



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

RAFAEL BARRETO DA SILVA

A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO
COMO CLÁUSULA GERAL DE DEFERÊNCIA

Florianópolis

2022

RAFAEL BARRETO DA SILVA

**A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO
COMO CLÁUSULA GERAL DE DEFERÊNCIA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

Florianópolis

2022

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

Silva, Rafael Barreto
A LINDB como cláusula geral de deferência / Rafael
Barreto Silva ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2022.
196 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Controle Judicial. 3. Administração
Pública. 4. Deferência. 5. Lei de Introdução ao Direito
Brasileiro. I. Niebuhr, Pedro de Menezes. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

RAFAEL BARRETO DA SILVA

**A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO COMO
CLÁUSULA GERAL DE DEFERÊNCIA**

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

Prof. Pedro de Menezes Niebhur, Dr. (Presidente)
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Rodrigo Valgas dos Santos, Dr.
Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC

Prof. Cauê Vecchia Luzia, Dr.
Universidade do Estado de Santa Catarina

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.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Pedro de Menezes Niebhur, Dr.
Orientador

Florianópolis

2022

Este trabalho é dedicado à minha avó
Odete Rocha da Silva.

RESUMO

BARRETO DA SILVA, Rafael. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como cláusula geral de deferência**. 200f. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2022.

A presente dissertação, que versa sobre o regime de deferência incidente nas escolhas do gestor público por ocasião da atividade de controle judicial, tem como principal objetivo verificar se a interpretação coordenada dos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é capaz de produzir um regime de deferência a ser utilizado pelo controlador judicial das escolhas realizadas pela Administração Pública. Para alcançar esse propósito será necessário abordar algumas importantes questões que abarcam o tema, aqui definidas como objetivos específicos: (a) conhecer a atividade de controle judicial no Brasil, desde a sua evolução histórica; (b) identificar as causas que permitiram a interferência do Poder Judiciário na competência administrativa de fazer escolhas e as consequências que esta forma de controle provoca na Administração; (c) investigar como se estrutura a aplicação da deferência no controle judicial norte-americano, com a análise de seus precedentes, em especial o caso *Chevron USA, Inc v Natural Resources Defense Council, Inc.*; (d) examinar os artigos da LINDB que demonstram vocação para conter a atividade controladora desmedida. O estudo utilizará o método dedutivo de abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, na tentativa de responder ao principal problema de pesquisa que consiste em saber se os artigos da LINDB teriam aptidão para formar uma cláusula geral de deferência. Com o suporte teórico proporcionado pela revisão da bibliografia selecionada foi possível constatar que a referida lei possui elementos para estabelecer um regime brasileiro de deferência, que não seria formado com os enunciados normativos dos artigos, mas sim a partir das ideias-força que tais dispositivos legais carregam: a contextualização da atividade do controle (artigo 22) e a análise consequential (artigos 20 e 21). A hipótese inicial foi confirmada com a viabilização da construção de uma cláusula geral de deferência, não a partir da literalidade dos enunciados normativos, mas baseada na ideia que os próprios artigos encerram. Também foi possível concluir que o regime de deferência permitido pela LINDB é dotado de características próprias e não tem similaridade com o modelo deferencial de Chevron.

Palavras-chave: Administração Pública. Deferência. Controle judicial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

ABSTRACT

BARRETO DA SILVA, Rafael. **The Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law as a general clause of deference**. 200p. 2022. Dissertation (Master in Law) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianopolis, SC, 2022.

The present dissertation, which deals with the regime of deference incident in the choices of the public manager on the occasion of the activity of judicial control, has as main objective to verify if the coordinated interpretation of articles 20, 21 and 22 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) is capable of producing a regime of deference to be used by the judicial controller of the choices made by the Public Administration. To achieve this purpose, it will be necessary to address some important issues that encompass the theme, defined here as specific objectives: (a) to know the activity of judicial control in Brazil, since its historical evolution; (b) to identify the causes that allowed the interference of the Judiciary in the administrative competence to make choices and the consequences that this form of control provokes in the Administration; (c) investigate how the application of deference in US judicial control is structured, with an analysis of its precedents, especially the case of *Chevron USA, Inc v Natural Resources Defense Council, Inc.*; (d) examine LINDB articles that demonstrate a vocation to contain excessive controlling activity. The study will use the deductive method of approach and the technique of bibliographic and documentary research, in an attempt to answer the main research problem, which is to know if the LINDB articles would be able to form a general clause of deference. The main hypothesis was that the articles of the Statute of Introduction to Brazilian Law would be able to form a general clause of deference. With the theoretical support provided by the review of the selected bibliography, it was possible to verify that the aforementioned law has elements to establish a Brazilian regime of deference, which would not be formed with the normative statements of the articles, but based on the main ideas that such legal provisions carry: the contextualization of the control activity (article 22) and the consequential analysis (articles 20 and 21). It was concluded that the initial hypothesis was confirmed with the feasibility of the construction of a general clause of deference, but not from the literalness of the normative statements, but from the idea that the articles contain. The initial hypothesis was confirmed with the feasibility of building a general deference clause, not based on the literalness of normative statements, but based on the idea that the articles themselves contain. It was also possible to conclude that the deference regime allowed by LINDB has its own characteristics and has no similarity with the deferential model of Chevron.

