, p. 34.

²⁸³ MADISON, James. **O Federalista n. 10.** 1781. Disponível em: <https://perguntasapo.files.wordpress.com/2010/06/fed10.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, vol. 16, n. 1, p. 183-216, 2015, p. 185-188.

²⁸⁵ FERREJOHN, John. **Judicializando a Política, Politizando o Direito.** Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. 2005. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferrejohn.pdf. Acesso em: 26 jan. 2020.

operadores do direito. Contudo, suas repercussões perpassam a teoria e colocam-se na prática jurídica. Ocorre que, a judicialização, em si, não opera prejuízos, mas sim a postura dos magistrados e tribunais diante das demandas.

3.1.3 Excesso de intervenção do poder judiciário

Após o enfoque sobre a necessidade da jurisdição e seu fundamental papel desempenhado no equilíbrio entre poderes, o presente tópico irá abordar o possível transbordamento da atividade de controle jurisdicional, ao risco de desequilibrar as relações institucionais e atentar contra a democracia.

Muitas vezes a literatura aborda o transbordamento da função jurisdicional sob o nome de ativismo judicial ou ainda discricionariedade judicial. Aqui se pretende, apesar da nomenclatura utilizada, focar nos riscos democráticos e institucionais que tal prática pode ensejar.

Assim, posto que o fenômeno da judicialização foi abordado e, atualmente, o poder judiciário possui grande destaque em nossa sociedade, não há como definir a importância do seu papel no controle exercido sobre os demais poderes, sem apontar para os riscos que essa atuação pode trazer, se realizada de forma exacerbada.

Com o advento da Constituição de 1988 e da ampliação do papel político institucional do Supremo Tribunal Federal - STF, agregada às questões da judicialização da política, obteve-se um reconhecimento da vinculação entre direito e política, fato que repercutiu grandemente na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, acarretando, dessa forma, na propagação de ativismo judicial.²⁸⁶

As diversas perspectivas pelas quais o ativismo judicial passou a ser enfrentado gera certa dispersão na forma de compreender o que é ativismo. Entretanto, entre os diversos entendimentos sobre o tema, pode-se destacar algumas formas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar, através do controle de constitucionalidade, os atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Poder Judiciário ou maior volume de demandas judiciais, definição essa que tende mais ao que temos por judicialização;

²⁸⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, entre outras.²⁸⁷

Lenio Streck, sobre o conceito de ativismo judicial, define o juiz ou tribunal que decide com base nas convicções pessoais, substituindo argumentos de política, de moral. Por sua vez, a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional.²⁸⁸

Utilizando-se destes argumentos, os autores Abboud e Lunelli afirmam não adotar a dicotomia entre ativismo bom e mau, mas sim considerar toda manifestação de ativismo uma atividade prejudicial ao regime democrático.²⁸⁹

Nesse sentido, a diferença entre um juiz ativista e um juiz não ativista reside no grau de constrição do magistrado no exercício da sua discricionariedade ao momento da interpretação e aplicação do direito constitucional ou legal. Depreende-se, assim, o ativismo judicial como ato discricionário ou de vontade do julgador.²⁹⁰

Na obra *Judicial Activism: Bulwark of freedom or precarious security*, o autor Christopher Wolfe propõe o estudo do ativismo judicial concomitantemente à história estadunidense, dividindo-a em três momentos: fase tradicional - *tradicional era*; fase de transição - *transitional era*; e fase moderna - *modern era*.²⁹¹

Por sua vez, a expressão ativismo judicial tem sua origem atribuída ao artigo *The Supreme Court*, cunhada pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., em 1947. Neste trabalho, discorreu sobre a importância do conhecimento das questões que dividiam a corte e os juízes, submetendo ao julgamento crítico das motivações, relações internas e externas ou o que influenciava a tomada de decisões. Os juízes e suas decisões concentrariam vital importância ao país e à sociedade. Schlesinger definiu o termo ativismo judicial em oposição à

²⁸⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁸⁹ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista dos Tribunais**: Revista de Processo, São Paulo, vol. 242, p. 21-47, abr. 2015, p. 23.

²⁹⁰ WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

²⁹¹ WOLFE, Christopher. **Judicial activism**: bulwark of freedom or precarious security. New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1997.

autorrestrição judicial, sendo esta última como a deferência dos juízes à vontade do legislador, pautada no entendimento de que a Suprema Corte não deve interferir na política.²⁹²

Desta forma, a expressão *judicial activism* estabeleceu-se nos Estados Unidos justamente para abordar a atuação da Suprema Corte Estadunidense, especialmente na década de 70 do século XX, período no qual formou-se uma jurisprudência progressista à margem das normas legais.²⁹³

Por se tratar de conceito aberto e debatido pela doutrina sob diversas perspectivas, buscar-se-á trazer variadas definições do que se tem por ativismo judicial, a fim de firmar um conceito mínimo para as ponderações a que este trabalho se propõe.

Ativismo judicial é definido por Campos a partir de duas dimensões: a primeira, define decisões ativistas como multifacetadas, seja através da interpretação criativa e expansiva da Constituição, aplicação direta de direitos fundamentais implícitos, ou ainda da ausência de submissão à capacidade legal dos demais poderes; e a segunda dimensão, a qual dispõe que o ativismo judicial decorre de uma pluralidade de fatores, não somente como resultado da atitude deliberada de juízes e cortes, nessa lógica sentido “o ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado”.²⁹⁴

Para Luís Roberto Barroso, ativismo judicial normalmente ocorre em situações de retração do Poder Legislativo, promovendo verdadeiro abismo entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A apreensão de ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”, portanto, constitui a maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes. O ativismo judicial é, segundo o autor, uma atitude, a escolha do juiz de agir de maneira específica e proativa ao interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.²⁹⁵

Por sua vez, Elival da Silva Ramos descreve ativismo judicial como a representação da ultrapassagem do que se delineaia como função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa ou administrativa, ou ainda a função de governo. Tal prática constitui-se como a

²⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43-44.

²⁹³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista dos Tribunais**: RT 1000, São Paulo, vol. 1000, p. 227-236, fev. 2019, p. 232.

²⁹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 42.

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

descaracterização da função típica do poder judiciário para atingir o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas aos demais poderes.²⁹⁶

A postura ativista dos juízes, segundo Gustavo Brechbühler, justifica-se na necessidade de efetivação e máximo cumprimento dos direitos fundamentais, insculpidos na Carta Constitucional de 1988. Pode-se depreender um papel mais ativo por parte do Poder Judiciário, especialmente nos casos de lacunas ou situações jurídicas que ponham em risco a lei ou a Constituição Federal, em seus princípios e axiomas dogmáticos normativos, por preocupação quanto à efetividade das normas constitucionais. Nesta toada, para o autor, o ativismo judicial é feito com base na Constituição, que atribuiu ao Poder Judiciário o papel de guardião da Carta da República, fazendo-se coerente que se admita, por esse último, o exercício, no âmbito de sua esfera de competência, do controle dos atos e das omissões dos demais Poderes, no caso Legislativo e Executivo.²⁹⁷

Não obstante, a prática do ativismo judicial tenha defensores que o pautem como maneira de assegurar direitos em uma sociedade, existem questões políticas controvertidas que naturalmente pressupõe discordância e debate, muitas vezes usurpado com a submissão das questões políticas ao judiciário.

Jeremy Waldron dispõe que não há maneira de fugir das discordâncias quanto as principais questões políticas encontradas nas sociedades liberais modernas, tais discordâncias podendo dar-se no âmbito legalista, ou mesmo na criação de políticas públicas, bem como no âmbito filosófico, moral, cultural, político ou econômico.²⁹⁸

Justamente pelas inúmeras variáveis ao mesmo problema, na realidade brasileira, a discricionariedade pode resultar no ativismo judicial, transcrita em uma postura positivista, calcada na discricionariedade Kelseniana, que ignora as consequências políticas e jurídicas de suas decisões, desconsiderando-se a capacidade institucional, ou ainda seus efeitos sistêmicos. Em outros termos, dissocia o direito decidido nos tribunais superiores da realidade social e econômica mais abrangente e afetada diretamente por suas decisões.²⁹⁹

²⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

²⁹⁷ BRECHBÜHLER, Gustavo. Ativismo judicial, recuperação de empresas e parcelamento fiscal: busca pela efetividade do art. 68 da lei 11.101/2005. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 112, p. 231-266, 2013, p. 234.

²⁹⁸ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**, p. 93-158, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; NORÕES, Mariane Paiva; PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir das características do negócio jurídico de assistência privada à saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 118, p. 331-361, 2018.

Inclusive, ainda abordando a realidade brasileira, Ives Gandra Martins Filho entende que todo o Judiciário brasileiro vivencia um acentuado ativismo judicial, presumindo que o papel do juiz do século XXI não é somente o de ser a boca da lei, mas em promover a justiça social e o bem do País, mediante condutas mais ativas e dinâmicas, de forma que se tem visto como ofensiva a expressão “inércia do Poder Judiciário”, justificativa da necessidade de ser instado para agir.³⁰⁰

Para isso, utiliza termos como o voluntarismo jurídico e o sofisma da inércia do poder legislativo que vem como justificativa ao ativismo judicial. No ativismo judiciário, o juiz se substitui ao legislador com vistas a guardar a pretensão que entende justa. Constitui nítido voluntarismo jurídico, quando a decisão que ampara a pretensão é tomada e, posteriormente, busca-se um discurso jurídico, geralmente calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, que lhe dê embasamento.³⁰¹

A busca por maior efetividade aos princípios, quando esses possuem baixa densidade normativa, impondo obrigações concretas, extraídas exclusivamente dos princípios, quando inexistente preceito de lei que preveja a obrigação, é real e instigante. Porém, no sistema isso gera uma proteção fictícia e uma insegurança jurídica.³⁰²

Nisto reside o problema da discricionariedade judicial, das convicções pessoais e, logo, do ativismo judicial, questionando-se a validade de restrição do sentido do texto constitucional, ou mesmo das leis, ao juízo de conveniência do julgador.³⁰³

Um dos fenômenos que podem influenciar na ponderação decisória do julgador é abordado por Samuel Sales Fonteles em sua obra intitulada *Direito e Backlash*, apontando que mais do que uma mera opinião pública desfavorável, o *backlash* é uma opinião pública qualificada pela revolta social.³⁰⁴

O chamado efeito *backlash* pode ser compreendido a partir de diferentes marcos teóricos, por um lado pode-se arguir que juízes não devem ser guiados pela opinião pública, a não ser que ela se traduza de forma hostil o suficiente para ser considerada, assim como pode-se defender, em corrente diametralmente oposta, que os magistrados devem julgar conforme o

³⁰⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista dos Tribunais**: RT 1000, São Paulo, vol. 1000, p. 227-236, fev. 2019, p. 228.

³⁰¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista dos Tribunais**: RT 1000, São Paulo, vol. 1000, p. 227-236, fev. 2019, p. 232.

³⁰² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista dos Tribunais**: RT 1000, São Paulo, vol. 1000, p. 227-236, fev. 2019, p. 232.

³⁰³ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista dos Tribunais**: Revista de Processo, São Paulo, vol. 242, p. 21-47, abr. 2015, p. 4.

³⁰⁴ FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 43.

Direito, e não segundo os reclamos sociais. Em suma, “é possível ainda entender o *backlash* como uma consequência natural de discussões travadas em um Estado Democrático de Direito.”³⁰⁵

Ao tratar da ordem constitucional estadunidense, tem-se que o *backlash* ocorre para a manutenção da responsividade democrática do significado constitucional, entretanto, do ponto de vista dos tribunais, o *backlash* passa a figurar como uma ameaça à manutenção da autoridade jurídica e controle.³⁰⁶

O conceito de *backlash* vincula-se a termos como ativismo judicial e discricionariedade judicial, posto que o clamor ou comoção social, envolvendo determinado tema, pode influenciar o julgador em suas considerações, incentivando-o, ou não, a ter um determinado posicionamento, seja para consecução de determinado direito ou para evitar o desgaste da Corte para com a sociedade.

Ao conceito de ativismo judicial vincula-se o discurso já naturalizado de supremacia judicial, cujos três elementos principais residem: (i) na tese de que, por ser a última instância, a última palavra é do Supremo Tribunal Federal, portanto age como fonte exclusiva de construção do direito constitucional; (ii) na justaposição do poder jurisdicional sobre a atuação do poder político, numa transferência de competências dos poderes executivo e legislativo ao poder judiciário; e, por fim, (iii) na crença que o judiciário possui mais aptidão para resolver as controvérsias sociais. Em suma, esses três elementos delineiam um imaginário favorável à supremacia judicial no Brasil.³⁰⁷

Na conformação desses três elementos, o Supremo Tribunal Federal assume três papéis: o intérprete autorizado (autoridade interpretativa); o governante bem-intencionado (autoridade política); e o Poder mais admirado (autoridade simbólica).³⁰⁸

Portanto, a compreensão do ativismo judicial nos leva à reflexão sobre o papel do poder judiciário, dos tribunais e juízes, a fim de questionar quais os limites da atividade judicante. Como se pode denotar, ativismo e supremacia judicial constituem elementos nocivos à democracia, diante da extrapolação de limites constitucionais.

³⁰⁵ FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 43.

³⁰⁶ POST, Richard; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, p. 373-433, 2007, p. 379.

³⁰⁷ MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. **Revista dos Tribunais: Revista de Processo**, São Paulo, vol. 283, p. 481-499, set. 2018, p. 487.

³⁰⁸ MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. **Revista dos Tribunais: Revista de Processo**, São Paulo, vol. 283, p. 481-499, set. 2018, p. 487.

O papel do Poder Judiciário como cocriador de significantes normativos é evidente na cultura jurídica ocidental. Entretanto, a exacerbação dos poderes dos juízes invadindo indevidamente a esfera dos Poderes Executivo e Legislativo é censurável, ao passo que sua atuação se dá sem a necessária legitimação democrática, o que alguns chamam de a ditadura dos juízes; é tido como um comportamento deletério para a democracia e para a separação de poderes.³⁰⁹

Por vezes denominada atividade criativa dos juízes é, para Cappelletti, de difícil definição quanto ao seu caráter maléfico ou benéfico, a depender, portanto, da análise do conjunto de outras circunstâncias. O grau de criatividade poderá ser influenciado e elevado conforme o tempo, lugar, cultura, as reais necessidades da sociedade, além de circunstâncias como a organização e estrutura das instituições e, ainda, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.³¹⁰

Questiona-se, portanto, quais os limites ao ativismo judicial, à atividade criativa e à interpretação judicial, de maneira que assegure a legitimidade das decisões, a preservação da separação de poderes e a maior promoção dos direitos e garantias fundamentais, inclusive, dos direitos fundamentais sociais.³¹¹

Elival Ramos, sob a interpretação Kelseniana do binômio clássico de interpretação-aplicação da lei, evidencia o tema da discricionariedade judicial, concebida como espaço de liberdade do julgador, retirando as preocupações da dogmática jurídica, transpondo-a ao território da política do direito. De fato, diminuta atenção tem sido conferida aos limites ou critérios aptos a controlar ou legitimar essa discricionariedade. Em se tratando da discricionariedade administrativa, pode-se dizer que a utilização pragmática do conceito de discricionariedade serve em última análise para tornar menos intenso o controle jurídico sobre determinados atos do Poder Público, exatamente em virtude da liberdade de escolha no tocante a alguns aspectos de sua prática”.³¹²

Diversas teorias constitucionais procuram justificar uma posição de maior ativismo ou maior autocontenção, segundo Posner, o originalismo, o textualismo e o reforço da representação democrática de John Hart Ely, assim como a *living Constitution, a active liberty*

³⁰⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, vol. 3, p. 131-152, 2014, p. 2.

³¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 92.

³¹¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, vol. 3, p. 131-152, 2014, p. 4.

³¹² JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, vol. 3, p. 131-152, 2014, p. 132 e 137.

de Breyer, a leitura moral da Constituição, dentre outras, porém nenhuma oferece soluções satisfatórias interpretar a constituição.³¹³

O problema das teorias e métodos apresentados é a ausência de método lógico ou empírico que permita escolher entre uma teoria constitucional e as outras. Em adição a isso, os juízes não estão obrigados a seguir nenhuma dessas teorias ou métodos. Nesse contexto, Posner oferece como solução viável o pragmatismo judicial, definindo-o como o método decisório que enfatiza as consequências da decisão sobre a doutrina.³¹⁴

Os oito princípios do pragmatismo judicial apresentados por Posner são, em síntese: (i) decidir é o dever primário do juiz, o julgador não pode se recusar a decidir um caso somente porque não há guia no texto legal; (ii) o direito não está limitado ao corpo das fontes ortodoxas, assim, a função jurisdicional não se limita a decidir de acordo com tais fontes; (iii). Quando as fontes ortodoxas não oferecem uma resposta para a questão jurídica em pauta, ou quando a resposta oferecida é insatisfatória, o juiz cria direito que decide o caso e regula casos futuros similares.³¹⁵

Em continuidade, Posner dispõe que (iv) nenhuma teoria constitucional, método interpretativo, está disponível para guiar os juízes em seu papel de criar direito porque não há nenhum método lógico ou empírico que permita escolher uma teoria constitucional em vez das outras. Ante a ausência de tais teorias, os juízes devem guiar-se pelas consequências de suas decisões para as partes do caso, para as pessoas em situação similar e para o sistema como um todo; (v). O pragmatismo deve levar em conta não apenas as consequências das decisões para as partes, mas também os efeitos em valores tais quais continuidade, previsibilidade e estabilidade das normas legais e decisões; (vi) quando os juízes não puderem determinar as consequências de suas decisões, será necessária regra subsidiária para lidar com a incerteza, que Posner define como o *judicial self-restraint*, ou a autocontenção judicial defendida por Thayer. (vii) o juiz deve vislumbrar as partes do caso como representantes de todas as demais pessoas na mesma situação, devendo ignorar seu status social, méritos pessoais e influência política. Por fim, (viii) a decisão judicial dispor os fundamentos verdadeiros da escolha feita pelos juízes, a fim de evitar decisão com fundamento em consequências que a sociedade não

³¹³ POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, jun. 2012.

³¹⁴ Para Posner, "(j)udges who don't insist that a legalistic algorithm will decide every case are what I call 'pragmatists', not in some pretentious philosophical sense but in the sense of an approach to decision making that emphasizes consequences over doctrine". (POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **In: California Law Review**, vol. 100, n. 3, jun. 2012).

³¹⁵ POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, jun. 2012.

aceita como legítimos. Em geral, o pragmatismo se ocupa das consequências das decisões judiciais.³¹⁶

A adoção do pragmatismo ou consequencialismo são bastante controversos na doutrina, no mais das vezes, seu enfoque é concebido, não tanto quanto aos valores do ordenamento jurídico, mas aos resultados das decisões. Porém, isso não traduz inteiramente o pensamento, à medida que a preservação e promoção de determinados valores ou o seu enfraquecimento e desrespeito são consequências das decisões judiciais que os julgadores precisam levar em consideração.³¹⁷

Ressalta-se que o consequencialismo não se descuida do efetivo jogo argumentativo, que possui regras próprias. Embora existam critérios e dados objetivos que influenciarão a tomada de decisão, também haverá um enfrentamento de argumentos. Em suma, os motivos, os argumentos, as razões e as contrarrazões sustentadas, balizadores das decisões judiciais, servirão como fundamento de legitimação da atividade criativa dos juízes, mesmo que tais razões sejam consequencialistas. Inclusive, a abordagem consequencialista por si só não serve para extirpar a consideração das regras lógico-argumentativas como embasamento da atividade criativa dos juízes.³¹⁸

O ponto levantado por Jorge Neto acerca do consequencialismo jurídico, de fato, se mostra interessante. Não que vá ser tomado irrestritamente, mas, diante de uma interpretação concreta, os juízes não podem se imiscuir de ponderar sobre as consequências de suas decisões.

É justamente nesse sentido a previsão expressa no artigo 20 da LINDB, cujo texto descreve “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”³¹⁹, legislação e dispositivos que serão abordados pormenorizadamente no capítulo final deste estudo.

3.1.4 Autorrestrição e passivismo judicial

³¹⁶ POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, jun. 2012.

³¹⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, vol. 3, p. 131-152, 2014, p. 140.

³¹⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, vol. 3, p. 131-152, 2014, p. 140.

³¹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

Ante a exposição dos possíveis excessos do Poder Judiciário, passamos agora às diferentes abordagens apresentadas pela doutrina em oposição ao ativismo judicial.

Os conceitos de ativismo e de autocontenção são vinculados diretamente à pergunta principal acerca de uma corte suprema “qual o seu papel fundamental e qual o alcance dos poderes da corte em nosso sistema de governo?”.³²⁰

Nessa abordagem, Elival da Silva Ramos estabelece como contraponto ao ativismo judicial o passivismo judiciário, uma postura que possui gravidade equiparável. Conforme o autor, o positivismo clássico remete ao passivismo, enquanto o pragmatismo e o moralismo jurídicos levam ao ativismo judicial.³²¹

Outros autores, como Moreira, dispõem que a autorrestrrição, também nomeada autocontenção judicial, é o oposto do ativismo judicial, definindo autorrestrrição como a redução da interferência do Judiciário nas ações dos outros Poderes, de forma a preservar as instituições. Fala-se em postura de autorrestrrição como o respeito às decisões prévias proferidas pelos outros Poderes.³²²

Segundo os autores Lima e Gomes Neto a autorrestrrição judicial comporta inclusive subdivisões em seu conceito como a autorrestrrição material, autorrestrrição formal ou ainda a autorrestrrição tácita.³²³

A doutrina estadunidense contrapõe o ativismo judicial à autocontenção judicial, *judicial activism v. judicial restraint* ou *judicial self-restraint*. Segundo Posner, o termo *judicial self-restraint* possui muitos significados na literatura sendo os três mais utilizados: “(a) os juízes aplicam a lei, eles não a criam”³²⁴; (b) “os juízes devem ser deferentes em grande extensão às decisões de outras autoridades”³²⁵; (c) “os juízes são altamente relutantes em declarar a inconstitucionalidade dos atos dos poderes legislativo e executivo, a deferência está em seu auge quando a ação de outro poder é questionada como inconstitucional”.^{326 327}

³²⁰ HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. Historical perspectives. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (ed.). **Supreme Court activism and restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982.

³²¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122.

³²² MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: Os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário. **Virtuajus**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 5, p. 213-234, 2018.

³²³ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018.

³²⁴ Judges apply law, they don't make it.

³²⁵ Judges defer to a very great extent to decisions by other officials.

³²⁶ Judges are highly reluctant to declare legislative and executive action unconstitutional – deference is at zenith when action is challenged as unconstitutional.

³²⁷ POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, jun. 2012, p. 520-521.

Para Posner o surgimento das diversas teorias constitucionais, a exemplo do ativismo judicial, discricionariedade e controle, estaria relacionado ao fim da tradição de *self-restraint* inaugurada por um artigo, de 1893, do professor de Harvard James Bradley Thayer. As citadas teorias, segundo ele, tiveram o condão de confundir os termos, afastando-os de seu sentido original: “os termos autorrestrição e autocontenção judicial sobrevivem, mas com sentido vago e para todos os fins elogiosos; já o termo ativismo judicial remanesce tão vago quanto, no entanto, para fins pejorativos. Os sentidos originais foram perdidos”.^{328 329}

Dentre diversas concepções do papel do poder judiciário no exercício da revisão judicial, concentrada ou difusa, a autocontenção judicial demonstra a necessidade da corte, enquanto em ambiente predominantemente político, condicionar a atividade jurisdicional a partir da aceitabilidade de suas decisões às dificuldades, inclusive técnicas, enfrentadas no exercício da atividade revisada.³³⁰

Para Mauro Cappelletti um dos maiores problemas contemporâneos do direito reside no "grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários"³³¹. Questão relevante na ordem jurídica é abordada por Morais em estudo que propõe a verificação nos Estados constitucionais de direito contemporâneos a autorização constitucional para aplicação do direito pelos juízes, estando estes alicerçados em critérios além da mera obediência ao ordenamento positivado, e se a liberdade de atuação jurisdicional importa em discricionariedade do juiz na decisão do caso concreto ou se o magistrado permanece submetido aos limites constitucionais impostos, ainda que na decisão dos casos concretos o juiz precisará realizar escolhas.³³²

A inquietante questão também é formulada pelo professor Mark Tushnet “*does the Constitution give a political branch the final power to interpret the Constitution?*”, discorrendo acerca da possibilidade de determinado ramo político, ou poder instituído, ser o intérprete da

³²⁸ “(t)he terms ‘judicial restraint’ and judicial self-restraint’ survive, but as vague, all-purpose compliments; ‘judicial activism’ survives as a vague, all-purpose pejorative. Their original meanings have largely been lost”.

³²⁹ POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, jun. 2012, p. 533.

³³⁰ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018, p. 225.

³³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993.

³³² MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 180, 2010.

constituição. Por sua vez, outra corrente doutrinária, parte da versão substancial da “*meaningful political question doctrine*”.³³³

Inicia-se, na década de 70, nos Estados Unidos, movimento de reviravolta da teoria das questões políticas, encabeçado no artigo escrito em 1976 por Louis Henkin, o qual conferia menor relevância doutrinária na jurisprudência das cortes questionando se “Há uma teoria das questões políticas? Nós precisamos de uma?”³³⁴. Em síntese, estabelece um conjunto de princípios, para ele, óbvios de interpretação, como a necessidade de que os tribunais aceitem as decisões dos demais poderes políticos na sua área de atuação ou mesmo a impossibilidade de impor limites à atividade desses quando não expressos na constituição^{335 336}

Entretanto, Lamb alerta sobre a seguinte máxima: cortes não respondem a questões políticas, mais apropriada é a resolução dada pelos poderes executivo e legislativo. O problema que se põe é justamente a discordância entre os magistrados quanto aos elementos formadores de uma questão política, uma vez que “a definição de uma questão política pode ser expandida ou contraída, à maneira de um acordeom, para atender às exigências dos tempos”.³³⁷

Dessa maneira, a *political question doctrine* funciona como ferramenta de ratificação da autoridade judicial, diante do estabelecimento prévio de critérios e sua aplicação, dado que uma de suas interpretações refere-se ao afastamento da demanda, ou ainda pela possibilidade de que a própria corte tenha a prerrogativa de estabelecer a quem pertence o poder decisório sobre um dado tema.³³⁸

O tema, é explorado por Bickel em descrição das denominadas virtudes passivas, ensina que estas nada mais são do que técnicas de adjudicação que permitem à corte, no emprego da prudência, agir estrategicamente na perseguição das suas responsabilidades. Em vista disso, as virtudes passivas configuram-se como argumentos jurídicos, normalmente de cunho processual, que permitem aos tribunais eximir-se da apreciação de determinado caso submetido. A exemplo: incompetência para decidir, a ausência de legitimidade ativa do requerente, a “falta de maturação” da causa, doutrina das questões políticas, e outros

³³³ TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, vol. 80, p. 1203-1235, 2002, p. 1207.

³³⁴ Is there a political question doctrine? Do we need one?”,

³³⁵ The courts are bound to accept decisions by the political branches within their constitutional authority,” e “[t]he courts will not find limitations or prohibitions on the powers of the political branches where the Constitution does not prescribe any.”

³³⁶ HENKIN, Louis. Is there a “political question” doctrine? **The Yale Law Journal**, New Heaven, vol. 85, n. 5, apr. p. 597-625, 1976, p. 599.

³³⁷ LAMB, Charles M. Judicial Restraint on the Supreme Court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (ed.). **Supreme Court Activism and Restraint**, Lexington: Lexington Books, 1982, p. 21.

³³⁸ CHOPER, Jesse H. The political question doctrine: suggested criteria. **Duke Law Journal**, Durham, vol. 54, 2005, p. 1462.

argumentos típicos do sistema judicial estadunidense, que em muito se assemelham às construções processuais de outros ordenamentos jurídicos.³³⁹

Tais técnicas configuram-se como instrumentos, à disposição dos juízes, utilizados para outorgar, às instituições representativas, a condução da política, ao excluírem-se desta.³⁴⁰ As virtudes passivas, portanto, “são estratégias de autocontenção que procuram embasamento em questões formais, de natureza procedimental, para justificar o não julgamento de litígios constitucionais”.³⁴¹

O mecanismo de filtro processual, segundo Barroso, põe-se a favor da autorrestrrição judicial, evitando o julgamento de questões nas quais os requerentes legitimados restaram derrotados em seus pleitos, ante a ausência de capacidade de demonstrar a relação lógica entre objeto do processo, sendo a norma jurídica ou ato administrativos sujeitos à impugnação e as matérias relativas à sua competência legislativa e/ou os objetivos sociais da entidade responsável por propor a ação.³⁴²

Novamente inseridos na realidade jurídica brasileira, acerca da politização do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Falcão afirma: “O Supremo seria um tribunal político não apenas porque concorda ou discorda do Executivo ou do Congresso. Mas, antes porque controla o tempo de concordar ou discordar”.³⁴³

Nessa toada, as repercussões políticas da apreciação do caso e o momento das decisões são colocadas em voga a partir dos seguintes fatores: um juiz componente da Suprema Corte, nomeado por um partido político, tem sua decisão orientada estrategicamente, notadamente por sua formação política pode sopesar os custos e benefícios de suas decisões e de seus esforços de influência.³⁴⁴

Ao invés de declarar expressamente um juízo decisório, conduta usual no exercício da jurisdição, quando da opção pela autorrestrrição, os órgãos julgadores podem utilizar o tempo

³³⁹ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, Indianapolis: Bobbs-Merrill, p. 105-111, 1962.

³⁴⁰ BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term - foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 75, p. 40-75, nov. 1961, p. 51.

³⁴¹ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018, p. 235.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 159.

³⁴³ FALCÃO, Joaquim. **O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 93.

³⁴⁴ GOMES NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Poder de agenda e estratégia no STF: uma análise a partir da decisão liminar nos mandados de segurança nº 34.070 e nº 34.071. In: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira et al. (Orgs.). **Constituição e Democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

como seu aliado, “retardando o julgamento até que seja verificada a alteração nas circunstâncias de fato que envolvem o litígio e, por consequência, seja prejudicado o julgamento por perda superveniente do objeto”.³⁴⁵

A postura do Supremo Tribunal Federal é analisada por Lima e Gomes Neto como, por vezes, indefinida. Sem mencionar as virtudes passivas ou a deferência à competência decisória exclusiva aos poderes executivo ou legislativo, “o desenho institucional brasileiro formula a revisão judicial para que a Corte decida a questão que lhe foi submetida, não se eximindo de apreciar a suposta lesão ou ameaça a dispositivos constitucionais”. Essa indefinição, consoantes os autores, prejudica os diálogos institucionais, pois o Tribunal não se posiciona como instância do debate político ou enfrenta situações em que não deseja arcar com os custos políticos de assumir a decisão final nos litígios constitucionais, cujo julgamento possui consequências para o equilíbrio democrático, ao regular o funcionamento das instituições ou o crescimento econômico.³⁴⁶

A crítica ventilada pelos autores supracitados faz questionar a ingenuidade da Corte Constitucional brasileira sobre o seu papel estratégico e político no diálogo institucional. A indecisão sobre o papel político é desempenhada de forma estratégica e, quem sabe, intencional.

A função política judicial é abordada por Taylor como inevitável, no sentido de que a clássica visão dos tribunais, como instâncias estritamente legais, tem sido contestada pelas evidências de seu papel político e de seu impacto diário nas políticas públicas. O entendimento de que o Judiciário serve de contrapeso aos outros poderes governamentais, garantindo a separação entre os poderes e a proteção das minorias, ao ser invocado para arbitrar os conflitos entre as forças ou instituições políticas depende não somente da força dos tribunais, mas também, dos padrões da disputa política.³⁴⁷

Sabe-se que as teorizações sobre autorrestrrição e passivismo judicial dependem, intrinsecamente, do que se concebe por ativismo judicial, ou mesmo, dos excessos cometidos no exercício da jurisdição. De certa forma esse tópico foi construído a fim de introduzir o que

³⁴⁵ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018, p. 243.

³⁴⁶ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018, p. 244-245.

³⁴⁷ TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 2, p. 229-257, 2007, p. 229 e 231.

será abordado a seguir, mais especificamente tratando da deferência judicial, ou o que se pretende como postura judicial desejável.

3.2 TEORIA DA DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Ao aportar na pauta da discricionariedade dos atos da Administração Pública não se pode escapar do tópico do controle externo exercido, em nosso sistema democrático, por diferentes instituições. No caso do tema deste trabalho, o enfoque se dá no controle judicial dos atos administrativos e, especialmente, da postura adotado pelo julgador diante das situações a si submetidas. Assim, nos tópicos anteriores foi dado embasamento à discussão na qual se adentrará a seguir, a postura de deferência judicial para com os atos administrativos discricionários praticados dentro da margem de conformação disposta à Administração Pública.

3.2.1 A teoria da deferência judicial

Deferência ou autocontenção são concepções utilizadas para abordar a teoria segundo a qual no âmbito do controle judicial, dada a complexidade da matéria trazida ao poder judiciário, serão respeitados os atos e decisões proferidos por outros poderes. Essa teoria baseia-se, sobretudo, na compreensão de que algumas instituições se encontram melhor qualificadas para enfrentar questões específicas, em razão da sua atuação, do maior aparelhamento institucional e, também, visando não prejudicar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa, em detrimento do poder judiciário.³⁴⁸

Sob o prisma constitucional, nenhum ato do poder público foge ao controle jurisdicional em sua função típica, de sorte que atos regulatórios submetem-se à apreciação judicial. Todavia, os limites desse controle devem ser observados pelo julgador sob pena de violar a harmonia entre os poderes constituídos, conforme o artigo 2º da CRFB/88.³⁴⁹

Justamente, a separação de poderes resguardada pelo artigo 2º da Constituição Federal, é tida por Medeiros como grande pedra de toque da deferência, entretanto, não se pode esquecer que um dos principais contrapontos à concepção da separação de poderes é a sua visão estanque.

³⁴⁸ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 2, p. 537-573, 2018, p. 537.

³⁴⁹ PINTO, Livia Maria de Almeida. **Subprincípio da Deferência nos Tribunais Superiores**. 2014. 17 fls. Monografia (Especialização em Direito) – Curso de Curso de Pós-graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 6.

Reporta uma posição intermediária na qual não rompe com a separação de poderes a ponto de atribuir competências em excesso à Administração Pública, ao passo que também não eleva a separação de poderes a um patamar radical, a exemplo da doutrina da não-delegação, de modo a desconsiderar todas as vantagens institucionais em deferir às interpretações administrativas.³⁵⁰

O desenho institucional concebido pela separação de poderes pode se fundar sobre dois aspectos: o primeiro diz respeito à contenção do abuso de poder, conforme o argumento oitocentista, consoante o qual deverá haver controle judicial sobre os atos administrativos. O segundo aspecto é o da especialização funcional, sob o argumento contemporâneo que pressupõe um controle deferente, em atenção às capacidades institucionais da Administração Pública. Destarte, rejeita o conceito estanque de separação de poderes, ante a flexibilidade ao conciliar o contrapeso judicial ao exercício de atividade interpretativa.³⁵¹

A regra da deferência, *rule of deference* em inglês, constitui uma descrição de atitude ou disposição, na qual um poder presta deferência ao outro, respeitando sua esfera de competência. Segundo Fletcher e Sheppard, respeito é a palavra-chave para compreensão e definição de deferência.³⁵²

Nesse contexto, a aplicação da deferência judicial se liga à discricionariedade técnica realizada em atos administrativos, sendo “na revisão administrativa devido principalmente a expertise e complexidade da matéria veiculada e ao poder regulamentar ou normativo administrativo – expedição de atos normativos – pelas agências reguladoras e entidades da Administração Pública”, com base no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal.³⁵³

O controle jurisdicional dos atos administrativos é tema frequente das pesquisas acadêmicas, especialmente no caso das agências reguladoras, uma vez que a análise do ato regulatório esbarra no juízo técnico implementado pelo agente regulador, evidenciando as discussões sobre a possível violação dos princípios da separação de poderes e da razoabilidade.³⁵⁴

³⁵⁰ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. 2020. 233 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 189-190.

³⁵¹ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. 2020. 233 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 190.

³⁵² FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**. New York: Oxford University Press, 2005.

³⁵³ DORNELAS, Henrique Lopes. Discricionariedade técnica administrativa e a aplicação do princípio da deferência judicial. In: **I encontro virtual do CONPEDI - Direito Administrativo e Gestão Pública**, 1., p. 59-75, Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/olpbq8u9/47e8vaeu/F632PuOIkyB9q156.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

³⁵⁴ PINTO, Livia Maria de Almeida. **Subprincípio da deferência nos tribunais superiores**. 2014. 17 fls. Monografia (Especialização em Direito) – Curso de Curso de Pós-graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 6.

Considerável a postura deferente como peça-chave da separação dos poderes, devido ao entendimento de que cada um dos poderes deve deferir, no sentido de acatar, as decisões e manifestações dos demais poderes, proferidas dentro do exercício das suas próprias funções e atribuições constitucionais. Usualmente, utiliza-se o conceito de deferência fazendo referência à atitude do poder judiciário em acolher as manifestações de cunho político do legislativo ou implementação de políticas públicas do executivo.³⁵⁵

Nos Tribunais Superiores se encontram referências à separação de poderes, tendo como desdobramento o, assim chamado, subprincípio da deferência. A exemplo do Superior Tribunal de Justiça com menção ao princípio da deferência técnico-administrativa.^{356 357}

Nas matérias técnicas, submetidas a consultas e audiências públicas, o poder judiciário tem buscado preservar a decisão da agência reguladora, desde que razoável. A postura deferente do órgão julgador para com as decisões administrativas consiste na prática de ponderar sobre a razoabilidade da decisão proferida pela agência reguladora sem substituir, caso razoável, pela sua própria decisão.³⁵⁸

Em sede de autocontenção judicial, é válido destacar, sobretudo, a pertinência da opinião dos auxiliares do juízo, dado que o poder judiciário é responsável pelo desfecho da disputa científica. Isso não significa que a decisão administrativa seja imune ao controle

³⁵⁵ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 2, p. 537-573, 2018, p. 541.

³⁵⁶ RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES RECORRENTE: TIM CELULAR S/A ADVOGADA: ADRIANA VIEIRA DE RESENDE E OUTRO(S) RECORRIDO: GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA GVT ADVOGADO: TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR E OUTRO(S) INTERES.: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL - "AMICUS CURIAE" PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF INTERES.: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE - "AMICUS CURIAE" ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. **PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA**, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.171.688**. Relator: Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 01 jun. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10502654&num_registro=200902425347&data=20100623&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 fev. 2021).

³⁵⁷ PINTO, Livia Maria de Almeida. **Subprincípio da deferência nos tribunais superiores**. 2014. 17 fls. Monografia (Especialização em Direito) – Curso de Curso de Pós-graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 6.

³⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 442.

judicial, mas sim reconhece as limitações da ciência, cujas decisões são passíveis de críticas, contudo não necessariamente inválidas.³⁵⁹

Ao tratar das agências administrativas no âmbito do direito comparado, Arruda menciona os tribunais administrativos nas agências administrativas estadunidenses, esses são voltados ao julgamento de disputas acerca da aplicação de seus regulamentos e decisões. O juiz administrativo apreciará tais casos, observando o devido processo legal, e sujeito à revisão judicial, conforme previsto expressamente na legislação federal, particularmente quando envolvem liberdades pessoais ou direitos de propriedade.³⁶⁰

Valle explicita a aproximação deferente composta por três elementos integrantes: o primeiro é o imperativo de conhecimento pela jurisdição controladora acerca da escolha pública sob crivo; no segundo haverá a verificação da escolha pública sob a ótica da aplicação por força da autovinculação que lhe é própria. Por fim, no terceiro elemento, o crivo jurisdicional em exercício de diálogo com as razões expostas pela Administração Pública, como item essencial à postura deferente.³⁶¹

Muito embora os tribunais administrativos estejam sujeitos ao controle judicial, o poder judiciário deve, a princípio, prestar deferência às decisões tomadas pelo juiz administrativo, uma vez que especialistas na matéria, e cassar somente decisões administrativas arbitrárias, caprichosas, ou proferidas de má-fé.³⁶²

Nesse sentido, ao abordar o controle judicial dos julgamentos proferidos pelos tribunais administrativos estadunidenses, Arruda expõe que nos EUA foram estabelecidos alguns requisitos de acesso às cortes, tal qual a demonstração da infringência à cláusula do devido processo legal, tanto processual como substantivo. A autora ainda destaca outro instituto

³⁵⁹ PINTO, Livia Maria de Almeida. **Subprincípio da deferência nos tribunais superiores**. 2014. 17 fls. Monografia (Especialização em Direito) – Curso de Pós-graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 11.

³⁶⁰ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 6.

³⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Planejamento na função regulatória e deferência judicial: (artigos 17 a 21 da lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silva de Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas**: Comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020, Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 146.

³⁶² ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 6.

do direito administrativo estadunidense, a deferência, relacionando-a diretamente com a diminuição da judicialização.³⁶³

Para Valle e Masset a deferência na experiência estadunidense “não envolve subtrair a matéria da apreciação judicial, mas orientá-la, a partir de uma posição que tem em conta o respeito à escolha administrativa, como algo que não decorre, por princípio, do subjetivismo mal-intencionado, ou da maldade intrínseca do agente público”.³⁶⁴

Assim, para continuar guiando o estudo da deferência judicial com a possibilidade de compreender e aprimorar a teoria da deferência no Brasil, observar-se-á a experiência estrangeira, mas isso sem descuidar das adaptações necessárias ao estudo de diferente ordem jurídica.

3.2.2 O aprimoramento do estudo da deferência judicial através da perspectiva internacional

O aprimoramento do processo administrativo brasileiro deve ser buscado a fim de assegurar a eficácia das ações da Administração Pública, primando pela transparência e proteção jurídica do cidadão. Para além disso, sua validade busca transcender os limites territoriais do País, ou seja, efetivar-se em nível global, através do desenvolvimento de um sistema que se harmonize com os diversos sistemas jurídicos existentes.³⁶⁵

Nesse pensamento, reside a importância do estudo comparado dos direitos administrativos em outros países, cuja troca pode viabilizar o aprendizado com as convergências relevantes existentes entre os sistemas administrativos. Através da expansão das perspectivas de análise ao estudar as soluções jurídicas dadas por outras civilizações, atraindo-se novas perspectivas e soluções ao operador do direito para o enfrentamento das relações jurídicas que transbordam as fronteiras nacionais, “num contexto mundial cada vez mais globalizado,

³⁶³ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 9.

³⁶⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, p. 402-425, Curitiba: Íthala, 2019, p. 416.

³⁶⁵ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 5.

interdependente e interativo, em que o domínio dos diferentes sistemas jurídicos, seus institutos e instrumentos melhor aparelham a solução dos conflitos”.³⁶⁶

De outro panorama, o estudo comparado permite o conhecimento de novas doutrinas e instrumentos jurídicos, com “a importação e incorporação de institutos estrangeiros, a contribuir para o desenvolvimento e aprimoramento do direito local e, quiçá, evolução do direito universal”.³⁶⁷

Essa incorporação de institutos estrangeiros demonstra-se realizável através de estudos jurídicos comparativos, abordados por Serafim, em comparação aos institutos do transplante e da tradução.³⁶⁸

Com efeito, transplante jurídico é uma conotação para o processo de importação de institutos estrangeiros por uma ordem jurídica diversa, através da apropriação de ideias exógenas. A primeira utilização do termo transplante foi atribuída ao autor Jeremy Bentham para tratar da importação de leis e institutos jurídicos estrangeiros, através de nove técnicas para que o transplante tenha sucesso.³⁶⁹

Segundo Watson, o transplante de institutos jurídicos entre países diferentes é possível, ainda que sejam significativas as diferenças culturais. O argumento sustenta-se pela convicção, por parte do autor, de que o índice de sucesso ou fracasso do transplante estava voltado, para o autor, à ordem jurídica que realiza o transplante, e não necessariamente ao sistema jurídico fonte.³⁷⁰

Essa compreensão, contudo, não foi imune às críticas. Em análise formulada por Kahn-Freund, deu-se enfoque à contextualização para realização do transplante, de modo que se faz necessário compreender o ambiente jurídico-social do país de origem e a sociedade para a qual o instituto está sendo importado.³⁷¹

³⁶⁶ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 5.

³⁶⁷ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 5.

³⁶⁸ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. 2021. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021, p. 15.

³⁶⁹ DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

³⁷⁰ WATSON, Alan. **Legal Transplants**: An Approach to Comparative Law. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1974, p. 294.

³⁷¹ KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. **Modern Law review**, vol. 37, 1974, p. 27.

Sob as críticas ao termo transplante jurídico, a autora Lena Foljanty traz a metáfora da tradução jurídico-cultural, visto que, na medicina, o transplante de um órgão possui dois efeitos possíveis: aceitação ou rejeição pelo novo organismo. A substituição pelo desígnio tradução cultural refere-se não somente à reprodução de um instituto de forma fidedigna em outra realidade. Pois, a ideia de fidelidade ao original é deixada de lado e a atenção se volta ao modo como as diferenças são tratadas e representadas no processo de tradução.³⁷²

Ao comparar as metáforas de transplante e tradução, Serafim aponta que o transplante legal é largamente utilizado como dispositivo do direito comparado, não se devendo olvidar as sérias deficiências apresentadas pelo mecanismo. O transplante jurídico tem conduzido parte dos estudos jurídicos comparativos, porém, pode comprometer algumas das principais vantagens do direito comparado. Em razão disso, adota-se a ideia de tradução jurídica, isto é, “buscam-se características estrangeiras que auxiliem a aprimorar o direito nacional, cientes de que o resultado desse processo não é uma simples importação de um instituto estrangeiro, mas a criação de algo novo”.³⁷³

O simples recorte de institutos jurídicos, colados em outras realidades jurídicas, deixa de refinar as transformações sofridas no processo de transferência. Portanto, simplificar o processo pode prejudicar o intuito do estudo comparado, que é o aprofundamento do conhecimento sobre o sistema jurídico local a partir da sua comparação com o sistema jurídico exógeno e o aprimoramento da ordem jurídica nacional com base nas contribuições decorrentes da experiência estrangeira.³⁷⁴

Desse modo, é relevante haver justificção para viabilidade do estudo comparado. Os elementos de justificção podem ser classificados em três critérios: integridade entre os sistemas, coerência e justificção. Quando se fala em integridade, busca-se uma verificção de princípios comuns entre os países importador e exportador, sendo este último o idealizador da teoria. Ao tratar do elemento de coerência, por sua vez, parte-se para o exame de convergência do precedente com outras fontes jurídicas do país de aplicção, além de avaliar as repercussões do precedente no país de origem e sua incorporação. Por fim, a fundamentação consistente na

³⁷² FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2015-09, Frankfurt, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3538102_code2139335.pdf?abstractid=2682465&mirid=1. Acesso em: 26 jan. 2020, p. 15-16.