Keywords: Public administration. Deference. Judicial review. Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law.

LISTA DE SIGLAS

ALS – *Administrative Law Judge*

Anamages – Associação Nacional de Magistrados Estaduais

CEM – Centro de Estudos da Metrópole

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público

EPA – *Environmental Protection Agency*

FDA – *Food and Drugs Agency*

FGV – Fundação Getúlio Vargas

FLSA – *Fair Labor Standards Act*

GAO – *Government Accountability Office*

HTSUS – *Harmonized Tariff Schedule of United States*

Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas

ICJBrasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira

IMDS – Instituto Mobilidade e Desenvolvimento Social

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OIRA – *Office of Information and Regulatory Affairs*

PNI – Plano Nacional de Imunização

Sindmaap – Sindicato dos Motoristas Autônomos de Transportes Privado Individual por Aplicativo

SUS – Sistema Único de Saúde

SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	21
1.1 DO CONTROLE RESTRITO AO CONTROLE INTENSO: A EROÇÃO DOS CRITÉRIOS DE LEGALIDADE E DE SEPARAÇÃO DE PODERES COMO BALIZAS DO CONTROLE JUDICIAL	21
1.1.1 Considerações iniciais.....	21
1.1.2 O “passado” do controle judicial da Administração Pública	21
1.1.3 O “presente” do controle judicial da Administração Pública	34
1.1.4 O “futuro” do controle judicial da Administração Pública.....	39
1.2 CAUSAS DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
1.2.1 O uso abusivo da retórica de princípios como forma de presunção de capacidade institucional do Poder Judiciário	40
1.2.2 O controle judicial como contrafação do controle hierárquico.....	53
1.3 CONSEQUÊNCIAS DE UM CONTROLE JUDICIAL INTENSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	59
1.3.1 A paralisação administrativa e a ineficácia como norte	60
1.3.2 Barreira contra a inovação	69
1.3.3 A corrosão da confiança na Administração Pública	74
1.3.3.1 Conceito de confiança e panorama empírico da Administração Pública e do Poder Judiciário	76
1.3.3.2 As causas da desconfiança na atuação da Administração Pública	81
1.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO.....	90
2 TEORIAS DE DEFERENCIA JUDICIAL	92
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	92
2.2 A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO NORTE-AMERICANO	94

2.3 A EXTENSÃO (<i>SCOPE</i>) DO CONTROLE JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	100
2.4 A ORIGEM DA DEFERÊNCIA ÀS ESCOLHAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	105
2.5 PRINCIPAIS TEORIAS DE DEFERÊNCIA CRIADAS PELA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA	108
2.5.1 Deferência <i>Skidmore</i>	108
2.5.2 Deferência <i>Chevron</i>	111
2.5.2.1 A situação fática	111
2.5.2.2 A decisão da Suprema Corte	112
2.5.2.3 Decompondo os fundamentos do precedente <i>Chevron</i>	116
2.5.2.3.1 <i>Especialização da atividade (capacidade institucional)</i>	116
2.5.2.3.2 <i>Delegação legislativa implícita</i>	118
2.5.2.3.3 <i>Representatividade democrática indireta</i>	118
2.5.2.4 Os efeitos da deferência <i>Chevron</i>	120
2.5.3 Deferência <i>Auer</i>	121
2.5.4 Deferência <i>Mead</i>	124
2.6 SÍNTESE DO CAPÍTULO	128
3 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO COMO DEFERÊNCIA	129
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	129
3.2 A ALTERAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO COMO REAÇÃO LEGISLATIVA AO CONTROLE JUDICIAL INTENSO	130
3.3 INOVAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO DIRIGIDAS AO COMPORTAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL	137
3.3.1 Análise de consequências	138
3.3.1.1 Análise consequencial prévia	139
3.3.1.2 Análise consequencial posterior	145
3.3.2 Contextualização da decisão de controle judicial	150

3.4 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O PRECEDENTE <i>CHEVRON</i>	154
3.5 A CLÁUSULA GERAL DE DEFERÊNCIA ESTABELECIDADA PELA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO	161
3.6 SÍNTESE DO CAPÍTULO.....	171
CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

Dizia Cláudio Pacheco¹, emérito professor de direito constitucional da Faculdade de Direito do Piauí, que o jogo entre os poderes do Estado é sempre dinâmico e a preponderância entre eles alterada, a depender da quadra histórica.