³⁷³ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. 2021. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021, p. 15 e 54.

³⁷⁴ CARDOSO, J. C. As vantagens da comparação jurídica de sistemas. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**, Porto (Portugal), n. 1, p. 145-150, 2004, p. 145.

justificação da solução adotada, verificando os problemas de ordem interna do país de origem e, se, o instituto pretensamente comparado é dotado de pertinência para solucionar as questões internas.³⁷⁵

De outra parte, Serafim propõe três critérios metodológicos aptos a orientar o processo de tradução jurídica: a similaridade, a contextualização e a justificação. A similaridade se volta a estabelecer um diálogo com a ordem jurídica estrangeira, de modo a viabilizar uma base comum para a realização da tradução jurídica. Sendo fundamental identificar valores constitucionais semelhantes, permitindo o intercâmbio de ideias. Reforçando que similaridade não significa identidade.³⁷⁶

O autor é claro ao ressaltar que para promover o aperfeiçoamento da prática jurídica nacional não se deve afastar as diferenças, mas observá-las com atenção. Ademais, sob o aspecto de contextualização, nada mais faz-se do que conhecer e reconhecer o contexto no qual o instituto jurídico foi desenvolvido. Para finalizar, Serafim reconhece como justificação, a apresentação de razões pelas quais vale a pena traduzir a ideia estrangeira e como ela será exequível na realidade nacional, explanando o porquê de a solução estrangeira ser adequada à realidade local.³⁷⁷

Em suma, o objetivo do estudo comparado não é a integral e irrestrita reprodução de instituto estrangeiro sobre a realidade local, mas opostamente, buscar nesses modelos características positivas que possam ser traduzidas, justificadamente, para o ordenamento jurídico local. De forma crítica e séria, o estudo comparado pode colaborar para construção de novas soluções jurídicas, através do intercâmbio de ideias.

Dessa forma se propõe no capítulo a seguir o estudo da deferência com base na doutrina da deferência dos Estados Unidos da América, observando os precedentes da Suprema Corte dos EUA, a fim de contribuir com o desenvolvimento do capítulo final e o objetivo principal deste trabalho que é apontar como limites para o exercício do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB.

³⁷⁵ MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Análise da ADPF no 347 e da inadequabilidade do estado de coisas inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos:** por novos protagonistas na esfera pública democrática. 2018. 177 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018, p. 106.

³⁷⁶ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo:** contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. 2021. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021, p. 54.

³⁷⁷ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo:** contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. 2021. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021, p. 55.

4 A CONSTRUÇÃO DE PERMISSIVOS LEGAIS À DEFERÊNCIA JUDICIAL E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LEI N º 13.655/2018)

De início, este capítulo final introduz a racionalização de parâmetros para a deferência judicial com fundamento na teoria da deferência judicial estadunidense, através do exame de precedentes judiciais da Suprema Corte dos EUA.

No controle dos atos da Administração Pública, não se pretende retomar a antiga teoria de insindicabilidade do mérito administrativo, mas, através de legislação pátria e das experiências da doutrina estadunidense, importar reflexões e parâmetros mais objetivos para a atividade judicante exercer suas funções com critérios de ponderação mais esclarecidos.

Na esteira do último tópico do capítulo anterior, aborda-se, derradeiramente, a deferência judicial na experiência estadunidense, com as suas peculiaridades, na sequência os artigos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 alterando a LINDB. Finalmente, encerra-se o trabalho com a disposição de paralelos entre os parâmetros trabalhados, com a reflexão maior sobre a possível estruturação de permissivos legais à deferência judicial no Brasil.

O objetivo deste capítulo é contrastar a teoria da deferência estadunidense através dos precedentes judiciais com os artigos 20, 21 e 22 da LINDB para estabelecer permissivos legais à deferência judicial no Brasil. Com isso, a inspiração para traçar um paralelo na realidade brasileira, e baseando-se nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB para apontar permissivos legais à aplicação da deferência judicial no Brasil, como parâmetros para o exercício do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária.

4.1 DEFERÊNCIA JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA ESTADUNIDENSE

Na esteira do que foi exposto, este tópico visa, com um paralelo estrangeiro, abordar a teoria da deferência judicial estadunidense com vistas a conformar um raciocínio consubstanciado em parâmetros presentes na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. De modo alinhado com as críticas ventiladas, não se pretende utilizar tais parâmetros irrestritamente, optando-se por abalizar o estudo proposto regando-o com a experiência estadunidense, conceituada referência no tema.

O objetivo principal deste trabalho é apontar como limites ao controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, e isso está vinculado ao tópico presente pois, diante dos precedentes abordados, ver-se-á de que maneira a Suprema Corte estadunidense estabeleceu os parâmetros para a deferência.

Inicialmente a pesquisa estava voltada exclusivamente à denominada doutrina Chevron, por ser utilizada com frequência para referenciar o tema, todavia, com o desenvolvimento do estudo, observaram-se vários precedentes sobre a doutrina da deferência no âmbito da Suprema Corte estadunidense.

Os autores Sepulveda, Bolonha e Lazari elencam diversos precedentes acerca do tema advindos da Suprema Corte estadunidense: (a) *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation e Skidmore v. Swift & Co.*, decidindo por padrões de deferência judicial às razões de decisão das agências; (b) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* foi visto sobre a limitação da autoridade dos Tribunais de impor procedimentos decisórios adicionais às agências; (c) *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe e Motor Vehicles e Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, embora os Tribunais investigassem as justificativas de fato adotadas pelas agências, ambos decidiram o juízo não deveria substituir o raciocínio da agência por suas próprias razões; (d) *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation e Skidmore v. Swift & Co.*, decidindo por padrões de deferência judicial às razões de decisão das agências; (e) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* foi visto sobre a limitação da autoridade dos Tribunais de impor procedimentos decisórios adicionais às agências; (f) *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe e Motor Vehicles e Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, embora os Tribunais investigassem as justificativas de fato adotadas pelas agências, ambos decidiram o juízo não deveria substituir o raciocínio da agência por suas próprias razões.³⁷⁸

Ao cuidar da doutrina da deferência, é muito importante atentar-se às discussões havidas nos âmbitos dos tribunais, uma vez que no bojo destas instituições surgiram e surgem, diversas teorias sobre a temática da deferência judicial. A experiência estadunidense é referência sobre o tema, com uma tradição jurisprudencial bastante acentuada, pois seus tribunais se debruçaram acerca do estabelecimento de critérios, detidamente, no intuito de resolver os casos a eles submetidos, buscando estabelecer parâmetros mais claros de aferição para julgamentos futuros e trazer mais objetividade ao tema.

Dessa forma, foram elencados três precedentes a ser debatidos no decorrer deste tópico *Skidmore. Swift & Co., Chevron U.S.A., Inc v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, e

³⁷⁸ SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

United States v. Mead Corp. Todos eles decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em um período temporal menor do que sessenta anos.

Observa-se que, mesmo em um lapso temporal inferior a sessenta anos, a composição da Suprema Corte estadunidense sofreu mudanças significativas, fato esse que não pode ser ignorado ao confrontar decisões judiciais de um tribunal superior.

Em cada precedente analisado, podem ser denotadas diferentes ótica e abordagem sob as quais os critérios para deferência foram estabelecidos. Com isso, a fim de formular o recorte de pesquisa, ponderou-se acerca da relevância dos precedentes, sua influência na doutrina e na jurisprudência estadunidense.

Diante das variáveis acima, adotando-se como marco teórico as autoras Valle e Masset, que apontaram como três precedentes principais na jurisprudência estadunidense para tratar do tema da deferência: *Skidmore. Swift & Co., Chevron U.S.A., Inc v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, e *United States v. Mead Corp.*, restou estabelecido o recorte de pesquisa.³⁷⁹

Os três precedentes escalados como principais pelas autoras acima citadas são adotados como referência neste trabalho, embora existam outros precedentes, será estabelecida entre *Skidmore*, *Chevron* e *Mead* uma correlação, interligação e fluidez dos parâmetros para deferência.

Valle e Masset dispõem que, para reconhecimento de um dever de deferência, no cenário estadunidense, há dois pontos importantes. O primeiro verifica se o legislador delegou competência em favor da administração para formular escolhas públicas, referente ao caso, e em se tratando de direitos fundamentais. Por sua vez, o segundo ponto analisa o processo percorrido para tomada da decisão submetida ao crivo judicial.³⁸⁰

Afora isso, estabelecem importante diferenciação acerca das agências independentes nos EUA, que não se restringem a órgãos de regulação de mercado, como são as agências reguladoras no Brasil, mas abrangem órgãos administrativos não-militares, exceto o judiciário e o legislativo.³⁸¹

³⁷⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 404-405.

³⁸⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 416.

³⁸¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 404-405.

Outro ponto importante se dá com relação à nomenclatura utilizada, pois de forma corriqueira os casos são tratados por um único nome, assim para uniformizar o tratamento no texto, utilizar-se-á a nomenclatura completa das partes para explicar o caso submetido à Suprema Corte dos EUA e, no restante do trabalho, será abreviado com o nome de uma das partes litigantes, conforme a cultura jurídica estadunidense.

Dentre os três precedentes selecionados, *Skidmore v. Swift & Co* foi o primeiro a ser julgado. A demanda, de caráter trabalhista, discutia a disposição específica do *Fair Labor Standards Act, 29 U.S.C.A. § 201* e seguintes, para recuperar horas extras configuradas como tempo à disposição da companhia.³⁸²

Decidido pela Suprema Corte em 1944, décadas antes da decisão de *Chevron*, na deferência pautada em *Skidmore*, os tribunais devem recorrer, para orientação, às autoridades administrativas que detenham experiência no assunto debatido em juízo.

O peso atribuído à opinião das autoridades em um caso específico “dependerá do rigor evidenciado em sua análise, da validade do seu raciocínio, da sua coerência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir”³⁸³.

Portanto, a deferência *Skidmore* não opera de maneira “tudo ou nada”, e sim confere um peso gradual à opinião da autoridade administrativa em função de seus múltiplos aspectos.³⁸⁴

O modelo de deferência judicial em *Skidmore* é a questão da persuasão e do peso que a opinião do ente administrativo. Foram verificadas: a profundidade e acuidade as evidências consideradas na formação da decisão; a validade da argumentação que baseia a decisão administrativa; e a congruência das escolhas administrativas, exigindo da autoridade administrativa um diálogo permanente com suas orientações anteriores e mais recentes sobre o mesmo tema. Esse modelo de deferência “traz o equivalente a uma política de prudência judicial, fundada no reconhecimento de que a agência será, via de regra, quem possui melhores condições de realizar a interpretação legislativa em seu campo de atuação”.³⁸⁵

³⁸² *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134, 140 (1944). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/134>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁸³ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134, 140 (1944). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/134>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁸⁴ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 52, p. 9-43, 2016, p. 27.

³⁸⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). *Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais*, p. 402-425, Curitiba: Íthala, 2019, p. 408 e 422.

Nos argumentos apresentados pela Corte resta evidente a clareza quanto ao aspecto de que as decisões, interpretações e opiniões do Administrador não controlam os tribunais em razão de sua autoridade, mas podem constituir um corpo de experiência e julgamento informado ao qual os tribunais e litigantes podem adequadamente recorrer para orientação.³⁸⁶

Conforme as peculiaridades do caso particular, os argumentos considerados dependem do rigor evidente em sua consideração, a validade de seu raciocínio, sua consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir, se não tiver poder de controle.³⁸⁷

Em suma, a deferência em *Skidmore* pode ser descrita sob quatro parâmetros, considerando-se: 1) o rigor da investigação da agência; 2) a validade de seu raciocínio; 3) a consistência de sua interpretação ao longo do tempo e, por fim, 4) outros poderes de persuasão da agência.³⁸⁸

O raciocínio em *Skidmore*, portanto, propõe um julgamento voltado às razões de decidir do órgão administrativo, no qual os valores epistemológicos se situam sobre a validade cognitiva do raciocínio proposto.

Também paradigmático para teoria da deferência, pautado pela doutrina como marco referencial, é o caso estadunidense *Chevron U.S.A Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, no qual a Suprema Corte estadunidense defendeu longamente a autorrestrrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas, no ano de 1984.³⁸⁹

Embora muitos casos e teorias abordem a doutrina da deferência estadunidense, a objetividade com a qual o assunto foi tratado no julgamento pode ser uma das razões pelas quais a tese tornou-se amplamente difundida na jurisprudência. Mais do que isso, podem ser evidenciados os critérios formais que são elencados em *Chevron* para abordar a postura deferencial.

Tido como pilar fundamental do direito administrativo estadunidense, o modelo *Chevron* de deferência ganha status e dimensão normativa como quase-constitucional. Na cultura jurídica dos EUA a importância e relevância do método de exame judicial bifásico de

³⁸⁶ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134, 140 (1944). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/134>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁸⁷ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134, 140 (1944). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/134>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁸⁸ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134, 140 (1944). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/134>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁸⁹ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 2, p. 537-573, 2018, p. 543.

atos do poder executivo, tornou-se uma espécie de modelo de autorrestrrição construído ao longo dos anos pela evolução da sua jurisprudência.³⁹⁰

O caso *Chevron* é discutido até os dias atuais, nele, a Suprema Corte afirmou que nas hipóteses nas quais o legislador não tenha disposto especificamente sobre o tema, ou ao menos em cláusulas legais para verificação de ambiguidades, a postura judicial a ser adotada é da perspectiva de deferência para com a decisão administrativa.³⁹¹

A Suprema Corte estadunidense elaborou a *Chevron Doctrine* ou *judicial deference*, segundo a qual o Poder Judiciário deve respeitar a interpretação das leis feita pela Administração Pública, podendo intervir apenas em casos teratológicos. Segundo Eduardo Fortunato Bim, “um ponto fundamental da doutrina *Chevron* é o de que por ela não se averigua qual é a melhor interpretação do significado da norma, mas apenas uma razoável, vedando-se leituras arbitrárias”.³⁹²

Sobre a doutrina da Deferência administrativa, *administrative deference*, elaborada no caso *Chevron*, foram definidos critérios ou parâmetros legais para determinar o grau de deferência a ser prestada a uma interpretação dada por uma agência governamental sobre a lei que ela própria deve se submeter.³⁹³

No aludido caso, a Suprema Corte Americana pautou etapas para avaliar a interpretação dada pela agência reguladora sobre o estatuto. Durante o julgamento foi estabelecido que, diante de um pedido de revisão de uma interpretação dada por agência administrativa, o Judiciário deve buscar resposta a dois questionamentos formulados pelo *Justice Paul Stephens*. O primeiro questionamento consiste em saber se o Legislativo tratou diretamente da questão em debate. Assim, se a intenção do Legislativo foi clara, o caso está resolvido, pois, o Judiciário, assim como a agência regulamentadora, deve cumprir a intenção expressa do Legislativo. Noutro passo, o segundo questionamento busca saber se a lei é silente ou ambígua em relação a um ponto específico. Desta forma, o Judiciário deverá buscar se a

³⁹⁰ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. 2020. 233 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 140.

³⁹¹ VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 131-154, 2018, p. 125.

³⁹² BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 134

³⁹³ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 10.

resposta da agência está baseada em uma construção permitida e possível do estatuto, em inglês chamado de *permissible construction of the statute*.^{394 395}

Assim, caso haja lacuna explícita, “aplica-se a delegação expressa de autoridade para elucidar uma provisão específica do regulamento. Esta regulamentação deve ser observada, salvo se for arbitrária, caprichosa ou manifestamente contrária à lei”. Ao tratar de delegação implícita, o poder judiciário “não deve substituir a interpretação razoável, dada pela agência administrativa, por sua própria interpretação”.³⁹⁶

O julgamento reconheceu, de certo modo, a postura de deferência para com a interpretação administrativa, especialmente porque os juízes não são especialistas no ramo das políticas públicas, bem como não fazem parte do poder político do Governo. Caso a escolha da agência detenha um parâmetro razoável das políticas conflitantes que são confiadas à agência por lei, o Judiciário não deve interferir, ressalvado o pronunciamento do Congresso sobre o tema. Os parâmetros estabelecidos no julgamento ficaram conhecidos como o teste *Chevron* em duas etapas, no original *Chevron two-step test*, e, assim, foi construída, no direito administrativo estadunidense, a doutrina da deferência administrativa, por vezes mencionada como *Chevron deference*.³⁹⁷

Portanto, a Suprema Corte possui a autoridade final acerca da interpretação legislativa, e devem ser rechaçadas decisões administrativas contrárias à intenção do Legislativo. Contudo, na formulação de políticas públicas e na elaboração de regras que irão suprir as lacunas,

³⁹⁴ First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear that is the end of the matter, for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the Court determines that Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute. (SCALIA, A. Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. *In: Duke Law Journal*, vol. 1989, n. 3, 1989, p. 511-512).

³⁹⁵ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 10.

³⁹⁶ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 10.

³⁹⁷ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 10.

explícitas ou implícitas, deixadas pelo Legislativo a autoridade administrativa tem o espaço final.

André Bueno da Silveira analisa a possibilidade de utilização da Doutrina *Chevron* como alternativa para o problema da insegurança jurídica no direito administrativo brasileiro. Inicialmente, a partir da evolução do controle judicial sobre o mérito do ato administrativo, sendo posteriormente analisado o cerne da questão, qual seja: a revisão de decisões proferidas após o devido processo administrativo.³⁹⁸

Para Silveira, “se a decisão é razoável ou admissível e tiver sido proferida com respeito ao devido processo administrativo, ele (Judiciário) deve manter o entendimento proferido na esfera administrativa”, visto haver possibilidade de que tal decisão seja fruto de conhecimento altamente especializado, ainda que o judiciário entenda não se tratar da melhor interpretação. Em relação à solução baseada no direito comparado, preconiza que é necessário o fortalecimento das instituições no Brasil como condição para adoção da Doutrina *Chevron*.³⁹⁹

Após duas décadas da paradigmática decisão que deu origem à doutrina *Chevron*, Gersen e Vermule formularam uma análise das consequências e críticas da referida decisão. A razão teórica de *Chevron* remanesce incerta, inclusive, em decisão mais moderna, que leva a cabo a discussão sobre a deferência, *United States v. Mead Corp*, na qual veio à tona o entendimento de que *Chevron* reside na alegação implícita de que o congresso delegou a autoridade para interpretar a lei às agências reguladoras. Contudo, essa interpretação é contestada ao argumento de que o *Administrative Procedure Act - APA* fornece embasamento legal genérico à alocação da autoridade de decidir sobre as questões legais ao judiciário.⁴⁰⁰

Em continuidade, apontam que a real base para a deferência às agências administrativas em *Chevron* consiste no reconhecimento das capacidades institucionais do judiciário, como instituição limitada por sua própria natureza decisória, sem especialização técnica, e a ausência de legitimidade política para tal.⁴⁰¹

Embora busquem estabelecer as bases teóricas essenciais à compreensão da doutrina legal, reconhecem as ambiguidades e incertezas que remanescem sobre *Chevron*. Neste ponto, importa ressaltar o interessante posicionamento dos autores acerca do quórum de votação,

³⁹⁸ SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 276, p. 109-146, dez. 2017, p. 111

³⁹⁹ SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 276, p. 109-146, dez. 2017, p. 111.

⁴⁰⁰ GERSEN, Jacob E.; VERMULE, Adrian. Chevron as a voting rule. **University Of Chicago Law School: John M. Olin Program in Law and Economics**, Chicago, n. 293, jun. 2006, p. 8-9.

⁴⁰¹ GERSEN, Jacob E.; VERMULE, Adrian. Chevron as a voting rule. **University Of Chicago Law School: John M. Olin Program in Law and Economics**, Chicago, n. 293, p. 1-45, jun. 2006, p. 9-10.

propondo, em suma, um quórum qualificado de votação nos tribunais a fim de amenizar ou superar as dificuldades de aplicação da doutrina sob o ponto de vista ideológico, psicológico e político, aspectos tão variáveis de acordo com cada julgador. Assim, denominou-se originalmente, *Chevron as a voting rule*, ou *Chevron* como regra de votação, em contraposição à doutrina teórica jurídica de *Chevron*.⁴⁰²

No direito brasileiro, as tentativas de importar a doutrina da deferência são ressalvadas diante da jurisprudência que “tem autorizado um controle judicial amplo das decisões administrativas, compreendendo os seus aspectos de forma e de conteúdo, questões de fato e de direito, ainda que tenham sido apreciadas anteriormente no processo administrativo”.⁴⁰³

Em artigo sobre o tema, Bentemuller procura compatibilizar a inafastabilidade da jurisdição com a deferência administrativa. Propondo sobre deferência administrativa e o papel do poder judiciário uma divisão em duas correntes. A primeira relaciona-se à manutenção da clássica separação dos poderes, na qual o poder judiciário fornece a interpretação final quanto à aplicação das leis e regulamentos. Por sua vez, na segunda, caberia ao Judiciário avaliar a formalidade dos procedimentos para a prolação do ato e coibir eventuais arbitrariedades ou interpretações absurdas do comando legislativo, cabendo as agências reguladoras seguirem a política de Estado, proferindo interpretações das normas legislativas e regulatórias. Esse último posicionamento é reforçado pela doutrina *Chevron*.⁴⁰⁴

De fato, o direito administrativo estadunidense vem enfrentando, assim como no Brasil, a questão da avaliação judicial de atos administrativos, com destaque aos atos regulatórios. O controle exercido avalia a validade destes atos, especialmente se as conclusões adotadas pelas agências respeitam a delegação legislativa.⁴⁰⁵

Nesse contexto, adveio o debate da doutrina *Chevron*, assentado na premissa basilar da deferência, pelo Judiciário, às interpretações dadas pelas agências reguladoras, nas competências dadas pelo Legislativo, sem olvidar do controle de legalidade do procedimento adotado pelas agências.

⁴⁰² GERSEN, Jacob E.; VERMULE, Adrian. *Chevron as a voting rule*. **University Of Chicago Law School**: John M. Olin Program in Law and Economics, Chicago, n. 293, p. 1-45, jun. 2006, p. 8.

⁴⁰³ PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? (administrative due process of law and effective judicial protection: a new perspective?). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 293-331, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2511545>. Acesso em: 27 fev. 2021, p. 312.

⁴⁰⁴ BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 30.

⁴⁰⁵ BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 30.

Uma segunda premissa da doutrina da deferência foi cunhada, também no âmbito da Suprema Corte Americana, anos depois, em 1997, no julgamento do caso *Auer et al vs. Robbins et al*, caso que tinha como objeto a interpretação feita pelo Secretário do Trabalho acerca do conceito de salário-base, para fins de exclusão do pagamento de hora-extra.

No caso, o *Fair Labor Standards Act* (FLSA) datado de 1938, estabeleceu sobre a percepção de *overtime pay*, semelhante ao que temos no Brasil por horas-extras, que empregados que recebessem um salário-base, pago semanalmente, não seria cabível a redução por qualidade ou quantidade do trabalho executado, e estariam excluídos da percepção de hora extra.⁴⁰⁶

Acerca do tema, a previsão legislativa, antes exclusivamente aplicável ao serviço privado, foi estendida ao serviço público pelo Congresso, no ano de 1974. Assim, com fundamento na nova compreensão do diploma normativo, policiais vinculados ao Departamento de Polícia de *St. Louis*, em Missouri, ingressaram com uma ação em desfavor do *St. Louis Board of Police Commissioners*, “pleiteando a percepção de hora-extra, tendo em vista que, no regulamento da Polícia de St. Louis, havia a possibilidade de redução salarial, com base em sanções disciplinares”.⁴⁰⁷

No primeiro grau de jurisdição, *District Court*, assim como no segundo grau de jurisdição, *Eighth Circuit Court of Appeals*, o caso foi julgado improcedente, estabelecendo que os policiais autores percebiam salário-base e que as deduções disciplinares não desvirtuavam o piso salarial. No âmbito da Suprema Corte, o julgamento confirmou a decisão proferida no primeiro e no segundo grau, estabelecendo a interpretação do *Secretary of Labor do FLSA*, para redução salarial por questões disciplinares, como “válida dentro do contexto normativo, em especial porque, na iniciativa privada, os executivos, agentes administrativos e profissionais são apenados com demissão, perda do cargo ou limitação de seus serviços, não abrangendo redução salarial como punição direta”.⁴⁰⁸

A relevância da doutrina *Auer* consiste na expansão da interpretação fornecida no Caso *Chevron* ao estabelecer que o Judiciário prestou deferência à interpretação da autoridade

⁴⁰⁶ ENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 32.

⁴⁰⁷ ENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 32.

⁴⁰⁸ ENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 32.

administrativa, mesmo sem comando expresso do Congresso, sobre dispositivos regulatórios, comandos secundários, desde que baseada em construção interpretativa válida do estatuto.⁴⁰⁹

Sobre o modelo de revisão judicial de decisões administrativas no Brasil, Sepulveda, Bolonha e Lazari formulam crítica sobre parâmetros amplos e mal definidos. Isso porque, em suma, qualquer decisão administrativa se sujeita a revisão judicial, e pode ser anulada caso considerada arbitrária ou abusiva. Afirmam ainda que o padrão brasileiro de revisão se assemelha ao *arbitrary and capricious test* do direito administrativo estadunidense.⁴¹⁰

A tese do *arbitrary and capricious test* é fundamento para recurso no âmbito do direito estadunidense, conforme sua compreensão o parâmetro “arbitrário e caprichoso” consiste, em resumo, no entendimento de que a decisão judicial será atacada por meio de recurso, se não possuir fundamentos razoáveis. Assim, se o juiz profere decisão sem critérios razoáveis ou uma adequada ponderação das circunstâncias fáticas, a decisão será arbitrária e caprichosa e poderá ser invalidada, com base nisso, em sede recursal.⁴¹¹

Embora não se possa estabelecer um parâmetro exato para definir o que constitui uma decisão caprichosa e arbitrária, na ausência de uma conexão razoável entre os fatos e o fundamento da decisão, havendo um claro erro de julgamento sem concordância com a lei ou ao procedimento legal pode-se falar em decisão arbitrária e caprichosa.⁴¹²

Como visto, é usual na doutrina brasileira encontrar trabalhos que estabeleçam pontes entre o pensamento jurídico estadunidense e o brasileiro, seja para tratar da doutrina da deferência especificamente ou de outros institutos processuais.

Retomando as doutrinas abordadas, em *Chevron*, pode-se compreender, em caso de ambiguidade ou ausência de clareza do comando normativo, seja comando legal ou regulatório, “deve ser privilegiada a interpretação dada pela agência reguladora, em razão de sua

⁴⁰⁹ ENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 32-33.

⁴¹⁰ SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁴¹¹ In U.S this is one of the basic standards for review of appeals. Under the "arbitrary and capricious" standard, the finding of a lower court will not be disturbed unless it has no reasonable basis. When a judge makes a decision without reasonable grounds or adequate consideration of the circumstances, it is said to be arbitrary and capricious and can be invalidated by an appellate court on that ground. (US LEGAL. **Arbitrary and Capricious Law and Legal Definition**. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/a/arbitrary-and-capricious/>. Acesso em: 12 jun. 2021).

⁴¹² US LEGAL. **Arbitrary and Capricious Law and Legal Definition**. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/a/arbitrary-and-capricious/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

especialização técnica e ainda da análise do impacto regulatório, evitando prejuízos ao mercado regulado, englobando no caso do setor elétrico, produtores, distribuidores e consumidores”.⁴¹³

Ressalta-se, novamente, a distinção trazida por Valle e Masset acerca da diferenciação das agências reguladoras brasileiras e o contexto estadunidense, que não se restringem a órgãos de regulação de mercado, e abrangem órgãos administrativos não-militares, exceto o judiciário e o legislativo, portanto, órgãos administrativos.⁴¹⁴

Ao cuidar da apreciação de decisões proferidas por agências reguladoras no Brasil, a revisão judicial é substancialmente limitada pela denominada discricionariedade técnica das agências, concedendo benefício da experiência especializada às agências administrativas. Isso, visto que o reconhecimento, pelos juízes, da natureza técnica de determinadas ações administrativas impõe uma deferência judicial mais ampla e qualificada às decisões de uma agência relacionadas aos aspectos técnicos do setor regulado.⁴¹⁵

Em alusão ao benefício da experiência especializada como referência se destaca o precedente *United States v. Mead Corp.* Neste caso, a *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* decidiu afastar a deferência nos moldes de *Chevron*, em razão do procedimento segundo o qual escolhas administrativas são formuladas. O processo administrativo é regulado nos EUA pelo *Administrative Procedure Act - APA*, que distingue duas categorias: *rule making* e *adjudication*. Segundo Valle e Masset, no sistema brasileiro pode se fazer a ponte nos conceitos de edição de atos administrativos normativo e a solução em concreto de conflitos postos à Administração.⁴¹⁶

Segundo o APA, as decisões sobre exercício do *rule making*, possuem caráter genérico, e em razão disso estão sujeitas a procedimento formal específico, com mecanismos de publicização da escolha administrativa em construção, bem como de recepção de sugestões

⁴¹³ ENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder Judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018.

⁴¹⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 404-405.

⁴¹⁵ SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁴¹⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, p. 402-425, Curitiba: Íthala, 2019, p. 412.

e críticas, comumente referido como *notice and comment*. Por sua vez, as decisões havidas em sede de adjudicação, pelo caráter restrito de seus efeitos, não se sujeitam à mesma lógica.⁴¹⁷

A abertura interpretativa posta em *Mead* envolve, justamente, a opção legislativa pela transferência da disciplina da matéria, com os elementos legitimadores da escolha pública através da contribuição dos eventuais interessados na medida reguladora. Todavia, o ponto central de *Mead* envolveu a exceção descrita no APA § 553, (b), (3), (A), à incidência do procedimento de *notice and comment*, dispensando o referido procedimento acerca de regras decorrentes do exercício de interpretação, proclamações gerais acerca de políticas públicas, ou atinentes à organização, procedimento ou práticas da agência.⁴¹⁸

No caso apreciado, a decisão do *United States Customs Service*⁴¹⁹ ocorreu sem a observância do procedimento de *notice and comment*. A Suprema Corte estadunidense deveria ponderar se a interpretação do *Customs Act*, merecia deferência no modelo *Chevron*. Porém, na apreciação do caso a resposta judicial buscou diferenciar as hipóteses de incidência de *Chevron* e de *Skidmore*.⁴²⁰

Em suma, a Suprema Corte compreendeu que decisões tarifárias proferidas pela autoridade administrativa não têm valor de precedente, de modo que a doutrina *Chevron* não lhe seria aplicável. Em oposição, o voto dissidente proferido pelo *Justice Scalia* dispôs que toda decisão administrativa em caráter de autoridade deveria ser objeto da deferência de *Chevron*, e manter a deferência de *Skidmore* era um anacronismo.⁴²¹

Nesse passo, a deferência estabelecida em *Mead* pode ser descrita como um resgate dos debates em *Chevron* e *Skidmore*, na qual a implementação de preceitos legislativos específicos adquire a qualidade de deferência baseada em *Chevron* quando o Legislativo delega autoridade para uma agência formular regras com força de lei, porém, a interpretação

⁴¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 412.

⁴¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 413.

⁴¹⁹ Equivalente à Receita Federal.

⁴²⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 413.

⁴²¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 413.

empregada pela agência nestes casos deve decorrer necessariamente do exercício da autoridade a si delegada. Assim, a efetiva delegação do Legislativo pode ser comprovada de diversas maneiras, a exemplo da possibilidade de a agência proferir decisões adjudicativas (no original *rule making*) sujeitas a *notice-and-comment*, ou por qualquer outro indício de que existe determinação ou intenção do congresso neste sentido. No caso concreto, abordado pela decisão, restou evidenciada falha na qualificação da deferência com base em *Chevron*, porém, vislumbrou-se a possibilidade de enquadramento, ainda que parcialmente, na deferência com base em *Skidmore*.⁴²²

Portanto, *Mead* não estabelece um critério próprio de deferência, mas reforça a aplicabilidade de *Chevron* e *Skidmore*, e instituiu o que a doutrina estadunidense denominou *step zero*, ou seja, um passo zero, anterior à aplicação de *Chevron*. O que se pode extrair é a viabilidade da aplicação da deferência sempre consagrada, variando o teste, sem cogitar a rejeição da escolha administrativa sem a sua análise.⁴²³

Jordão destaca, sobre *Mead*, o abandono do critério binário de *Chevron*, pautado nas posturas deferente e não-deferente, através da definição da intensidade do controle judicial sobre interpretações legislativas da Administração Pública, uma vez que, no esquema binário, não há espaço para outras considerações ou outras formas de controle.⁴²⁴

O enfoque mais complexo sobre o tema se debruça sobre a intenção do Congresso acerca da interpretação, da autoridade administrativa, em questão tenha força de lei. Em *Mead* a Suprema Corte se volta à complexidade administrativa, pautando a deferência a partir de graus de intensidade, que culminam no grau máximo da deferência concebido em *Chevron*.⁴²⁵

Em outras palavras, com *Mead*, todos os aspectos da decisão controlada e da legislação pertinente, são considerados para definir a aplicabilidade do teste de *Chevron*. Resta evidente que, o formalismo característico de *Chevron*, com a biade ambiguidade e clareza legislativa, é substituído por teste bastante contextualizado e complexo. O *step zero*, pode ser tido como

⁴²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court Of The United States Of America. Certiorari n° (99-1434) 533 U.S. 218. UNITED STATES OF AMERICA. vs. MEAD CORP. Relator: Justice J. Souter. Washington, D.C. 2001.

⁴²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 414.

⁴²⁴ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 52, p. 9-43, 2016, p. 25-26.

⁴²⁵ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 52, p. 9-43, 2016, p. 28.

impreciso, voltado aos mais variados aspectos da interpretação administrativa, para definir se havia a intenção legislativa para autoridade administrativa decidir, na hipótese, com força de lei. Se não for o caso, há a incidência da, também imprecisa, deferência *Skidmore*, cuja intensidade depende da atenção aos mais variados aspectos do pronunciamento administrativo judicialmente controlado.⁴²⁶

A doutrina da deferência estadunidense, entretanto não se esgota nos notórios precedentes, Schiller trata do período referenciado como era da deferência na história estadunidense, ocorrido após a grande depressão, em 1930, conhecido como *new deal*. O autor aduz que conceber a ideia de que, dentre as instituições aptas a decidir sobre as contendas democráticas, o judiciário seria a instituição mais adaptada seria cômica nesse período. A crítica, não foi desprovida de fundamento, mas sim reforçando a compreensão de que juízes não são experts em nenhuma área específica, além de ressaltar a análise factual inapropriada quando revisavam opiniões administrativas. Observando a compreensão usualmente fornecida pelos juízes à variedade dos fatos da vida, como prática de desvirtuar fatos individuais a padrões universalizantes. Sob esse aspecto, reflete acerca da natureza da prescrição administrativa como a lei em criação, em oposição a postura das cortes de impor uma síntese generalizante da realidade.⁴²⁷

Em síntese, o autor busca descrever a importância para o direito administrativo estadunidense da corte formada no período do *new deal*, especialmente para enfatizar a expertise das agências reguladoras, com acentuada deferência. Tal período não se estendeu por um grande período na história dos EUA, mas demarcou um modelo de deferência judicial, a ser desenvolvido e criticado ao longo do século XX.⁴²⁸

A pauta que move as reflexões ora propostas gira entorno do papel do poder judiciário dentro do Estado. O desafio de compatibilizar a deferência administrativa, ante a falta de conhecimento técnico, e o necessário controle de legalidade dos atos administrativos.

Justamente por isso, busca-se regar a experiência brasileira com a doutrina da deferência estadunidense, rica em precedentes sobre o tema. Não se pretende esgotar o assunto, dissecando as decisões estadunidenses, uma vez que tal empreitada excederia, e muito, o proposto neste trabalho. Reforçando a importância de traçar parâmetros para o bom exercício

⁴²⁶ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 52, p. 9-43, 2016, p. 27.

⁴²⁷ SCHILLER, Reuel E. The Era of Deference: courts, expertise, and the emergence of new deal administrative law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 106, p. 399-442, 2007, p. 425-426.

⁴²⁸ SCHILLER, Reuel E. The Era of Deference: courts, expertise, and the emergence of new deal administrative law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 106, p. 399-442, 2007, p. 441.

do controle jurisdicional, tendo como inspiração, no direito comparado, a doutrina da deferência estadunidense, ao estabelecer balizas para a deferência judicial das escolhas discricionárias da Administração Pública.

Ainda assim, o poder judiciário brasileiro pode ser considerado retraído em matéria de deferência administrativa. Os discrepantes fundamentos quanto à discricionariedade administrativa e aqueles relacionados à atividade regulatória, usualmente chamada de discricionariedade técnica. As cortes brasileiras oscilam sobre a deferência administrativa, ora guardando respeito à decisão executiva, ora ingressando no controle do mérito administrativo ou norma regulatória.⁴²⁹

Em *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.* e *Auer v. Robbins* afirmaram uma doutrina pela qual os Tribunais deveriam ser deferentes às interpretações de uma agência de seus próprios regulamentos ambíguos.⁴³⁰

No ano de 2019, a Suprema Corte estadunidense no julgamento de *Kisor v. Wilkie*, realizou tentativa de revisar os precedentes *Auer* e *Seminole Rock*, contudo, foi mantido o posicionamento de que nas interpretações de leis ambíguas pelas agências a deferência por parte dos tribunais se dá às interpretações razoáveis realizadas pelas agências de suas próprias normas ou regulamentos ambíguos.⁴³¹

Em *Chevron* e *Auer* temos decisões para postura deferente à interpretação de uma agência, entretanto a distinção precípua seria o objeto da interpretação, enquanto em *Auer* a interpretação de regulamentos da própria agência, já em *Chevron* a interpretação de uma lei ambígua do setor regulado.⁴³²

Da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense podem ser extraídas questões e reflexões bastante férteis ao pensamento da deferência no Brasil, no tópico a seguir veremos algumas das pontes ao raciocínio ora proposto.

⁴²⁹ BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018, p. 34-35.

⁴³⁰ SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁴³¹ SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁴³² SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Antes, porém, cabe a síntese dos precedentes analisados com maior profundidade: *Skidmore*, *Chevron* e *Mead*, cuja distinção pode ser vislumbrada, em especial, na formalidade dos critérios, característica da doutrina *Chevron*.

Em *Skidmore* destaca-se a importância dos argumentos considerados pelo órgão administrativo a partir do rigor de consideração, a validade do raciocínio, a consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir, caso não haja poder de controle

Mister destacar que as decisões, interpretações e opiniões do Administrador não controlam os tribunais em razão de sua autoridade, todavia, podem constituir um corpo de experiência e julgamento informado ao qual os tribunais e litigantes podem adequadamente recorrer para orientação.

No julgamento pautado na deferência com base em *Skidmore*, as razões de decidir do órgão administrativo são de suma importância, constituindo critérios de caráter epistemológico que se situam sobre a validade cognitiva do raciocínio utilizado para embasar a decisão administrativa.

Difere, portanto, em larga medida dos critérios formais de *Chevron*, a deferência *Skidmore* confere um peso gradual à opinião da autoridade administrativa.

Por sua vez, em *Mead*, propõe-se uma mescla de *Skidmore* e *Chevron*, não a fim de combinar seus critérios de forma híbrida, mas considerando a aplicabilidade dos julgamentos anteriores.

No julgamento de *Mead*, todos os aspectos da decisão controlada e da legislação pertinente, são considerados para definir a aplicabilidade do teste de *Chevron*. O formalismo característico de *Chevron*, cuja bíade ambiguidade e clareza legislativa, é substituído por teste bastante contextualizado e complexo. A adição do passo zero, proposto em *Mead*, se volta aos aspectos da interpretação administrativa, para definir se havia a intenção legislativa para autoridade administrativa decidir, na hipótese, com força de lei. Definindo a partir disso, a incidência binária e formal do teste de *Chevron*, ou ainda incidência da deferência *Skidmore*.

4.1.1 Parâmetros para deferência judicial segundo a experiência estadunidense

É bastante importante ao refletir sobre um ordenamento jurídico estrangeiro, que seja feito panorama adequado das tradições jurídicas em paralelo. Posto que, as origens dos sistemas jurídicos brasileiro e estadunidense são bastante distintas, enquanto o ordenamento jurídico pátrio deriva de uma tradição civilista, comumente referenciada como *civil law*, de caráter eminentemente legalista no direito positivado, a tradição jurídica estadunidense se forma através do *common law*, na qual os precedentes constituem o direito e impactam enormemente na formação do direito.

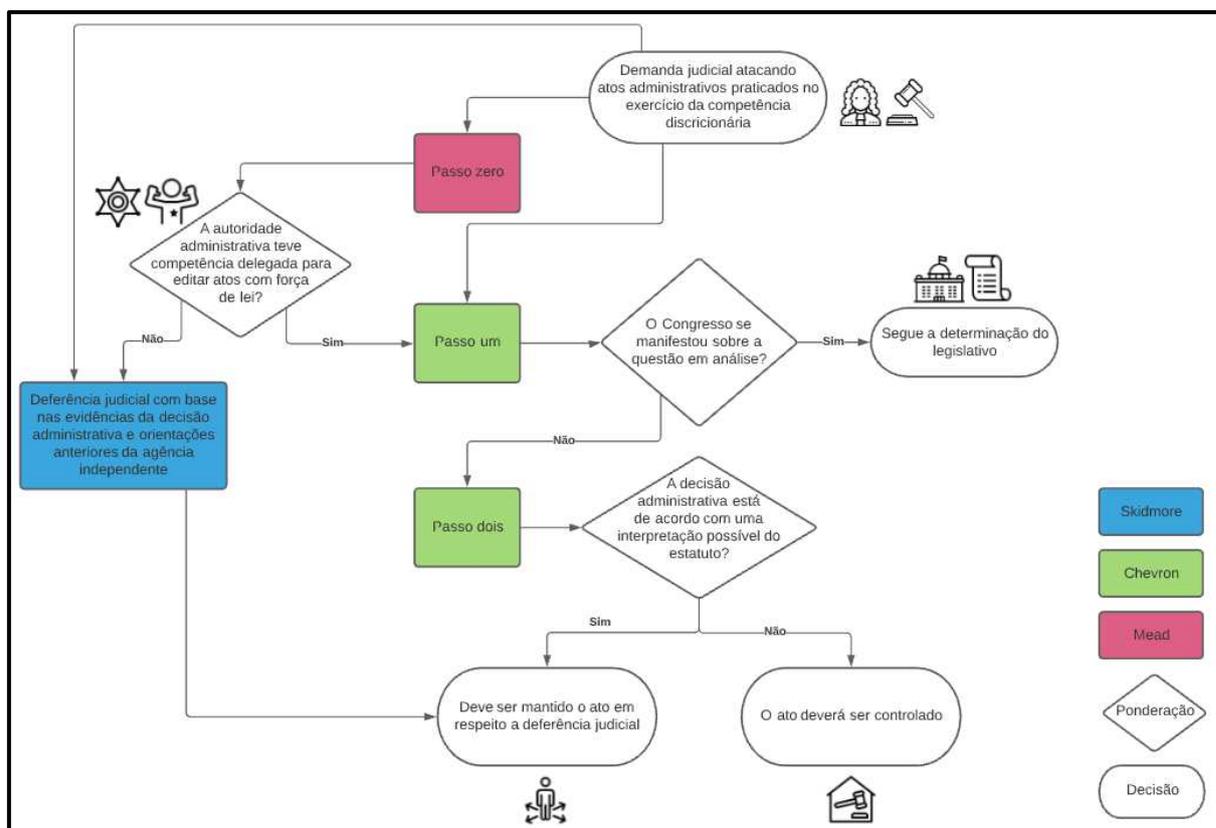
Nessa conjuntura, para raciocinar sobre os precedentes pontuados anteriormente, com a finalidade de traçar paralelos legais no Brasil posteriormente, propõe-se na Figura 1 um fluxograma que integra a deferência judicial em *Skidmore, Chevron e Mead*.

De plano, pontua-se que a escolha dos referidos precedentes levou em conta a vasta jurisprudência estadunidense acerca da deferência judicial. Inicialmente este trabalho tendeu ao recorte pautado na Doutrina Chevron, diante de sua relevância sobre o tema, além da objetividade com a qual dispôs parâmetros para a ponderação judicial.

Contudo, ao longo dos estudos, a gama de precedentes levou ao aprofundamento sobre o tema e a reflexão primordial do que se pode importar para o Brasil: a despeito dos parâmetros estabelecidos sempre há espaço para reflexão e consideração nas decisões judiciais acerca das razões dos atos administrativos.

Diante da compreensão da experiência estrangeira, pode-se denotar que não há doutrina da deferência ressaltada de críticas, sendo que cada teoria opera de forma distinta. Os critérios de escolha por *Skidmore, Chevron e Mead* foram em decorrência da relevância destes para a doutrina e academia estadunidense e por sua complementação recíproca sobre o tema. Destaca-se que, *Auer e Mead* trazem em seu bojo uma expansão do sentido do que fora abordado em *Chevron*, entretanto, para fins contribuir com o fluxograma somente em *Mead* foi adicionado um novo passo, em *Auer* o sentido interpretativo de *Chevron* no passo 2 foi expandido.

Nesse contexto, para raciocinar sobre os precedentes pontuados anteriormente, a fim de traçar paralelos legais no Brasil posteriormente, propõe-se na Figura 1 um fluxograma que integra a deferência judicial em *Skidmore, Chevron e Mead*.

Figura 1 - Fluxograma Deferência Judicial nos EUA – *Skidmore*, *Chevron* e *Mead*.

Fonte: elaboração da autora (2021)

No fluxograma elaborado foram integradas as três doutrinas estadunidenses: *Skidmore*, *Chevron* e *Mead*, diante de uma demanda judicial que ataque atos e decisões proferidas por órgãos administrativos.

O primeiro precedente a ser proferido, em ordem cronológica, foi *Skidmore*, decidido em 1944, porém, no fluxograma, vincula-se ao passo zero de *Mead*, tendo em vista *Skidmore*, embora detenha uma carga valorativa bastante densa para embasar a deferência judicial, possui textura aberta, configurando um modelo criticável sob o aspecto da discricionariedade subjetiva do julgador.