Escreve-se esta dissertação no primeiro semestre de 2022 e é inegável que se vive um momento histórico em que o Poder Judiciário exerce certa dominância sobre os demais poderes, principalmente sobre o Executivo², com sua competência de promover escolhas públicas constrangidas (quando não capturadas) por um controle baseado em uma retórica de princípios e embalado por uma autoafirmação de capacidade institucional para efetivar direitos fundamentais³.

A prevalência do Judiciário não se revela como fenômeno exclusivamente brasileiro, muito menos novidadeiro. Em 2004, Ran Hirschl⁴ denunciava a “juristocracia”, uma incrível transição de poder das instituições representativas para os órgãos judiciais.

O tema do presente estudo está centrado no controle judicial exercido sobre as escolhas públicas realizadas pela Administração, que tem gerado inquietações doutrinárias desde os primeiros anos do século XX, mas certamente não era um tema de muita relevância no tempo de

¹ “Mutabilidade da vida institucional”. PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das Constituições brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1. p. 333-334.

² Administração Pública e Poder Executivo serão tratados como sinônimos neste trabalho, posição semelhante a que adotou o primeiro manualista do direito administrativo nacional: “não existe, pois, um poder administrativo distinto e independente do executivo. O poder administrativo, ou a administração, é o mesmo executivo – abstração feita das suas funções governamentais –, difundido pelas inúmeras ramificações de seus funcionários e empregados, desde o Monarca, que é o seu Chefe, até os mais subalternos agentes”. RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Noções preliminares. Rio de Janeiro: FL Pinto e C. Editores, 1866. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000081.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

³ “[...] este é o momento do Poder Judiciário. A era dos direitos a que se referia Bobbio é a era do Poder Judiciário. E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade”. LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, 2009. p. 78.

⁴ “Over the past few Years the world has witnessed na astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred na unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries.” HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1.

Ruy Cirne Lima e de Mário Masagão⁵, dado que suas obras não lhes tributaram muita atenção. Isso reforça a assertiva de Cláudio Pacheco, de que transcorreu uma mutabilidade na vida institucional do país, com um desequilíbrio evidente entre os poderes.

Nesse tema, fosse esta uma dissertação endereçada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política certamente seriam sugeridos instrumentos típicos do jogo de poder: a) proposta de generoso aumento de remuneração em troca da renúncia a certas competências; b) proposta de escolha de juízes de tribunais superiores com histórico de posicionamentos autocontidos; ou c) “*bullying* constitucional”⁶ como estratégia para constranger os magistrados a se retraírem.

Apesar do realismo das propostas mencionadas, elas não são tipicamente jurídicas, mas sim estratégias que instrumentalizam o direito (e a força bruta) em direção à satisfação de um interesse específico: a diminuição, a fôrceps, da independência judicial.

O estudo será permeado por exemplos recentes extraídos da prática judiciária, o que evidencia o seu realismo e a atualidade do tema. A relevância está na proposição de uma solução jurídica que, sem ofender a independência judicial, consiga nivelar o exercício do controle judicial com a liberdade da Administração para promover as escolhas que melhor atendam aos requisitos da eficiência e da eficácia administrativas.

Como se trata de um estudo localizado no campo do direito administrativo, a abordagem deve primar por se manter dentro dos limites jurídicos da Constituição Federal em vigor e da legalidade ordinária, mas, apesar dessa contenção, há que ter certa dose de realismo para reconhecer que o problema da dominância judicial não se resolverá apenas com constrangimentos epistêmicos vindos da academia.⁷ Argumentos jurídicos funcionarão como incentivos a uma mudança de postura, que, entende-se, somente virá quando a atuação exorbitante do controle

⁵ A primeira edição de “Princípios de Direito Administrativo” (Cirne Lima) é datada de 1932 e a de “Curso de Direito Administrativo” (Masagão) é de 1929. ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e a sua história. **Revista Faculdade de Direito – USP**, São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/index>. Acesso em: 11 abr. 2022.

⁶ O bullying constitucional é uma expressão criada por Glauco Salomão Leite para designar os atos concretos ou verbais que ultrapassam o “questionamento legítimo de alguma prática ou decisão judicial, traduzindo-se como pressão política arbitrária, perpetrada de maneira incessante e com objetivo de intimidar membros da Corte, forçando-os, ainda que de maneira oblíqua, a rever decisões, arquivar inquéritos, poupar apoiadores do Governo ou decidir conforme suas preferências político-ideológicas para evitar uma nova onda de hostilidade”. (Bullying constitucional, o STF e a CPI da Pandemia, **Jota**, São Paulo, 14 abr. 2021. Disponível em: www.jota.com.br. Acesso em: 11 abr. 2022).