Ainda assim, a prudência judicial levantada em *Skidmore*, no sentido de analisar as razões e a importância técnica e especializada do ente administrativo, traz importantes reflexões à deferência judicial conferindo um peso maior ao caráter técnico e argumentativo das decisões administrativas.

O segundo precedente, julgado em 1984, deu origem à doutrina *Chevron* que sintetiza dois passos para o dever de deferência judicial, no primeiro passo a corte deve ponderar se o congresso se manifestou sobre a questão analisada. Se a determinação do legislativo for inequívoca, o ente administrativo deverá manter o posicionamento legal.

Caso a lei seja silente ou ambígua sobre a matéria, no segundo passo, o julgador deve ponderar se a interpretação dada pela agência independente sobre o estatuto é possível. Assim, o julgador deverá interferir somente no caso em que a interpretação esteja em desacordo evidente com a lei, e não por divergência do posicionamento adotado pelo ente administrativo.

Por derradeiro, no julgamento de *Mead*, no ano de 2001, foi estabelecido verdadeiro diálogo entre as doutrinas *Skidmore* e *Chevron*, no tocante à possibilidade do órgão administrativo editar normas com força de lei, segundo a Corte, caso o congresso não tenha conferido, inequivocamente, competência ao ente administrativo para tal ou, então, que o endosso para o exercício dessa autoridade decorra do *notice and comment*.

Do referido julgamento se obteve o denominado passo zero, consistente na averiguação da competência da agência para edição de normas com força de lei, nos termos acima descritos. Caso a autoridade administrativa não detenha essa atribuição, a Corte compreendeu que a deferência a ser adotada é sob o modelo *Skidmore*, e não *Chevron*.

Denota-se com os precedentes abordados, na cultura jurídica estadunidense, certa tendência a elencar critérios mais objetivos a fim de estabelecer a postura deferencial. Com o fluxograma proposto não se fugiu dessa característica, porém, conforme a construção do tema, os critérios objetivos não representam um fim em si mesmos. A par das críticas pelos próprios *justices* da Suprema Corte, da academia e da doutrina os parâmetros da deferência estão em constante evolução e debate na comunidade jurídica e, como foi visto, não é diferente na ordem jurídica estadunidense.

Com isso, o enfoque retorna ao ordenamento jurídico brasileiro para abordar dentro das modificações sofridas pela LINDB, através da Lei nº 13.655/2018, três dispositivos que podem nos servir de consolidação ao debate da doutrina deferencial. Não exclusivamente para abalizar critérios fechados, mas construir uma cultura jurídica mais reflexiva, dialogada, e transparente sobre a motivação das decisões, as consequências dos atos praticados e, de forma geral, que permita um maior equilíbrio entre as esferas administrativa, controladora e judicial.

Restaurar a confiança na aptidão dos entes administrativos, legitimando e conferindo reforço aos espaços decisórios efetivamente previstos em lei é o ponto central do que está em debate.

4.2 O CONTROLE JUDICIAL À LUZ DOS ARTIGOS 20, 21 E 22 DA LEI Nº 13.655/2018

Com o presente tópico aprofundar-se-á na Lei nº 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB, com dispositivos de conteúdo voltado ao

direito público. Essa nova roupagem para valores já existentes no ordenamento jurídico pátrio vem através da forte demanda existente na doutrina constitucionalista e administrativista por maior segurança jurídica e parâmetros que melhor se apresentem diante dos órgãos de controle.

Nesse diapasão, após refletir sobre a doutrina da deferência estadunidense, cuja tradição jurisprudencial e doutrinária é bastante forte ao dispor parâmetros mais claros dos papéis dos poderes públicos, serão vistos três dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018.

A busca por parâmetros mais claros de decisão vem justamente para contrapor o que Streck menciona como poder discricionário dos juízes, em uso do pamprincipiologismo, nomenclatura utilizada pelo autor para descrever a deficitária prática jurídica brasileira do uso desmedido de *standarts* argumentativos para driblar as regras da produção normativa democrática do direito.⁴³³

Cristóvam e Souza colocam como hermenêutica ponderacionista criativa, a ação que submete quase tudo ao sopesamento de princípios e alavanca toda sorte de ativismos voluntaristas.⁴³⁴

A teoria da ponderação de princípios, referida também como ponderacionismo, tornou-se tendência no discurso jurídico após o advento da CRFB/88. Entretanto, por meio de versões corrompidas das teorias principialistas, conferindo espaço à normatividade rarefeita, disfarçando moralismos e o decisionismo judicial.⁴³⁵

Diante disso, decorre a necessidade de um combate hermenêutico à pamprincipiologia, um mal que afeta de sobremaneira o caráter concretizador dos princípios, com o uso de uma gama de argumentos retóricos, persuasivos, formando a racionalidade judicial com forte cunho discricionário. O manejo dos princípios não deve ser feito de modo a se transformar em álibi retórico, muito menos utilizar-se da separação entre regras, aplicadas por subsunção, e princípios, aplicados por ponderação.⁴³⁶

Até mesmo porque, usualmente, o legislador faz uso de conceitos jurídicos indeterminados ou remissão a categorias de conceitos técnicos, e o faz de maneira proposital a fim de conferir certa margem de liberdade ao gestor público, de modo que esse

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 49, n. 194, p. 7-21, 2012, p. 8-9.

⁴³⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. O controle da administração pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos humanos e participação política**, vol. XI, Cap. 6, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020, p. 138-139.

⁴³⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, n. 3, p. 993-1023, 2019, p. 996-997.

⁴³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 49, n. 194, p. 7-21, 2012, p. 20.

complementasse, dentro de um conjunto plural de alternativas, o conteúdo da norma que lhe parece mais razoável.⁴³⁷

Essa margem de liberdade de apreciação, denominada mérito administrativo, conferida à Administração Pública dentro dos limites legais, a fim de formar sua convicção, projeta como resultado um ato administrativo no exercício da competência discricionária.

Stelzer, Baptista e Ledo, em estudo recente desenvolvido no cenário pandêmico da Covid-19, avaliam a apreciação dos elementos do ato administrativo pelo poder judiciário, em sede de controle externo, não tendo sido obedecidos os limites para o controle externo do Poder Judiciário paranaense quanto ao mérito administrativo, de modo que julgaram indistintamente os elementos motivo e objeto, reanalisando a oportunidade e conveniência do ato administrativo.⁴³⁸

Há de ser combatida a postura judicial permeada de decisionismos, cunhados nas convicções morais, a qual, usualmente, vem camuflada sob o pano de fundo da teoria ponderacionista. Tamanha a intensidade de sua ocorrência, que a legislação ora estudada se dispõe a combater, dentro do ordenamento jurídico, os sintomas decorrentes dessa prática.

Uma vez que, altamente prejudicial à democracia e ao desenvolvimento das instituições, caso, nos espaços legalmente conferidos à autoridade administrativa, o poder judiciário contorne os aspectos de conveniência e oportunidade, para atingir, em verdade, o mérito administrativo.

Além disso, a discricionariedade na formação do mérito administrativo tem fundamento na impossibilidade do legislador, quando redige a norma autorizadora da expedição de ato discricionário, prever todas as situações e sempre engessá-las no formato de atos vinculados. “A escolha do que é conveniente e oportuno para a expedição do Ato Administrativo compete exclusivamente ao Agente Político, isto porque cabe a este o juízo de atribuição de valor administrativo, especialmente por ter proximidade com a demanda invocada”.⁴³⁹

⁴³⁷ NIEBUHR, Pedro de Menezes. **A repercussão da LINDB em demandas ambientais e urbanísticas**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-repercussao-da-lindb-em-demandas-ambientais-e-urbanisticas-09072019>. Acesso em: 09 out. 2020.

⁴³⁸ STELZER, Joana; BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita; LEDO, Ana Paula Ruiz Silveira. Novos limites de controle externo do mérito administrativo na regulamentação do isolamento social: o poder judiciário paranaense perante os decretos de agentes políticos do poder executivo na pandemia de covid-19. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUZA, Thanderson Pereira (org.). **Direito administrativo em transformação**, cap. 14, Florianópolis: Habitus, 2020, p. 246.

⁴³⁹ STELZER, Joana; BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita; LEDO, Ana Paula Ruiz Silveira. Novos limites de controle externo do mérito administrativo na regulamentação do isolamento social: o poder judiciário paranaense perante os decretos de agentes políticos do poder executivo na pandemia de covid-19. In: CRISTÓVAM, José

Não se trata de definir as instâncias de controle, tão caras ao Estado Democrático de Direito, menos ainda de defender abusos praticados pela Administração Pública. Mas sim de construir esforço teórico em busca desse fino equilíbrio.⁴⁴⁰

O reequilíbrio da normatividade constitucional torna-se essencial, em conformidade com a legalidade constitucional e infraconstitucional, respeitando o jogo político-jurídico e garantindo a democracia. Deste modo, a deferência às regras jurídicas como fator normativo primeiro de concretização da legalidade democrática.⁴⁴¹

É precisamente nesse contexto que se insere a justificativa deste estudo, propondo-se verificar dentro da Lei nº 13.655/2018 parâmetros mais claros para o exercício do controle sobre as instâncias administrativas, sem perder de vista o fiel cumprimento da Constituição e da legislação pátria.

Por conseguinte, o Decreto-lei 4.657 de 4 setembro de 1942⁴⁴² instituiu a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e pode ser definido como um conjunto de normas sobre normas, ou uma norma de sobre direito, uma vez que disciplina as próprias normas jurídicas, sobre o modo de sua aplicação no tempo e no espaço, bem como a compreensão e o entendimento do seu sentido lógico, apontando ainda quais são as fontes do direito, em complemento ao que consta na Constituição Federal.⁴⁴³

A importância da LINDB não se limita ao direito civil, atingindo outros ramos do direito privado e do direito público. Pautando-se nestas justificativas, a lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou sua nomenclatura, substituindo o antigo desígnio de Lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Consolidando a sua aplicação aos demais ramos do direito, a Lei nº 13.655/2018 trouxe regras concernentes à atuação dos agentes públicos e órgãos de controle, nos artigos 20 a 30, aproximando a referida norma ao direito público.⁴⁴⁴

Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUZA, Thanderson Pereira (org.). **Direito administrativo em transformação**, cap. 14, Florianópolis: Habitus, 2020, p. 255.

⁴⁴⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. O controle da administração pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEWSKI, Clovis (org.). **Direitos humanos e participação política**, vol. XI, Cap. 6, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020, p. 139.

⁴⁴¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, n. 3, p. 993-1023, 2019, p. 1018.

⁴⁴² BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁴³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁴⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Em 26 de abril de 2018 houve a publicação da Lei nº 13.655/2018⁴⁴⁵, que modificou e acrescentou diversos dispositivos ao Decreto-lei 4.657/1942, notadamente a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

Para Maria Sylvia Di Pietro, a lei não trouxe necessariamente inovações, pois muitas das novas previsões “praticamente se limitam a explicitar princípios informadores do direito administrativo, no que se refere às decisões tomadas pela Administração Pública e à atividade de controle que sobre ela exerce”.⁴⁴⁶

As modificações endossam e fortalecem algumas determinações legais previstas tanto na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, “em especial os da (i) segurança jurídica, (ii) motivação, (iii) proporcionalidade, (iv) consensualidade, (v) transparência, (vi) participação, (vii) eficiência, (viii) interesse público”. Além de dispor sobre a responsabilização do agente público por decisões exaradas com dolo ou erro grosseiro.⁴⁴⁷

As alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 alargaram o espectro de ingerência da LINDB, inserindo diversas previsões que atingem, diretamente, o direito administrativo. De modo geral, as mudanças inseridas na LINDB pela referida lei buscaram “conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público”.⁴⁴⁸

A ampliação da segurança jurídica diz respeito “à cognoscibilidade do direito: o direito só serve de mecanismo de orientação se o destinatário consegue compreendê-lo; por essa razão, o direito deve ser inteligível e assim o é, dentre outras coisas, por meio da determinação e da clareza das suas fontes normativas”.⁴⁴⁹

Dessa maneira, alguns dos dispositivos em destaque zelam por valores jurídicos e conceitos já conhecidos, sua normatização de forma mais clara, evidencia sua aplicabilidade e consideração por parte dos operadores jurídicos.

Sobre a tendência da positivação, característica intrínseca do direito brasileiro, Nohara é cirúrgica ao criticar a visão positivista e cética arraigada. Muitas das vezes, impede a

⁴⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 13.655, 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 87.

⁴⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 87.

⁴⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 22.

⁴⁴⁹ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 19, n. 75, 2019, p. 145.

incorporação da razoabilidade como parâmetro de controle e restrição da discricionariedade, por resistência da doutrina e na jurisprudência pátrias a pretensa de elevação da razoabilidade a uma categoria jurídica, insistindo em afastar da indagação científica a ponderação valorativa, tendo em vista a necessária subjetividade dos valores.⁴⁵⁰

Na perspectiva positivista, a lei é tida como “a fonte de certeza e segurança por excelência para os operadores e os princípios e as pautas axiológicas são desvalorizados sistematicamente como fontes de incerteza no período legalista”, predominante no Brasil da Constituição de 1934 à Constituição de 1988.⁴⁵¹

Sob essa tendência opera a demanda de positivação de construções doutrinárias do direito administrativo, ao positivar a doutrina e jurisprudência. Porém, a positivação das elaborações teóricas limita seu alcance, interpretação e potencial de adaptação às novas realidades cambiantes. O inconveniente desse movimento é propor orientações teóricas menos aprofundadas, com perigo de ser frequentemente observadas sem questionamentos pelos intérpretes.⁴⁵²

Isso ressalta, de fato, que elaborações jurisprudenciais não desfrutam de um prestígio tão acentuado nos meios jurídicos em comparação com os preceitos normativos. A segurança proporcionada pela regra de direito, em contraposição à desconfiança da jurisprudência, obsta a “defesa da razoabilidade como critério a ser adotado na ponderação de bens é justamente um argumento no sentido de valorizar o trabalho jurisdicional (insubstituível pela lei) de elaboração da norma individual, adaptada caso concreto”.⁴⁵³

Inserido nesse contexto, a seguir serão abordados os artigos 20 a 22 da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro a fim de demonstrar a adequação dos dispositivos à classificação de permissivos legais à aplicação da deferência judicial e o aprimoramento do controle judicial das decisões administrativas.

4.2.1 O dever de motivação e o consequencialismo jurídico segundo o artigo 20 da LINDB

⁴⁵⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79-80.

⁴⁵¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 87.

⁴⁵² NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 88.

⁴⁵³ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 88.

O primeiro dispositivo a ser inserido na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 foi o artigo 20⁴⁵⁴ ⁴⁵⁵ que inaugurou as alterações voltadas à introdução de uma cultura hermenêutica deferente no ordenamento jurídico brasileiro.

A inteligência do dispositivo, portanto, imputa ao órgão julgador, seja ele judicial, administrativo, ou controlador, o dever de observar as consequências práticas da sua decisão. Tornando assim, evidente a importância da ponderação do julgador em relação às consequências práticas da sua decisão, expondo, também, o raciocínio que levou à tomada de determinada decisão, explanando sua adequação ao caso concreto. O propósito do dispositivo é, considerando sua estrutura normativa e o conteúdo dogmático, o dever de considerar as consequências práticas da decisão, garantindo dessa maneira maior segurança jurídica através de decisões mais qualificadas.⁴⁵⁶

Para contribuir com o aprofundamento deste estudo, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA realizou seminário, no ano de 2019, no qual lançou 21 enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro e seus impactos no Direito Administrativo. Dentre esses, os cinco primeiros enunciados dizem respeito ao artigo 20 ora abordado.

De plano, o primeiro enunciado lança: “As expressões ‘esfera administrativa, controladora e judicial’ contidas na LINDB abrangem o exercício de todas as funções estatais que envolvam aplicação do ordenamento jurídico.”⁴⁵⁷

Também interpretando o caput do art. 20 da LINDB, Pereira dispõe a veiculação de duas normas jurídicas distintas: “uma regra proibindo que a decisão judicial seja fundada em valores jurídicos abstratos; e um postulado que obriga a decisão judicial a considerar as suas consequências práticas”. Segundo o autor, uma terceira norma pode ser extraída a partir do parágrafo único do referido dispositivo, ligada “à segunda norma, consistente em outra regra

⁴⁵⁴ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

⁴⁵⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁵⁶ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 19, n. 75, 2019, p. 144.

⁴⁵⁷ IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 06 jul. 2021.

que obriga o órgão julgador a demonstrar a necessidade e a adequação da solução jurídica eleita em virtude das consequências práticas identificadas”.⁴⁵⁸

Por sua vez, o segundo enunciado do IBDA, diz respeito ao dever de motivação exigida pelo artigo 20 que poderá ser feita com remissão a orientações gerais, precedentes administrativos ou atos normativos. Todavia, a possibilidade de remissão, não permite que a Administração Pública deixe de analisar as particularidades do caso concreto.^{459 460}

A partir da interpretação fornecida pelo IBDA, destaca-se o dever de motivação estendido tanto no âmbito administrativo quanto nas esferas de controle. Inclusive, sobre o referido enunciado, pode-se estabelecer uma ponte com o conteúdo da deferência estadunidense na doutrina *Skidmore*, cujos componentes a se ter em cogitação para a valorização da decisão administrativa foram sintetizados por Valle e Masset: “1) a profundidade e acuidade as evidências consideradas na formação da decisão; 2) a validade da argumentação que funda a escolha administrativa; e 3) sua consistência com manifestações anteriores e mais recentes da agência na matéria”.⁴⁶¹

O empobrecimento da fundamentação pode ser uma das razões para lançar mais um dispositivo que trata do conteúdo e construção das decisões. Fernando Leal aborda esse cenário de elevada carência argumentativa, aduzindo que o dispositivo em comento pode contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das decisões. Ao tomar decisões exclusivamente com base em padrões vagos, “exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação”.⁴⁶²

Um dos precursores do projeto de lei que deu origem à edição da Lei nº 13.655/2018, Carlos Ari Sundfeld ventilou a crítica: “vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito

⁴⁵⁸ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1009, ano 108, p. 99-120, 2019, p. 106.

⁴⁵⁹ Enunciado 2. A motivação exigida pelo parágrafo único do art. 20 da LINDB, poderá se dar por remissão a orientações gerais, precedentes administrativos ou atos normativos. A possibilidade de motivação por remissão, contudo, não exime a Administração Pública da análise das particularidades do caso concreto, inclusive para eventual afastamento da orientação geral

⁴⁶⁰ IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 06 jul. 2021.

⁴⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, Curitiba: Íthala, 2019, p. 408.

⁴⁶² LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 27.

público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”⁴⁶³. Portanto, a motivação vem como ferramenta a reduzir as incertezas perpetradas nesse cenário.

Somando-se às normas presentes do ordenamento jurídico pátrio que disciplinam a interpretação das fontes e aplicação das normas, a partir do artigo 20 da LINDB, podem ser extraídas duas normas: um postulado hermenêutico e uma regra de densificação do dever de motivar as decisões.⁴⁶⁴

Conforme o que prega art. 489 do Código de Processo Civil⁴⁶⁵, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados deve ser acompanhado de explicação do motivo concreto de sua incidência no caso.

Advém, do artigo 20 da LINDB, mais uma regra específica de fundamentação decisória, para que se demonstre a incidência do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto e, reste evidente a consideração do julgador das consequências práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis, ponderando acerca de tais consequências à luz da proporcionalidade.⁴⁶⁶

Didier e Oliveira propõem uma reflexão bastante profunda do conteúdo do dispositivo do art. 20 da LINDB, pois se debruçam sobre a busca por maior pragmatismo quando da aplicação das decisões judiciais. Sem deixar de abarcar os riscos do lançamento de uma teoria

⁴⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

⁴⁶⁴ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 19, n. 75, 2019, p. 146.

⁴⁶⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.⁴⁶⁵

⁴⁶⁶ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 19, n. 75, 2019, p. 152.

jurídica desacompanhada de uma tradição doutrinária, no ordenamento jurídico brasileiro, que ilumine sua compreensão. Dessa forma, em suma, analisam o dispositivo como constitucional e, se bem aplicado, consoante os demais postulados hermenêuticos do nosso ordenamento jurídico, pode sim contribuir para uma mudança de cultura no trato dos princípios normativos.⁴⁶⁷

O dever da fundamentação judicial, na linha do dispositivo da LINDB, não foi inovador em nosso ordenamento, uma vez que a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX, indica a necessidade de fundamentação de todas as decisões proferidas pelo poder judiciário.⁴⁶⁸

Da mesma forma, outro conceito empregado pelo artigo 20 da LINDB vem para se harmonizar com o já disposto no Código de Processo Civil no tocante ao dever de fundamentação das decisões, constante ao caput do artigo 11 do CPC⁴⁶⁹ que demanda “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”⁴⁷⁰.

Em seu sexto enunciado, o IBDA dispõe: “A referência a “valores jurídicos abstratos” na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados”⁴⁷¹. Nesses termos, a interpretação estendida dos valores jurídicos abstratos reforça o dever de argumentação à luz do caso concreto e conferindo maior precisão sobre o direito dos jurisdicionados.

Aqui também cabe um paralelo com a doutrina estadunidense, dessa vez reportando à tese do *arbitrary and capricious*⁴⁷², mencionada anteriormente, pois, em diversos casos, a

⁴⁶⁷ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 19, n. 75, 2019, p. 158-159.

⁴⁶⁸ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2021).

⁴⁶⁹ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

⁴⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁷¹ IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 06 jul. 2021.

⁴⁷² Foi visto que o *arbitrary and capricious test* é um dos fundamentos básicos para interposição de recurso sobre decisão judicial nos EUA. Em adição a isso, Perez menciona o controle básico realizado pelo Judiciário do abuso de discricionariedade: *unlawful and arbitrary, capricious an abuse of discretion*. O abuso de discricionariedade

intervenção judicial é fortemente criticada por utilizar parâmetros genéricos e sem a devida subsunção ao caso concreto. Os dispositivos mencionados anteriormente, em conjunto com o artigo 20 da LINDB, servem de fundamento legal ao combate dessa postura dentro da atividade judicante.

Por força do dispositivo, também extraído do caderno processual civil, mais precisamente ao artigo 15, tem-se que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”⁴⁷³. Nesse cenário, apoiar-se na doutrina civilista processual pode ser um caminho viável a fim de estabelecer parâmetros mais objetivos ao controle judicial sobre a atividade administrativa.

Em ensaio minucioso sobre o artigo 20 da LINDB, os autores Medina, Menotti e Maziero observam a sua relevância dentro do contexto pandêmico, ocorrido dois anos após a aprovação do texto legal. Elevando assim, a importância do dever de fundamentação pelos órgãos jurisdicionais, administrativos ou de controle, ao considerar “as consequências práticas de suas decisões quando a solução do problema estiver pautada em norma de valor abstrato”.⁴⁷⁴

A “observância de consequências práticas das decisões não necessariamente faz referência a todas as vertentes existentes na teoria consequencialista, que trata não somente de consequências jurídicas, mas também econômicas, sociais e comportamentais”.⁴⁷⁵

A teoria do consequencialismo é “uma designação geral para um feixe de concepções filosóficas distintas, que têm em comum a valoração de uma ação a partir dos seus resultados, não da qualidade intrínseca do agir”⁴⁷⁶. Entretanto, a construção interpretativa, acerca do

do ato praticado com finalidade imprópria; o erro ou a incoerência da motivação jurídica; o erro de direito ou de fato; a não consideração de aspectos relevantes; a omissão ou o atraso; e a incoerência com precedentes ou com práticas comuns – *inconsistency*. PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. 359 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 82.

⁴⁷³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; MENOTTI, Anna Fernanda Scalla; MAZIERO, Julia Isabelle Toneto Romano. As consequências práticas da decisão em tempos de pandemia. In: **II Encontro Virtual do Conpedi**: Processo, jurisdição e efetividade da justiça I, Florianópolis, 2020, p. 24.

⁴⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; MENOTTI, Anna Fernanda Scalla; MAZIERO, Julia Isabelle Toneto Romano. As consequências práticas da decisão em tempos de pandemia. In: **II Encontro Virtual do Conpedi**: Processo, jurisdição e efetividade da justiça I, Florianópolis, 2020, p. 24.

⁴⁷⁶ VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 79-112, mai./ago. 2020, p. 89.

dispositivo 20 da LINDB, seria de não tratar da aplicação do consequencialismo, e sim de uma construção lógica dentro da própria decisão utilizando-se da técnica da ponderação.⁴⁷⁷

Para Scaff, o viés consequencialista adotado na redação do artigo 20 é claramente negativo, contudo, explana que a redação do dispositivo não se põe a obrigar o administrador a pautar sua decisão dessa forma, mas sim impõe um dever de motivação da decisão, o que já naturalmente decorre do Estado de Direito. Dessa maneira, fórmulas generalizantes tão somente pautadas no interesse público, segundo o autor, devem ser justificadas e motivadas para que seja possível à sociedade avaliar as efetivas razões daquele ato. Portanto, conclui que não há obrigação de decidir de forma consequencialista, e sim introduz a obrigação de motivar e justificar o ato administrativo praticado.⁴⁷⁸

Na esteira do que foi exposto, pode-se citar os enunciados 4⁴⁷⁹ e 5⁴⁸⁰ oriundos do seminário do IBDA, acerca da consideração das políticas públicas existentes e das consequências práticas da decisão. E “A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião.”⁴⁸¹

Nas pesquisas acadêmicas sobre o artigo 20 da LINDB, algumas críticas são uníssonas. A utilização de termos abstratos na redação da lei é uma delas, daí se capta a incongruência de um dispositivo que se presta a trazer maior segurança jurídica, porém o faz mediante uso de termos abstratos e pouco precisos.

Ainda assim, o caráter consequencialista do dispositivo vem sendo abordado por diversas pesquisas e, no mais das vezes, enaltecido. Não é diferente nas decisões relativas à temática da saúde, nas quais é essencial o sopesamento pelo Poder Judiciário acerca da externalidade das consequências práticas para a sociedade. Sabe-se que o contexto da judicialização da saúde vem sendo bastante abordado pela doutrina, pelo caráter individualizado no qual são proferidas decisões, com destaque à “imprescindibilidade de um enfoque

⁴⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; MENOTTI, Anna Fernanda Scalla; MAZIERO, Julia Izabelle Toneto Romano. As consequências práticas da decisão em tempos de pandemia. In: **II Encontro Virtual do Conpedi: Processo, jurisdição e efetividade da justiça I**, Florianópolis, 2020, p. 38.

⁴⁷⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>. Acesso em: 16 jun. 2021.

⁴⁷⁹ Enunciado 4. As “consequências práticas” às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes.

⁴⁸⁰ Enunciado 5. A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião.

⁴⁸¹ IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 06 jul. 2021.

pragmático e consequencialista, na tomada de decisões com potenciais efeitos econômicos e sociais, nas esferas administrativa, controladora e judicial.”⁴⁸²

Carbonell *apud* Pereira aborda o diálogo entre o art. 20 da LINDB e o Código de Processo Civil, nos dispositivos que tratam da fundamentação das decisões judiciais. O autor mergulha na utilização do argumento consequencialista como aquele que “leva em conta as consequências positivas ou negativas que uma determinada decisão judicial poderia gerar como razão para apoiar ou rejeitar tal decisão”⁴⁸³, a partir da identificação de consequências intrajurídicas e extrajurídicas. “De um lado, serão intrajurídicas as consequências cujos argumentos são reconduzidos ao próprio ordenamento jurídico, isto é, quando o discurso trata dos efeitos da decisão no contexto do próprio sistema jurídico”⁴⁸⁴.

De outra sorte, as consequências extrajurídicas são aquelas que dizem respeito a elementos alheios ao direito, questões de natureza econômica, social, política e moral. Embora o consequencialismo por vezes seja associado à análise econômica do direito, nem sempre as consequências práticas da decisão terão caráter exclusivamente econômico. A referência feita pelo art. 20 da LINDB às consequências práticas da decisão, segundo Pereira, não diz respeito à repercussão das decisões judiciais no mundo jurídico, mas ao mundo fenomênico, ou seja, as consequências extrajurídicas. O dispositivo alçou a teoria consequencialista a um nível normativo.⁴⁸⁵

Enquanto o enunciado normativo vincula de maneira imperativa, o enunciado doutrinário tem papel complementar na atividade de aplicação do direito. Nesse contexto, tendo o consequencialismo como norma os órgãos julgadores devem observar as consequências práticas das suas decisões obrigatoriamente, impondo o ônus argumentativo nesse sentido.⁴⁸⁶

A redação do artigo 20 se alinha ao movimento do direito público de superação ao paradigma da realidade formal, para passar a apreciar o conteúdo e as razões orientadoras das

⁴⁸² MONTEIRO FILHO, Augusto César. Perspectivas sobre a judicialização da saúde no Brasil sob o enfoque do direito e economia. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional**, Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 623.

⁴⁸³ CARBONELL, Flavia. La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del derecho. In: **La Constitución como objeto de interpretación**, p. 01-49, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, p. 8. (Tradução Livre). *apud* PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**. vol. 1009, ano 108, p. 99-120, São Paulo: Ed. RT, nov. 2019.

⁴⁸⁴ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1009, ano 108, p. 99-120, 2019, p. 104.

⁴⁸⁵ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1009, ano 108, p. 99-120, 2019, p. 105.

⁴⁸⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1009, ano 108, p. 99-120, 2019, p. 105.

escolhas empreendidas pelos poderes da Administração. A fixação de parâmetros, quanto a formulação de decisões nas esferas de controle, serve como limitador como intenciona o dispositivo ao tratar dos valores jurídicos abstratos.⁴⁸⁷

4.2.2 A proporcionalidade e as consequências das decisões públicas conforme o artigo 21 da LINDB

Em continuação dos artigos abordados por este trabalho, o *caput* do artigo 21 dispõe que “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”.⁴⁸⁸

Souto assinala, sobre o artigo em questão, o reforço da redação do artigo 20, requerendo maior responsabilidade do operador do direito, valorizando o interesse público, ao indicar de modo expresso, claro e objetivo as consequências jurídicas e administrativas originadas a partir da decisão que invalidar atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas. Além da fundamentação da decisão, temos mais um artigo que repisa a análise da consequência jurídica do ato.⁴⁸⁹

Nota-se, portanto, que as alterações à LINDB trouxeram importantes acréscimos no ramo do direito administrativo, consagrando uma postura com viés consequencialista para orientar a atividade da Administração Pública.

O artigo 21, assim como seu antecedente, exige a efetiva motivação da decisão proferida, indicando de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Em geral, toda e qualquer decisão deve indicar as consequências do ato, tais como sua invalidação ou as penas aplicáveis. Scaff, então, deduz que o projeto de lei visa potencializar sua ocorrência

⁴⁸⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Planejamento na função regulatória e deferência judicial: (artigos 17 a 21 da lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silva de Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: Comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**, Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 131.

⁴⁸⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁸⁹ TOSTES, José Souto. **Nova Lei n. 13.655/2018 e as consequências para a gestão pública: O novo princípio da consequência jurídica, o dever de justificar e fundamentar decisões a vinculação aos pareceres**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66030/nova-lei-n-13-655-2018-e-as-consequencias-para-a-gestao-publica>. Acesso em: 04 jun. 2021.

em toda decisão que “decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”.⁴⁹⁰

A ausência de análise das consequências dos atos estatais importa em significativo obstáculo para a eficiência do Estado enquanto instituição voltada à consecução de finalidades coletivas, isso porque não se analisa apenas o que se faz, mas também as razões pelas quais se faz e as consequências do que se faz.⁴⁹¹

Em que pese toda evolução doutrinária dos últimos séculos, a aferição das consequências da aplicação do direito segue sem aparatos aptos em razão da lógica perpetuada pelo código binário: direito e desconformidade com o direito. É nessa busca por um novo ferramental que permita aos operadores jurídicos a análise das consequências dos atos jurídicos, envolve a Administração Pública e os órgãos de controle.⁴⁹²

Para Mendonça resta claro que o consequencialismo chegou ao direito público brasileiro, da forma que nos é mais evidente, através da lei. Nas alterações trazidas pela lei 13.655 de 2018 à LINDB reside verdadeira reação à cultura do hipercontrole público que tomou conta do Brasil dos últimos tempos. Em suma, o consequencialismo pode ser definido como característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito.⁴⁹³

Por seu turno, o consequencialismo jurídico é postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do direito, as consequências de determinada opção interpretativa. Ao que apontam as justificativas do projeto de lei que deu ensejo à lei 13.655/18, parece ser essa a interpretação adequada do sentido do dispositivo em apreço, no qual o consequencialismo jurídico visa servir de freio a certos aspectos da cultura do hipercontrole.⁴⁹⁴

O autor lança mão de uma compreensão do controle sob cinco aspectos, enquanto vagueza, opinião, performance, disputa e incremento. A vagueza decorre da existência de

⁴⁹⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>. Acesso em: 16 jun. 2021.

⁴⁹¹ FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

⁴⁹² ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 191.

⁴⁹³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018)**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018, p. 45.

⁴⁹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018)**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018, p. 47.

normas habilitadoras do controle com tipos vagos, com origem principialista comum ao direito, enaltecendo que nas categorias amplas de controle público, seu exercício pode esconder discordâncias de opiniões entre controladores e controlados, afora isso pode-se falar em controle de opinião sobre a interpretação jurídica de normas ou de práticas.⁴⁹⁵

Em relação ao controle como performance, tem-se a característica muito comum e bastante criticada, do exercício do controle sobre os holofotes e buscando aprovação da sociedade, com atuação midiática e exacerbada. Outro aspecto elaborado pelo autor, dispõe a disputa entre as diversas instituições públicas, aptas ao exercício do controle público. Por fim, o incremento opera sobre a ótica de mais controle, com estrutura de incentivos ao seu exercício.⁴⁹⁶

Sobre isso Phillip Gil França assevera “Saber o que fazer, quando fazer, como fazer e, fundamentalmente, quais as consequências do que é feito é importantíssimo para a se verificar uma boa gestão pública”. Para Administração Pública agir de forma responsável devem ser levados em conta os reflexos de sua atuação, não só na preparação e de realização do ato administrativo, mas em todo bom agir administrativo, além disso, não se pode esquecer desse valor quando do controle da gestão pública, pelos órgãos controladores.⁴⁹⁷

As consequências mencionadas pelo artigo 21 da LINDB dizem respeito a estados de fato e de direito, admissíveis pela Constituição de 1988 e exequíveis, consequências contrárias à instrumentalização de direitos fundamentais não são admissíveis. Com base na norma do artigo 21 extrai-se, além do dever expresso de fundamentação de decisão, a norma que proíbe o julgador de invalidar o ato, negócio ou norma administrativa quando, disso, decorrerem estados jurídicos ou administrativos inconstitucionais ou inexecutáveis.⁴⁹⁸

O consequencialismo se vincula a uma concepção de direito responsivo, reflexivo, preocupado com a efetividade das finalidades públicas que pretende instituir, de modo que os

⁴⁹⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018, p. 45.

⁴⁹⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018, p. 46.

⁴⁹⁷ FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

⁴⁹⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018, p. 48.

institutos jurídicos entendidos são tidos como meios para alcançar as finalidades públicas, não se confundindo com as finalidades em si, sem levar em conta o contexto social e econômico.⁴⁹⁹

A finalidade das normas e das consequências de suas aplicações, em um Estado de Direito, devem se manifestar legitimamente por meio do direito. Segundo Aragão, o direito não pode ignorar a realidade social, “as regras jurídicas devem ter a validade de sua aplicação aferida do ponto de vista da sua eficácia, instrumental à realização prática dos seus objetivos públicos, não apenas do ponto de vista de sua conformidade em tese com os atos normativos hierarquicamente superiores”⁵⁰⁰

Para Lorenzetti, “O julgador que não mede os efeitos da decisão quanto ao caso concreto, ou também as consequências posteriores ou o impacto do julgado em outros pronunciamentos, consome uma interpretação desqualificável por imprevidente”.⁵⁰¹ “Mostra-se necessário, então, alterar a forma como se pensa o controle, com a finalidade de que ele seja instrumento de consecução de finalidades públicas outras que não apenas o abuso de poder e a corrupção.”⁵⁰²

Segundo Moreira Neto, na aplicação da lei o administrador ou o juiz, não podem esquecer do resultado de sua ação, a aplicação racional da norma aos fatos deve integrar a ordem jurídica. Por certo que a ordem jurídica contém o ordenamento positivo, todavia não se limita a ele, incluindo preceitos, gerais e abstratos, e os atos do Poder Público.⁵⁰³

Os atos administrativos e judiciários que executam o direito “conformam a ordem jurídica. São, efetivamente, esses atos de aplicação que irão, em última análise concretizar o direito, dar-lhe vida, realizar efetivamente os interesses por ele destacados e protegidos”. Aplicar o direito não é e nem deveria ser ato puramente técnico, neutro ou mecânico, não se esgota no racional nem prescinde de valorações e estimativas. A efetivação e concretização da ordem jurídica ocorre por atos humanos, interessados, razoavelmente aptos a impor os valores e os interesses estabelecidos pelo legislador.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ ISSA, Rafael Hamze. **O Controle Judicial Dos Atos Normativos Das Agências Reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 191-192.

⁵⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos. Ensaio de uma visão autopoietica do direito administrativo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 4, p. 9-15, 2003.

⁵⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamento de direito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 321.

⁵⁰² ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 197.

⁵⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 56.

⁵⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 56.

Sob esse aspecto, a atividade de controle exercida pelo poder judiciário deve analisar os aspectos da motivação e aqueles ligados aos princípios e postulados incidentes sobre os atos normativos, em vista das finalidades dos setores regulados e dos direitos dos diversos agentes do subsistema, para a aferição da juridicidade da atuação controlada. Isso tudo dotado de cautela para não se substituir à atividade reguladora, em atenção à competência institucional. Sendo o ato administrativo eficiente, razoável e proporcional, deve o Judiciário assumir uma postura de deferência.⁵⁰⁵

O controle da Administração Pública, na lição de Marques Neto, deve ser instrumento para aperfeiçoamento das atividades, busca por eficiência e efetividade, e ter um viés pragmático ou consequencialista, no sentido de que o controle deve ser responsivo. “Um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme os cânones do Estado Democrático de Direito”.⁵⁰⁶

Com efeito, aponta que a realização do controle por si só não é condição suficiente para existir uma boa administração, pois constitui uma concepção formalista de controle. A eficiência da Administração Pública se vincula à consecução de necessidades coletivas que correspondem à finalidade do agir administrativo, muito além de não desperdiçar recursos. Assim, identifica uma tripla dimensão do instituto do controle, voltada ao poder, aos meios e aos objetivos.⁵⁰⁷

A serviço da garantia de liberdade e proteção dos indivíduos contra o risco de exercício arbitrário do poder político, o controle do poder se pauta em meio a regras e princípios destinados a limitar o poder estatal, racionalizando a atividade administrativa, “de maneira a que ela seja orientada pela economicidade e probidade”. Contudo, deve ser pela otimização da gestão do patrimônio público, com controle do desvio de finalidade na gestão da coisa pública. “O controle dos objetivos volta-se a assegurar a manutenção e a estabilidade das políticas públicas, assim como assegurar também um agir administrativo voltado a prontamente suprir as demandas dos administrados”.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 203.

⁵⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 207.

⁵⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 206.

⁵⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 206.

Em síntese do exposto, as consequências jurídicas são compreendidas como estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Enquanto as “consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição”.⁵⁰⁹

A atividade judicial deve se pautar diante do controle da regulação, também nas consequências, com o intuito de mensurar os impactos da decisão judicial no subsistema regulado, notadamente em virtude da complexidade que é ínsita a eles. Não basta a mera subsunção da norma ao caso, cabe ao magistrado a aferição e justificação da medida tomada, de acordo com os efeitos que ela gerará.⁵¹⁰

Afora o viés consequencialista, bastante evidente no *caput* dos artigos 20 e 21, na redação do parágrafo único do artigo 21⁵¹¹, verifica-se um mandamento de ponderação da eventual regularização de ato administrativo controlado judicialmente, de forma proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais.⁵¹²

A importância do conteúdo é evidenciada por quatro enunciados do IBDA, fornecendo maior aprofundamento ao texto legal, além de auxiliar na aproximação dos conceitos utilizados àqueles já utilizados corriqueiramente na prática jurídica. Esclarecendo-se sobre as expressões “regularização”⁵¹³, “equânime”⁵¹⁴ “interesse geral”⁵¹⁵ e “ônus e perdas anormais e

⁵⁰⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018, p. 50.

⁵¹⁰ ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 203.

⁵¹¹ Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos

⁵¹² BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵¹³ Enunciado 7. Na expressão “regularização” constante do art.21 da LINDB estão incluídos os deveres de convalidar, converter ou modular efeitos de atos administrativos eivados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação.

⁵¹⁴ Enunciado 8. A expressão “equânime”, contida no parágrafo único do art. 21 da LINDB, não transmite conceito novo que não esteja previsto no ordenamento jurídico, remetendo às ideias de isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, equidade e ponderação dos múltiplos interesses em jogo.

⁵¹⁵ Enunciado 9. A expressão “interesse geral” prevista na LINDB significa “interesse público”, conceito que deve ser extraído do ordenamento jurídico.

excessivos”⁵¹⁶.⁵¹⁷ Com os enunciados do IBDA podem ser pautados indicadores do sentido da lei, não somente para auxiliar a interpretação acadêmica e a prática jurídica em relação aos dispositivos legais abordados.

Assim, encerra-se o tópico que abordou o conteúdo do artigo 21 da LINDB, cujo viés consequencialista se põe a pautar a atividade administrativa, judicial e controladora. Demandando dos operadores jurídicos a disposição expressa, nas decisões tomadas, das consequências das decisões. Portanto, liga-se ao dever de fundamentação das decisões abordado no tópico anterior.

A reflexão conjunta entre os artigos 20 e 21 leva o operador jurídico a um pacto de honestidade e clareza em suas decisões. Visto que, conforme a temática da deferência judicial e as discussões sobre a razoabilidade, no direito não há uma única resposta ou um único caminho, porém, nas construções decisórias é imprescindível a honestidade da decisão com os fundamentos por ela adotados. Como forma de garantir a lisura das decisões e de permitir aos jurisdicionados e cidadãos que conheçam os motivos adotados pelo julgador para determinado posicionamento.

Com isso, passa-se ao artigo 22 da LINDB, dispositivo que dialoga com os outros dois artigos abordados e que, mais à frente, serão lançados de forma conjunta para evidenciar os valores neles contidos.

4.2.3 O primado da realidade e o artigo 22 da LINDB

Dentre as importantes modificações à LINDB, pode-se destacar a valorização do primado da realidade, insculpido no artigo 22, a fim de combater o idealismo dominante no direito brasileiro, demandando do intérprete julgador maior atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas que permeiam a atuação da Administração Pública.

Eduardo Jordão é assertivo em seu diagnóstico sobre o referido dispositivo, demonstrando que os artigos inseridos pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB, na busca por maior segurança jurídica, visam contribuir com o aprimoramento da gestão pública brasileira. Nesse

⁵¹⁶ Enunciado 10. A expressão “ônus e perdas anormais e excessivos”, constante do parágrafo único do art. 21 da LINDB, faz referência à imposição de obrigações de fazer ou não fazer (ônus) e a qualquer tipo de dano, a exemplo dos danos materiais, morais, emergentes e lucros cessantes (perdas), que não se mostrem razoáveis e proporcionais no caso concreto.

⁵¹⁷ IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 06 jul. 2021.

contexto, o enfoque da análise deixa de ser em aspectos orçamentários, físicos ou de pessoal para dar espaço à discussão bastante necessária que é o gargalo jurídico.⁵¹⁸

Os entraves jurídicos e culturais são enfrentados por uma visão antirromântica ou anti-idealista, justamente para afastar o mito da completude e determinação do direito e da presunção do cenário fático ideal para concretização dos objetivos postulados no direito público brasileiro.⁵¹⁹

O artigo 22, prevê em seu *caput* “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”⁵²⁰, e frisa a necessidade de considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.⁵²¹

O estudo do referido dispositivo pode ser feito a partir de dois blocos, o primeiro composto pelo *caput* e §1º e o segundo nos parágrafos subsequentes, §2º e §3º. Ao se debruçar sobre o primeiro bloco, Jordão ressalta a importância contextualização no manejo das normas de direito público e nos aspectos de controle.

A contextualização é endossada por Lima, no seguinte excerto: "pretende-se colocar os órgãos de controle, ou o Judiciário, verdadeiramente nos sapatos daquele que tomou a decisão, em determinado momento, muitas vezes para atender demanda urgente e sem que a entidade à qual esteja vinculado tenha estrutura adequada".⁵²²

No tocante ao termo dificuldades reais do gestor, pode-se compreender na realidade brasileira como: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de

⁵¹⁸ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 65.

⁵¹⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 66.

⁵²⁰ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato

⁵²¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵²² LIMA, João Emmanuel Cordeiro. **As mudanças da LINDB e seus efeitos positivos no licenciamento ambiental**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/joao-emmanuel-efeitos-lindb-licenciamento-ambiental#author>. Acesso em: 27 mai. 2021.

peçoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho. Sem mencionar as possíveis dificuldades na interpretação jurídica sobre a norma de regência.⁵²³

Sobre a problemática do isolacionismo da esfera controladora e a racionalidade a ser desenvolvida pelo controlador, Valle pondera sobre a importância da consideração dos mesmos elementos de constrição presentes no cenário da Administração Pública quando da interpretação da norma sobre gestão pública. O que não significa reduzir o controle, mas sim, aproximá-lo da realidade determinante da ação pública, desenhada pela interpretação das normas de regência. O bloqueio da ação pública não pode ser visto como via preferencial pela esfera controladora, e esse é o primeiro passo na direção da aproximação da esfera controladora, pois o controle passa a ser direcionado ao juízo de ponderação que o administrador empreende no quadro de dificuldades nas quais estava submetido.⁵²⁴

Dentro dessa perspectiva interpretativa, o dispositivo em comento atua como fundamento normativo à semelhança do raciocínio formulado em *Chevron*, no contexto de indeterminação jurídica ou da pluralidade de interpretações jurídicas possíveis leva ao controlador um fundamento normativo à postura de deferência, ao se deparar com uma interpretação razoável dada pela Administração Pública.

Sobre a aproximação da esfera controladora, a Recomendação Conjunta do Conselho Nacional do Ministério Público n. 2 de 19 de junho de 2020 reforça a importância do respeito às decisões administrativas e dos diálogos interinstitucionais. Ademais, pontua o respeito às atribuições institucionais⁵²⁵ e a autonomia administrativa do gestor público.^{526 527} Tal conduta exigirá, conseqüentemente, a superação de algumas resistências, por parte da doutrina e

⁵²³ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 76-77.

⁵²⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O PL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade**. 2017. Disponível em: <https://estacio.academia.edu/VaniceRegina>. Acesso em: 27 jun. 2021.

⁵²⁵ Art. 1º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que atem para os limites de suas funções institucionais, evitando-se a invasão indevida das atribuições alheias e a multiplicação dos conflitos daí resultantes. § 1º A atuação de controle dos atos normativos e de gestão emanados pelas autoridades municipais e estaduais compete ao Ministério Público dos Estados.

⁵²⁶ Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material. Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

⁵²⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, de 19 de junho de 2020**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/7385/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

jurisprudência, às pretensões teóricas de incorporação da razoabilidade como parâmetro de controle e restrição da discricionariedade. Nohara é precisa ao dispor a “elevação da razoabilidade a uma categoria jurídica esbarra na presença de uma visão positivista e cética arraigada, que insiste em afastar da indagação científica a ponderação valorativa, tendo em vista a necessária subjetividade dos valores”.⁵²⁸

Nesse caso, como muitas vezes visto em nossa cultura jurídica de forte positivação, busca-se, por meio de um fundamento legal, a introdução de novos valores jurídicos a permear a prática, aqui estendidos às esferas administrativa, controladora e judicial.

Sem contar que a razoabilidade ora ventilada não será desacompanhada da legalidade que já nos é bastante cara dentro do direito público brasileiro, a noção de razoabilidade advém das escolhas possíveis e lícitas, não somente aquelas formuladas pelo controlador, mas que se entendam como aceitáveis diante do contexto fático ao qual estão inseridas.

Em alusão aos dois passos de *Chevron*, em sua concepção mais básica, Jordão dispõe que o controlador irá verificar a existência de indeterminação ou ambiguidade legislativa sobre uma questão específica, diante dessa indeterminação poderá, então, apreciar a razoabilidade ou a permissibilidade na interpretação adotada pela Administração Pública, à semelhança do que ocorre no art. 22 da LINDB, com a ponderação sobre a dificuldade jurídica real e, posteriormente, a verificar sobre a razoabilidade da escolha feita pela administração.⁵²⁹

Pois bem, no segundo bloco do referido artigo, composto pelos parágrafos §2º e §3º a discussão passa a ser outra, inclusive, durante a tramitação do projeto de lei, o dispositivo contava somente com o *caput* e parágrafo único, os quais foram interpretados no bloco anterior.

Ora referenciado como segundo bloco traz ao §2º o dever de consideração da natureza e da gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente no momento de aplicação de sanções. Afora isso, o §3º aduz que as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato, portanto em diálogo direto com os diferentes órgãos de controle.⁵³⁰

⁵²⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79-80.

⁵²⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 79.

⁵³⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

No afã de complementar a legislação com um caráter mais protetivo ou, quem sabe mais compreensivo, à gestão pública, foram introduzidos tais dispositivos com o intuito da maior ponderação sobre as consequências da responsabilização dos agentes públicos. Sem pormenores, porquanto não tratam especificamente da avaliação interpretativa sobre a ação da Administração Pública, mas sim servem de parâmetros para abalizar a responsabilização e o sancionamento dos gestores públicos.

Retomando o *caput* do artigo 22, cuida-se de hermenêutica aplicada ao direito público, demandando a consideração por parte dos órgãos controladores quanto aos obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, devendo considerar também as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.⁵³¹

Na esteira do que foi visto nos artigos 20 e 21, Scaff avalia que o artigo 22 possui o mesmo perfil consequencialista debatido na análise dos artigos anteriores, porém, não se trata de obrigar o gestor ou o controlador a perseguir os resultados acima do direito, depreende-se a busca da impregnação da execução e do controle dos atos administrativos por dados fáticos, que devem ser expostos na motivação, a qual deve ser clara e pública, não sendo suficiente declarar que se decide com base no interesse público.⁵³²

A motivação deverá ser à luz dos fatos evidenciados, conforme, no tratar das ações públicas, a ponderação das ações não pode ser descolada da realidade. Portanto, acerca dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB, têm-se em conta os valores jurídicos que devem permear as decisões das esferas controladora, administrativa e judicial. As regras dispostas na LINDB servirão de base para a proposição final deste trabalho que refletirá sobre os parâmetros de controle e, conseqüentemente, para uma postura deferencial.

Com efeito, os artigos vislumbrados carregam um acentuado dever de ponderação e motivação das decisões públicas, além de primar pelo reequilíbrio do poder entre as esferas administrativas, controladora e judicial. Não é de agora que o desequilíbrio entre as instituições ocorre no Brasil, o que se pode atribuir às novas demandas da sociedade pela conquista de direitos encartados na Constituição e, ainda, na garantia de proteção a situações novas decorrentes da evolução social.

⁵³¹ SCAFF, Fernando Facury. **Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>. Acesso em: 16 jun. 2021.

⁵³² SCAFF, Fernando Facury. **Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>. Acesso em: 16 jun. 2021.

Esse descompasso entre a positivação e as demandas sociais ressaltaram-se na dinamicidade dos tribunais, entretanto, isso não legitima a prática irrestrita da função legislativa ou a função administrativa, o que se quer é a valorização dos entes, para que funcionem de modo equilibrado e visando o interesse público.

4.3 DOCTRINA DA DEFERÊNCIA À BRASILEIRA

Uma das premissas básicas, no estudo aprofundado da deferência judicial, é a compreensão de que o verdadeiro destaque não se volta aos tribunais. A contribuição acadêmica a que se pretende o presente trabalho é, justamente, um repensar da atividade judicial não enquanto protagonista da deferência, pois o direito não é completo e nem um fim em si mesmo.

A atuação da Administração Pública brasileira vem sendo colocada, cada vez mais, sob escrutínio dos órgãos de controle e, mesmo sob as críticas de possível enfraquecimento do controle, caminhamos cada vez mais para uma gestão pública amedrontada e assombrada pelo fantasma da responsabilização. Nesse passo, o convite que se faz ao leitor é de repensar a atividade jurisdicional ou controladora a partir dos dispositivos introduzidos pela LINDB, que buscam iluminar caminhos para uma cultura jurídica mais dialogada, consensual e motivada.

A mudança da cultura do controle no Brasil procura a superação dos entraves e receios da gestão pública. Com os artigos introduzidos à LINDB, pela Lei nº 13.655/2018, pretende-se novo paradigma para o controle da Administração Pública, principalmente em razão da definição de regras para interpretação e aplicação do direito público pelas instâncias controladoras. Os parâmetros de conformação como “(i) consequencialismo (prático, jurídico e administrativo); (ii) realismo; e, (iii) temporalidade (progressiva e regressiva)” servem de balizas de qualidade ao exercício da fiscalização e correção da ação pública.⁵³³

Pode-se dizer que a LINDB, em sua nova configuração, busca recuperar o equilíbrio e a contenção em sede de controle judicial dos atos administrativos. De fato, os dispositivos positivados pela Lei nº 13.655/2018 dispõem a ideia de deferência do controle judicial à deliberação adotada na esfera administrativa, conferindo proteção e confiança legítima na deliberação exarada pela Administração Pública.⁵³⁴

⁵³³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. O controle da administração pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos humanos e participação política**, vol. XI, Cap. 6, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020, p. 139-140.

⁵³⁴ NIEBUHR, Pedro de Menezes. **A repercussão da LINDB em demandas ambientais e urbanísticas**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-repercussao-da-lindb-em-demandas-ambientais-e-urbanisticas-09072019>. Acesso em: 09 out. 2020.

A atividade jurisdicional, tão comum na formação jurídica, deve incorporar os fatos e as dificuldades, primando pela realidade, e nunca na idealização. Sobre os riscos à gestão pública, não por menos a doutrina vem utilizando denominações como: “administrador assombrado pelo controlador”, “gestores perplexos”, “direito administrativo do inimigo”, “direito administrativo do medo”, dentre outros.

Por óbvio, graves consequências à gestão pública brasileira advêm de tais condutas, como: a resistência de mão de obra qualificada para atuar no setor público, tendência a ocupação de cargos públicos por indivíduos propensos a riscos, além da resistência dos gestores públicos de inovar ou atuar de forma menos tradicional.⁵³⁵

No decorrer desse trabalho foram vistos diversos temas que circundam o tema da deferência judicial, pautando o debate sobre o essencial controle recíproco entre os poderes do Estado dentro de um Estado Democrático de Direito. Porém, sem perder de vista, a autonomia das instituições públicas dentro de suas funções, os limites legais e acima de tudo da importância democrática fundamental da constante vigilância sobre o agigantamento de um poder sobre os demais.

Em adendo, os dispositivos 20 a 22 da LINDB reforçam o realismo e o consequentialismo aos “órgãos de controle, sobretudo externo, a firmemente considerar toda a sistemática que envolve as normas da gestão pública, os obstáculos e dificuldades do gestor, bem como as características de cada política pública”. O paradigma de controle se volta à postura deferencial à instância administrativa, tendo em vista “a necessidade de decisões com estruturação a partir da macro institucionalidade da Administração Pública, demandando conhecimento do planejamento administrativo e de questões restritivas (limites) referentes às políticas públicas”.⁵³⁶

O suporte legal ao consequentialismo e realismo se voltam à calibragem da atividade hermenêutica no direito público brasileiro, a fim de impor maior respeito à instância administrativa, com potencial de promover maior eficiência administrativa.⁵³⁷

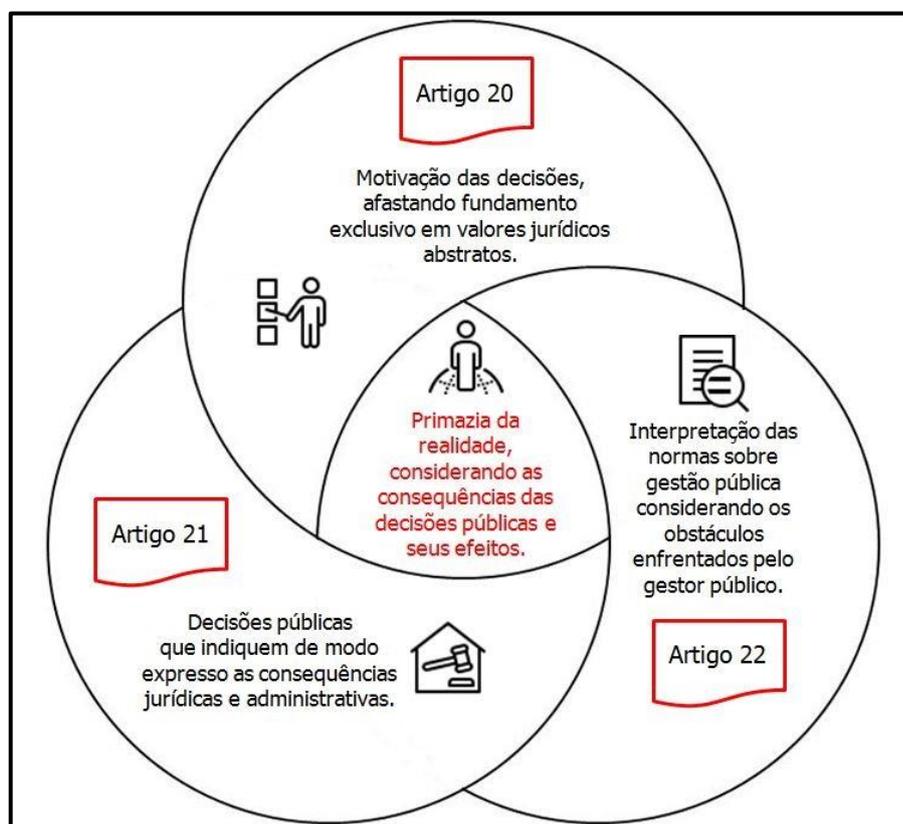
⁵³⁵ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 69.

⁵³⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. Segurança jurídica no âmbito da gestão pública: a LINDB e o necessário retorno do pêndulo. In: SCALETSKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (org.). **Segurança Jurídica e Estado de Direito**, Curitiba: Juruá, 2021, p. 432.

⁵³⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. Segurança jurídica no âmbito da gestão pública: a LINDB e o necessário retorno do pêndulo. In: SCALETSKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (org.). **Segurança Jurídica e Estado de Direito**, Curitiba: Juruá, 2021, p. 433.

Em síntese as alterações da LINDB revisitam, reforçam e, acima de tudo, tornam regra mandamentos às esferas administrativa, controladora e judicial. O que se busca sintetizar e evidenciar na Figura 2.

Figura 2 - Figura ilustrativa da orientação pelos artigos 20, 21 e 22 da LINDB.



Fonte: elaboração da autora (2021)

A Figura 2 foi elaborada com inspiração no Diagrama de Venn, ferramenta utilizada na matemática para representar relações entre conjuntos, auxiliando na resolução de problemas de probabilidade, estatística e até mesmo de lógica.⁵³⁸ Isso pois, com o aprofundamento nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB, pode-se verificar que, mesmo cada um tendo um núcleo próprio, há entres eles um enfoque claro voltado ao caso concreto e as consequências das decisões proferidas.

Em razão de se tratar de análise legislativa direcionada às esferas administrativa, judicial e controladora foi utilizado o termo genérico ‘decisões’ e ‘decisões públicas’ na Figura 2, uma vez que o dever de motivação e primazia da realidade, extraído dos dispositivos, aplica-se a todas as esferas mencionadas.

⁵³⁸ GUILHEN, Cristian Degasperii (coord.). **O Diagrama de Venn**. São Paulo: UNIVESP – Repositório Universidade Virtual de São Paulo. 2021. Disponível em: <https://apps.univesp.br/repositorio/o-diagrama-de-venn/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

Busca-se ressaltar a essência dos artigos trabalhados, fornecendo, de forma gráfica, um panorama geral da legislação abordada. Reforçando também a importância de que tais valores sejam perseguidos por todos os poderes do Estado, ao proferir suas decisões, e não somente pela esfera judicial ou no âmbito controlador.

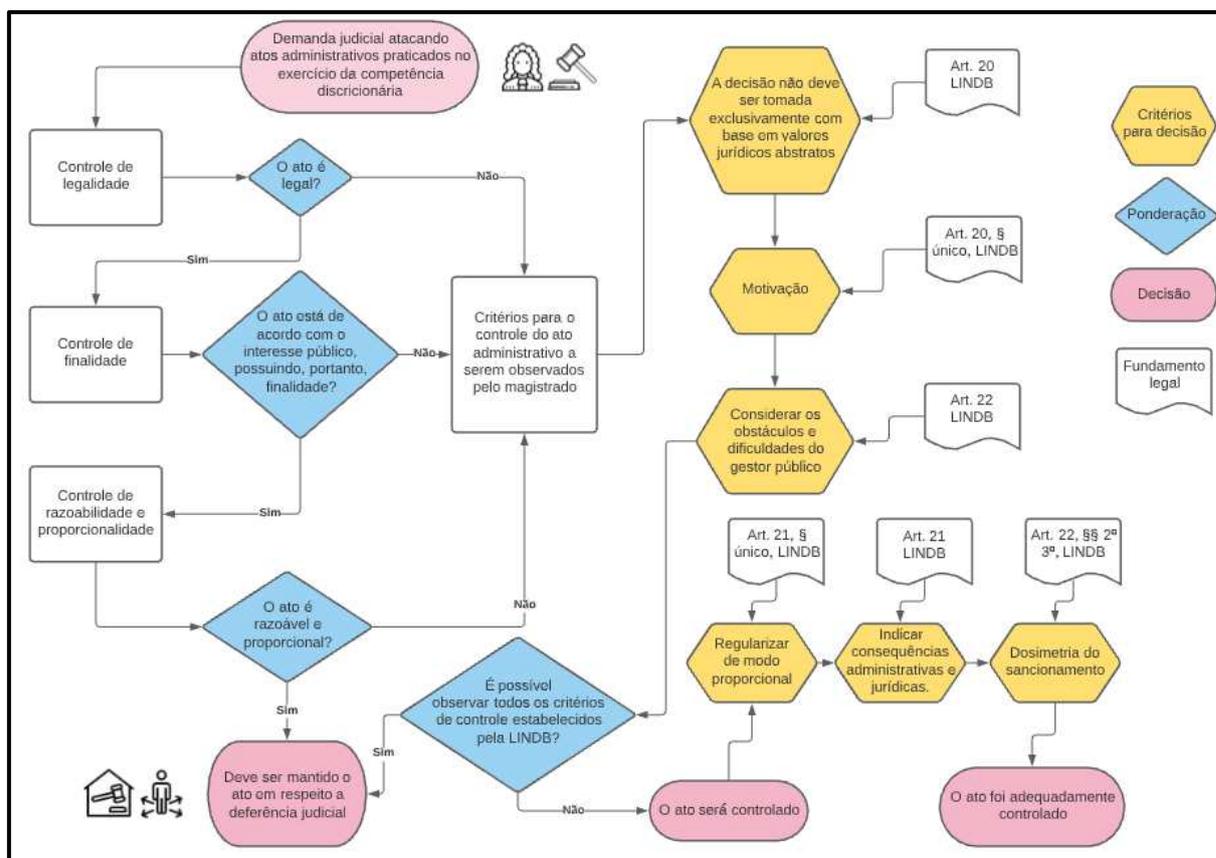
Essa disposição agrupa os valores presentes na lei e que devem permear todos os atos praticados pelos poderes do Estado, em consonância com os temas abordados por este trabalho, que evidencia a aplicação no controle judicial dos atos administrativos discricionários.

É inquestionável a importância do controle recíproco e interinstitucional, principalmente em um país como o Brasil, que superou longo período de ditadura em sua história recente. Sem contar, a constante lembrança dos regimes ditatoriais que se avizinham nos demais países do continente americano.

Essa memória deve manter vigilantes todos os operadores jurídicos, no exercício de suas funções, prezando pelo fortalecimento das instituições e do Estado Democrático de Direito. Com isso em mente, foi feita a escolha do tema do presente trabalho, sabendo não existir instituição perfeita e acabada, cujas funções merecem atenção e aprimoramento.

Portanto, a deferência judicial se coloca não como um imperativo sobre a atividade judicial, mas como uma postura esclarecida dos papéis institucionais, do respeito à autonomia dos entes administrativos. E falar sobre deferência judicial é, necessariamente, pensar e repensar a atividade de controle, motivo pelo qual formulou-se o fluxograma constante à Figura 3 para concluir este trabalho.

Figura 3 - Fluxograma Deferência Judicial no Brasil.



Fonte: elaboração da autora (2021)

Nos moldes do que foi disposto no fluxograma anterior (Figura 1), com as teorias estadunidenses da deferência judicial, com o fluxograma acima (Figura 3) apresentam-se algumas das ponderações encaradas pelo julgador ao analisar os atos administrativos submetidos ao crivo judicial no Brasil.

Como se pode deprender, a discricionariedade dos atos administrativos sempre irá se submeter aos filtros da legalidade, finalidade e da razoabilidade, caso contrário estar-se-á diante de ações públicas arbitrárias. Em especial no tocante à razoabilidade, há maior espaço para a subjetividade do julgador ante a fluidez do conceito do que é razoável, mas, nisso reside a importância acadêmica e doutrinária para fornecer substrato e solidez ao conceito.

Conforme foi visto no primeiro capítulo deste trabalho, a aplicabilidade da razoabilidade possui algumas dimensões como a elaboração da lei pelo legislador, a regulamentação da lei pelo poder executivo, e a edição e execução de atos administrativos de efeitos concretos pelo agente público.

A razoabilidade e a proporcionalidade possuem grande importância para a adaptação dos atos estatais segundo os valores coletivos predominantes na comunidade jurídica, sem a necessidade de edição constante de novos atos estatais para regular situações jurídicas novas.

Permitindo a flexibilidade e a adaptação da pauta axiológica vigente das normas constitucionais aos novos contextos e ponderar os bens em conflito, além da possibilidade de análise da materialidade das normas e de realização da justiça no caso concreto.

Ademais, a razoabilidade se presta à aplicação da igualdade, de modo a ponderar sobre os elementos de critério e medida. Funcionando como princípio de interpretação para concretização dos ideais de justiça, ao traduzir as normas constitucionais dos atos estatais. Porém, o ideal de razoabilidade não deve se afastar da segurança jurídica sob pena de tornar-se injusto.

Além do que, nessa seara, encontra-se a relevante presença das teorias da deferência judicial a fim de pautar uma cultura jurídica consciente dos papéis institucionais e da autonomia administrativa.

Em continuidade, foram dispostos os critérios aptos a permear o raciocínio jurídico do julgador, introduzidos ou reforçados pelos artigos 20, 21 e 22 da LINDB. A exemplo da lição sobre a motivação das decisões, dever a ser observado por todas as autoridades, seja da Administração Pública, do Poder Judiciário ou dos demais órgãos controladores. A fundamentação da tomada de decisões permite o esclarecimento dos critérios decisórios, tanto para a ciência da sociedade, como para os órgãos controladores. Tal posicionamento permite o reconhecimento dos obstáculos e dificuldades aos quais o gestor público estava submetido no momento de implementação das políticas públicas, de forma a reconectar o operador jurídico, na interpretação, com o caso concreto e a primazia da realidade.

Neste ponto, cabe ponte direta ao raciocínio das teorias da deferência judicial no âmbito dos precedentes da Suprema Corte Estadunidense. Em *Skidmore* os argumentos considerados pelo órgão administrativo são examinados a partir do rigor de consideração, a validade do raciocínio, a consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir, caso não haja poder de controle. Portanto, as razões de decidir do órgão administrativo são relevantes, a fim de constituir critérios de caráter epistemológico acerca da validade cognitiva do raciocínio que embasa a decisão administrativa. Afastando-se da bíade ambiguidade e clareza legislativa, vista em *Chevron*, e constituindo exame bastante contextualizado e complexo.

Ademais, em *Mead*, os aspectos da decisão controlada e da legislação pertinente, são revisitados para definir a aplicabilidade de *Chevron*. Ao ponderar sobre um passo anterior ao teste de *Chevron*, o passo zero, volta-se aos aspectos da interpretação administrativa, para definir se havia a intenção legislativa de conferir à autoridade administrativa competência para decidir, influenciando, dessa forma, a ponderação aplicável no caso concreto.

Diante dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB e os critérios para a deferência dos três casos abordados, pode-se compreender uma maior aproximação da deferência em *Skidmore* com a legislação brasileira. Isso pois a complexidade dos critérios se volta aos argumentos utilizados pela autoridade administrativa para justificar a decisão tomada. Além disso, embora não vincule o julgador, a opinião da autoridade administrativa tem relevância no julgamento em razão da sua especialização, sobre os critérios técnicos e, ainda, de acordo com a consistência com os pronunciamentos anteriores do órgão administrativo.

O direito não trabalha exclusivamente com leis, mas com a interação do mundo jurídico e do mundo real. Talvez por isso, nos três artigos abordados, 20, 21 e 22 da LINDB, os termos ‘consequências práticas’, ‘consequências jurídicas e administrativas’ e ‘circunstâncias práticas’ sejam reiterados, a fim de afastar a abstração da realidade e da motivação.

Do mesmo modo, ao definir a necessidade de revogação ou regularização dos atos administrativos não cabe potencializar o controle desconsiderando a real concretude dos direitos fundamentais tutelados na vida dos jurisdicionados.

Derradeiramente, os parâmetros para a deferência judicial não são exclusivamente pautados nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB, mas em consonância com o ordenamento jurídico e em constante diálogo com a doutrina e a jurisprudência. O paralelo estabelecido com os critérios pautados nas doutrinas estadunidenses só nos demonstra, meramente, quão complexa é a delimitação de uma regra para deferência judicial. Justificando que a experiência estadunidense engendrou diversos precedentes, ora mais objetivos, ora mais fluídos ou de textura aberta.

Assim, têm-se uma possível conclusão, o tema merece atenção e reflexão constante dos operadores jurídicos na realidade do direito brasileiro, a fim de proporcionar maior segurança jurídica, objetividade e zelo com os direitos fundamentais, enaltecendo de forma assertiva os valores do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito os papéis institucionais e o princípio da separação de poderes são ameaçados por práticas judiciais que excedem os limites constitucionais e legais para o exercício da atividade judicante. Especialmente no cenário de controle judicial dos atos administrativos discricionários, tais práticas excessivas têm o condão de gerar o desequilíbrio institucional que destoa, em muito, de um modelo ideal de separação de poderes.

Há alguns anos o Brasil enfrenta grande conturbação política, institucional e a polarização de ideias, fatores que dificultam em grande medida o debate de temas essenciais à sociedade e ao Estado. A isso, somam-se sucessivos escândalos de corrupção, gerando na população profunda descrença em seus governantes e na política em geral.

Produto desse cenário é o agigantamento da esfera controladora, disposta como anteparo da sociedade em defesa dos crimes contra a Administração Pública. Entretanto, esse movimento não vem sem consequências diretas e graves às garantias constitucionais, bem como para os entes administrativos que passam a atuar em estado de alerta ao arripio da responsabilização.

Não só isso, as investigações de notória visibilidade e ampla cobertura midiática, colocaram a classe política em descrédito e, ao mesmo tempo, enaltecem o papel dos juízes e dos órgãos de acusação. Diante disso, é imperativo o resgate dos valores constitucionais e a busca pelo reequilíbrio entre os poderes do Estado perante a sociedade e na prática jurídica.

O debate da deferência judicial não exclui o controle recíproco entre os poderes do Estado dentro de um Estado Democrático de Direito, todavia, destaca a autonomia das instituições públicas dentro de suas funções, os limites legais e a importância democrática fundamental da constante vigilância sobre o agigantamento de um poder sobre os demais.

Isso pois, quando uma instituição se sobrepõe sobre as demais, podem ocorrer consequências que causam prejuízos à sociedade. Essa disputa por poder afeta, principalmente, as camadas mais vulneráveis da sociedade, porquanto mais necessitadas de estruturas do Estado para consecução de um mínimo essencial de direitos para uma sobrevivência digna.

Com o cenário pandêmico, causado pela Covid-19, as necessidades humanas mais básicas foram priorizadas e o papel do Estado enquanto conformador da ordem foi posto em voga. As práticas exigidas para contenção do vírus, o distanciamento social, as novas formas de trabalho e consumo, além, é claro, da vacinação, só servem para reforçar a necessidade de adaptabilidade do Estado e do direito às mais diversas situações.

Neste cenário imposto, houve a configuração concreta de que é preciso um Estado fortalecido, com instituições atuantes e propositivas. O que se vincula ao tema deste trabalho, não como algo que decorre diretamente do cenário pandêmico, mas para repisar a prejudicialidade dos ataques à democracia, a instabilidade política e a disputa por poder, que vão de encontro com os valores do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, a temática maior deste trabalho ganha destaque no âmbito jurídico nacional há tempos, porém, certamente a pandemia decorrente da Covid-19 fornece substrato ainda mais fértil à reflexão do papel do Estado e do gestor público, em um país desigual e de democracia tão jovem quanto a brasileira.

As necessidades sociais são moldadas diariamente por circunstâncias naturais ou sociais, ainda assim, não se pode olvidar das regras e procedimentos assegurados na legislação e na Constituição Federal para que haja a adaptabilidade do direito diante de uma nova demanda social.

Assim, este trabalho navega entre temas do direito constitucional e do direito administrativo, todavia, de forma mais justa é definido com viés da ciência política que coloca em debate e de forma crítica o benefício ou a prejudicialidade de um Estado amedrontado e de poderes que exacerbem as suas funções.

O Estado Democrático de Direito constituído através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem como cláusula pétrea a separação dos poderes, e é estremecido pelo enfraquecimento das instituições e a usurpação de competências.

Ressalta-se que, não se buscou nesta dissertação defender a insindicabilidade do mérito administrativo ou o enfraquecimento da esfera controladora, mas sim, problematizar a maneira como têm sido conduzidas investigações e julgamentos, questionar a legitimidade de sua prática e fomentar o debate de acordo com os princípios da separação de poderes, republicano e democrático, ante a grande insegurança jurídica instaurada em todo o ordenamento pátrio.

Assim, as alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657 de 1942, por meio da lei nº 13.655 de 2018, vieram como contracultura, em oposição à gama de sintomas enfrentados pela gestão pública brasileira no que concerne ao exercício do controle sobre os atos da Administração Pública.

A margem de conformação a qual a Administração Pública dispõe para executar seus atos e políticas públicas é indispensável para a gestão pública de qualidade, com inovação nos espaços públicos, crescimento e fortalecimento da esfera administrativa. Do contrário, tolhendo os espaços de discricionariedade, a atividade administrativa é frontalmente afetada pela ação

controladora, por isso propõe-se o resgate da teoria da deferência judicial à luz dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB.

O controle jurisdicional dos atos administrativos deve se pautar no princípio da deferência às decisões administrativas, especialmente nas decisões de caráter técnico ou discricionário, com parâmetros semelhantes aos defendidos na experiência estadunidense, consultados nos precedentes observados.

Dessa forma, os objetivos específicos deste trabalho foram alcançados, primeiramente, por meio da discussão realizada no capítulo I acerca do paradigma do Estado Democrático de Direito, com destaque ao princípio da separação dos poderes, que faz ponte direta com a margem de conformação reservada à Administração Pública através da discricionariedade administrativa e, também, com o controle recíproco exercido entre os poderes do Estado.

O segundo objetivo específico foi atingido ao se demonstrar os fundamentos para o exercício do controle judicial no exame da atividade administrativa discricionária no capítulo II, pontuando possíveis excessos da atividade judicante, a partir da judicialização da política com o ativismo judicial, ou o passivismo judicial. Culminando na postura deferencial do julgador, desenvolvida na chamada doutrina da deferência.

Entrementes, o terceiro objetivo específico foi cumprido no capítulo III ao se contrastar a teoria da deferência estadunidense, através dos precedentes judiciais da Suprema Corte dos EUA, com os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB para estabelecer parâmetros à deferência judicial no Brasil.

Buscando ilustrar a deferência judicial no âmbito da doutrina estadunidense, foram elencados três precedentes da Suprema Corte para dispor os critérios de aplicação em um fluxograma, constante à Figura 1, no qual se sintetizou, de forma ilustrativa, seus principais passos para, de forma lúdica, dar um panorama geral dos pontos de intersecção entre os três casos.

Posteriormente, na Figura 2, também em caráter ilustrativo, inspirada no diagrama de Venn, buscou-se extrair a essência dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB com destaque ao primado comum entre os três dispositivos legais.

Na Figura 3, através do fluxograma proposto buscou-se evidenciar parâmetros para o exercício do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, demonstrando, justamente, que o controle nunca se descola dos filtros da legalidade, finalidade e razoabilidade. De forma bastante simplificada, procurou-se afastar as críticas de que atos administrativos discricionários possam ser confundidos com atos

arbitrários. Afora isso, buscou-se evidenciar as etapas do controle nas quais os artigos 20, 21 e 22 da LINDB podem ser inseridos para fomentar a deferência judicial.

Cumprido ressaltar que os artigos da LINDB não são os únicos fundamentos legais aptos a servir de parâmetros para o controle, porém estão destacados sob a compreensão de que constituem permissivos legais à aplicação da deferência judicial, assim como permitem abalizar o controle judicial dos atos administrativos.

Com isso o problema de pesquisa consistente na pergunta: “pode-se denotar a partir dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB preceitos legais para aplicação da deferência judicial no Brasil?” Pode ser respondido afirmativamente, com base nos resultados apresentados, os artigos se apresentam como fundamento legal à postura deferencial no Brasil, em consonância com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio. Logo, diante da conjuntura dos temas abordados ao longo do desenvolvimento do trabalho, foi possível identificar que os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB podem atuar como limites para o exercício do controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, cumprindo, portanto, o objetivo principal desta pesquisa.

A partir da pesquisa bibliográfica e teórica desenvolvida, ponderou-se sobre a teoria da deferência judicial oriunda dos Estados Unidos da América, elencando critérios relevantes para reflexão do tema na realidade brasileira. Além do estudo pormenorizado dos artigos 20, 21 e 22 da LINDB a fim de denotar se estes detêm o condão de embasar a deferência judicial no Brasil.

Desta forma, o objetivo geral deste trabalho foi atingido, pois, através da pesquisa bibliográfica e teórica, com o estudo do marco teórico na doutrina estrangeira, pôde-se constatar que os artigos 20, 21 e 22 da LINDB constituem sim, em embasamento legal hábil a postura deferencial e atuam como limitadores do controle judicial dos atos administrativos.

Como possíveis desdobramentos desta pesquisa podem-se sugerir a abertura da classificação dos parâmetros dispostos aos demais órgãos controlares, como o Ministério Público ou o Tribunal de Contas. Ambos não foram abordados diretamente nesta dissertação, embora o raciocínio proposto possa ser importado, em larga medida, por outros órgãos de controle.

O enfoque na esfera judicial, destacado o Poder Judiciário, foi feito pensando no recorte metodológico a partir do marco teórico da deferência judicial nos EUA, cujo embasamento, nos precedentes da Suprema Corte, remete ao raciocínio a partir da postura do julgador.

Ademais, evidenciou-se o raciocínio da deferência judicial como respeito e aptidão das instituições sobre as funções estabelecidas, porém, isso não serve de salvaguarda ao gestor público inábil, corrupto, omissos ou irresponsável. O controle excessivo é prejudicial, mas o controle é e sempre será essencial ao bom funcionamento das instituições e à proteção dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito.

Portanto, o repensar da atividade judicial de controle não significa descuidar do funcionamento da gestão pública proba, inovadora e eficaz. Ao compreender que o poder judiciário não é a instituição mais adaptada para a execução de políticas públicas, faz-se necessário cobrar dos gestores e da Administração Pública o exercício desse papel de forma significativa, concretizando os valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista dos Tribunais: Revista de Processo**, São Paulo, vol. 242, p. 21-47, abr. 2015.
- ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano**. 3. ed. Milão: A. Guiffre Ed., 1960.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANGIOLUCCI, Maria de Lurdes Aparecida Trujillo. **O controle judicial dos atos administrativos discricionários e a jurisprudência**. 2014. 187 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. Ensaio de uma visão autopoietica do direito administrativo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 4, p. 9-15, 2003.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O devido processo legal administrativo comparado: uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 22, p. 1-15, 23 fev. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF. Acesso em: 28 jan. 2021.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. (Relatório final da pesquisa). São Paulo: USP, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MOURA, Lenice Silveira Moreira (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2008.

BENTEMULLER, Rodrigo Parente Paiva. Poder Judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, vol. 4, n. 1, p. 21-38, mai. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. O controle externo do judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos (org.). **Reforma do poder judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

BERNARDES, Flávio Couto. Procedimento administrativo como motivação do ato administrativo restritivo de direitos. **Pública Direito**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ff5042bc9d37fc4>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 term - foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 75, p. 40-75, nov. 1961.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, p. 105-111, 1962.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 240, p. 147-167, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Caroline Müller. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, vol. 2, n. 2, p. 143-166, 16 dez. 2015. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/5168/7871>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 121-147, 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/17652/17463>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm. Acesso em: 1 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**: Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.655, 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.171.688**. Relator: Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 01 jun. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10502654&num_registro=200902425347&data=20100623&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 6534 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 25 set. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555535>. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRECHBÜHLER, Gustavo. Ativismo judicial, recuperação de empresas e parcelamento fiscal: busca pela efetividade do art. 68 da lei 11.101/2005. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 112, p. 231-266, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 1. ed. 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa: no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1980.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993.

CARDOSO, J. C. As vantagens da comparação jurídica de sistemas. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**, Porto (Portugal), n. 1, p. 145- 150, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHOPER, Jesse H. The political question doctrine: suggested criteria. **Duke Law Journal**, Durham, vol. 54, p. 1457-1523, 2005.

CIAMPAGLIA, Márcia Cristina Nogueira. **Ato administrativo inválido e a restauração da legalidade**. 2014. 172 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**, São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação conjunta PRESID-CN nº 2, de 19 de junho de 2020**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/7385/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do desvio de poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampli., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, p. 575-604, 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 3, p. 993-1023, 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no estado constitucional de direito**: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. 2014. 379 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. O controle da administração pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos humanos e participação política**, vol. XI, Cap. 6, p. 118-145, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. Segurança jurídica no âmbito da gestão pública: a LINDB e o necessário retorno do pêndulo. In: SCALETISKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado (org.). **Segurança jurídica e estado de direito**, p. 427-436, Curitiba: Juruá, 2021.

DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. In: CLÊVE, Clèmerson Merlin (org.). **Direito constitucional brasileiro**: organização do estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 5. p. 122-139.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 19, n. 75, p. 143-160, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites do controle externo da administração pública**: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? 2016. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2016/03/22/limites-do-controle-externo-da-administracao-publica-ainda-e-possivel-falar-em-discrecionalidade-administrativa/>. Acesso em: 07 mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 9, Salvador, p. 1-10, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O desvio de poder é vício de legalidade que invalida o ato**. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/29/o-desvio-de-poder-e-vicio-de-legalidade-que-invalida-o-ato/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

DICIO, Dicionário Online de Português. **Significado de discricionariedade**. 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/discricionariedade/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

DIREITOS HUMANOS. **Fichas temáticas da união europeia**. [S. l.], 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.4.1.pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.

DORNELAS, Henrique Lopes. Discricionariedade técnica administrativa e a aplicação do princípio da deferência judicial. In: **I encontro virtual do CONPEDI - direito administrativo e gestão pública**, 1., p. 59-75, Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/47e8vaeu/F632PuOIkyB9q156.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

ESPAÑA. **Constituição espanhola**. 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2020.

FALCÃO, Joaquim. **O supremo**: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta corte do judiciário no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FEREJOHN, John. **Judicializando a política, politizando o direito**. Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. 2005. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferejohn.pdf. Acesso em: 26 jan. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

FERRAZ, Ricardo de Barros Falcão. Motivação política no precedente judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 200, p. 353-364, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 10, p. 1-20, 1977.

FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**. New York: Oxford University Press, 2005.

FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2015-09, Frankfurt, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3538102_code2139335.pdf?abstractid=2682465&mirid=1. Acesso em: 26 jan. 2020.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Jus Podivm, 2019.

FORÇA centrípeta. 20XX. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/forca-centripeta/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRANÇA. **Constituição**. 1958. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 05 abr. 2021.

GASPARDO, Murilo. **O parlamento e o controle do poder político**. 2009. 204 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GERSEN, Jacob E.; VERMULE, Adrian. Chevron as a voting rule. **University Of Chicago Law School: John M. Olin Program in Law and Economics**, Chicago, n. 293, p. 1-45, jun. 2006.

GOMES NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Poder de agenda e estratégia no STF: uma análise a partir da decisão liminar nos mandados de segurança nº 34.070 e nº 34.071. In: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira et al. (Orgs.). **Constituição e Democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GUILHEN, Cristian Degasperii (coord.). **O diagrama de venn**. São Paulo: UNIVESP – Repositório Universidade Virtual de São Paulo. 2021. Disponível em: <https://apps.univesp.br/repositorio/o-diagrama-de-venn/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. **Direito Público: Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais**, Brasília, vol. 11, n. 60, p. 25-50, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 18 nov. 2019.

HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. Historical perspectives. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (ed.). **Supreme court activism and restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982.

HENKIN, Louis. Is there a “political question” doctrine? **The Yale Law Journal**, New Heaven, vol. 85, n. 5, p. 597-625, apr. 1976.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 251, p. 139-178, mai. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 02 fev. 2020.

IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 06 jul. 2021.

ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018)**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 52, p. 9-43, 2016.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 2, p. 537-573, 2018.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, vol. 3, p. 131-152, 2014.

KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. **Modern Law review**, vol. 37, 1974.

LAMB, Charles M. Judicial restraint on the supreme court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (ed.). **Supreme Court Activism and Restraint**, Lexington: Lexington Books, 1982.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017.

LEITES, Henrique Moreira. **Discricionariedade administrativa: uma aproximação hermenêutico-constitucional**. 2008. 111 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018.

LIMA, João Emmanuel Cordeiro. **As mudanças da LINDB e seus efeitos positivos no licenciamento ambiental**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/joao-emmanuel-efeitos-lindb-licenciamento-ambiental#author>. Acesso em: 27 mai. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamento de direito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADISON, James. **O federalista n. 10**. 1781. Disponível em: <https://perguntasapo.files.wordpress.com/2010/06/fed10.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Análise da ADPF no 347 e da inadequabilidade do estado de coisas inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática**. 2018. 177 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O judiciário e o estado regulador brasileiro**. p. 25-46, São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.

MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXEIRA, Marcelly Costa. Decisões judiciais: entre o ativismo do judiciário e a judicialização da política. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 977, p. 213-240, mar. 2017.

MARGRAF, Alencar Frederico. Discricionariedade na utilização dos princípios e suas consequências. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 98, p. 239-257, 2016.

MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista dos Tribunais**: RT 1000, São Paulo, vol. 1000, p. 227-236, fev. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. 2020. 233 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia; MENOTTI, Anna Fernanda Scalla; MAZIERO, Julia Izabelle Toneto Romano. As consequências práticas da decisão em tempos de pandemia. In: **II Encontro Virtual do Conpedi**: Processo, jurisdição e efetividade da justiça I, Florianópolis, p. 23-41, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, 1988.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MONTEIRO FILHO, Augusto César. Perspectivas sobre a judicialização da saúde no Brasil sob o enfoque do direito e economia. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais**: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional, p. 593-623, Salvador: Jus Podivm, 2019.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução Cristina Murachco.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 180, p. 55-98, 2010.

MOREIRA, Melissa de Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do poder judiciário. **Virtuajus**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 5, p. 213-234, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 45, p. 13-37, set. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. **Revista dos Tribunais**: Revista de Processo, São Paulo, vol. 283, p. 481-499, 2018.

NASCIMENTO, Antonio Rodrigues do. **Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil**: da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade. 2019. 156 fls. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **A repercussão da LINDB em demandas ambientais e urbanísticas**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-repercussao-da-lindb-em-demandas-ambientais-e-urbanisticas-09072019>. Acesso em: 09 out. 2020.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do Direito. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Paraná, n. 3, p. 1-15, 1994.

NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Discricionariedade**. 2012. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/169-discricionariedade/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da assembleia da república**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, vol. 16, n. 1, p. 183-216, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, vol. 5, n. 1, p. 83-105, 2008.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública**: Estudo do processo administrativo normativo. 2014. 481 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1009, ano 108, p. 99-120, 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; NORÕES, Mariane Paiva; PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir das características do negócio jurídico de assistência privada à saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 118, p. 331-361, 2018.

PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? (administrative due process of law and effective judicial protection: a new perspective?). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 293-331, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2511545>. Acesso em: 27 fev. 2021.

PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. 359 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

PINTO, Livia Maria de Almeida. **Subprincípio da deferência nos tribunais superiores**. 2014. 17 fls. Monografia (Especialização em Direito) – Curso de Pós-graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, jun. 2012.

POST, Richard; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, p. 373-433, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSI, Licinia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SANTOS, Marcelo Pereira dos; HOGEMANN, Edna Raquel. Deferência com as escolhas públicas. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, vol. 33, n. 2, p. 222-249, ago. 2019.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. In: MOURA, Lenice Silveira Moreira (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *ius constitutionale commune* latino-americano à luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: Jus Podivm, 2019.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 2. tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. **Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>. Acesso em: 16 jun. 2021.

SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, vol. 1989, n. 3, 1989.

SCHILLER, Reuel E. The era of deference: courts, expertise, and the emergence of new deal administrative law. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 106, p. 399-442, 2007.

SCIORILLI, Marcelo. Breves considerações sobre a discricionariedade administrativa. **Revista Justitia**: Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, p. 1-17, 2001.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 23, p. 1-16, 1951.

SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. 2019. Disponível em:

<https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. 2021. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 276, p. 109-146, dez. 2017.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, Curitiba, n. 9, p. 30-40, jan./jun. 2011.

Skidmore v. Swift & Co., 323 US 134, 140 (1944). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/134>. Acesso em: 10 dez. 2020.

STELZER, Joana; BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita; LEDO, Ana Paula Ruiz Silveira. Novos limites de controle externo do mérito administrativo na regulamentação do isolamento social: o poder judiciário paranaense perante os decretos de agentes políticos do poder executivo na pandemia de covid-19. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUZA, Thanderson Pereira (org.). **Direito administrativo em transformação**, cap. 14, p. 245-268, Florianópolis: Habitus, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina. Acesso em: 16 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 49, n. 194, p. 7-21, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. **Revista de Direito Público**, São Paulo, vol. 18, n. 75, p. 118-127, jul./set. 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao processo administrativo: processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). **As leis de processo administrativo**: (lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98), cap. 1, p. 17-36, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. p. 205-229, São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. **Revista de Processo**, vol. 32, n. 150, p. 11-23, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2007.

TOSTES, José Souto. **Nova Lei n. 13.655/2018 e as consequências para a gestão pública: o novo princípio da consequência jurídica, o dever de justificar e fundamentar decisões a vinculação aos pareceres**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66030/nova-lei-n-13-655-2018-e-as-consequencias-para-a-gestao-publica>. Acesso em: 04 jun. 2021.

TULIS, Jeffrey. Deliberation between institutions. In: LASLETT, Peter; FISHKIN, James. **Debating deliberative democracy**, Hoboken: Blackwell Publishing, 2003.

TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, vol. 80, p. 1203-1235, 2002.

US LEGAL. **Arbitrary and capricious law and legal definition**. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/a/arbitrary-and-capricious/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 182, p. 177-210, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, vol. 25, n. 1, p. 110-132, 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O PL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade**. 2017. Disponível em: <https://estacio.academia.edu/VaniceRegina>. Acesso em: 27 jun. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Planejamento na função regulatória e deferência judicial: (artigos 17 a 21 da lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silva de Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas**: Comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020, p. 131-154, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M. S. Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**, p. 402-425, Curitiba: Íthala, 2019.

VALLINDER, Torbjorn. Judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**, p. 15-26, São Paulo: 22 Editorial, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. **O ATIVISMO JUDICIAL MAL COMPREENDIDO**. 2008. Boletim CEDES. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 79-112, mai./ago. 2020.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**, p. 93-158, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WATSON, Alan. **Legal Transplants: An Approach to Comparative Law**. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1974.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism**: bulwark of freedom or precarious security. New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1997.

ZUFELATO, Camila. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.