⁷ Eduardo Jordão dá por incontroverso que doutrinas de deferência “não resolvem totalmente o problema da imposição pelos magistrados de suas próprias visões de mundo, em detrimento daquelas da autoridade administrativa” (**Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 583).

judicial impuser significantes ônus de justificação jurídica e arranhões reputacionais, o que levará os juízes a avaliarem os custos e os benefícios de uma postura deferente.

O custo de motivação de uma extravagância controladora virá quando estiver consolidada uma cultura jurídica⁸ de rechaço aos excessos do Poder Judiciário, que, além de bem alicerçada na academia, tenha força para se expandir para além do campo jurídico⁹, ganhando espaço no debate cotidiano dos meios de comunicação e das redes sociais.

O combate ao descomedimento do controle judicial será uma atividade ineficaz se for travado sob a forma de “jogo duro constitucional”¹⁰ (ex.: proposta de emenda constitucional para alteração da idade limite de ministros, visando substituí-los compulsoriamente), de atos de autoritarismo explícito¹¹ (ex.: negar-se a cumprir ordens de determinado ministro) e de propagação de *fake news*.¹² A opção por expedientes dessa ordem instigará cérebros destacados¹³ a confeccionar teorias de legitimação da dominância do Poder Judiciário, que será visto como última barreira de contenção do regime democrático.

⁸ Entende-se a cultura “como atividade contínua e cumulativa realizada pelo homem objetivando a realização de algum valor”. NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução à Sociologia**. 3. ed. João Pessoa: Linha D’Água, 2007. p. 57-59. No caso, reclama-se uma cultura jurídica no sentido de uma prática reiterada de indução de novos comportamentos tendentes ao reconhecimento da limitação de cada poder, na produção contínua de conhecimentos e de novas regras objetivando estabelecer um posicionamento judicial de contenção.

⁹ “Campo” no sentido dado por Pierre Bourdieu: “Campo é um microcosmo social dotado de certa autonomia, com leis e regras específicas, ao mesmo tempo em que influenciado e relacionado a um espaço social mais amplo. É um lugar de luta entre os agentes que o integram e que buscam manter ou alcançar determinadas posições. Essas posições são obtidas pela disputa de capitais específicos, valorizados de acordo com as características de cada campo. Os capitais são possuídos em maior ou menor grau pelos agentes que compõem os campos, diferenças essas responsáveis pelas posições hierárquicas que tais agentes ocupam.”. PEREIRA, Elaine Aparecida Teixeira. O conceito de campo de Pierre Bourdieu: possibilidade de análise para pesquisas em história da educação brasileira. **Revista Linhas**, Florianópolis, v. 16, p. 337-356, 2015. Disponível em: www.revistas.udesc.br/. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹⁰ Tradução do termo “*hardball constitutional*” de Mark Tushnet, o qual consiste em atos praticados pelos agentes políticos que, apesar de estarem dentro dos limites formais da democracia constitucional, têm potencial para desestabilizar e transformar o regime democrático. TUSHNET, Mark. **Constitutional Hardball**. **Harvard Public Law Working**, Cambridge, Paper n. 21-37, 2021. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹¹ “Em fala durante ato em São Paulo, o presidente voltou a atacar ministro Alexandre de Moraes, do STF, a quem chamou de ‘canalha’ e prometeu não cumprir mais nenhuma ordem; antes de deixar a Paulista, disse que ‘nunca será preso’.” FERRAZ, Adriana et al. 'Ou ele (Moraes) se enquadra ou pede para sair', ameaça Bolsonaro em discurso golpista. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 set. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,quero-dizer-aos-canalhas-que-eu-nunca-serei-presos-diz-bolsonaro-em-novo-discurso-golpista,70003833821>. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹² RECKIEGEL, Tânia. Conselheira do CNJ alerta para o impacto de fake news na Justiça [entrevista]. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 03 abr 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/conselheira-cnj-alerta-impacto-fake-news-justica>. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹³ ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidade democrática**. Imparcialidad, reflexividad, proximidade. Buenos Aires: Manantial, 2021; BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: GLEZER, Rubens; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017.

Tendo a democracia como premissa fundamental e fincado na convicção de que tal regime funciona melhor quando os poderes se comportam de maneira equilibrada e dentro dos seus limites, começa-se a dar forma a este empreendimento acadêmico que, em associação com estudos anteriores, visa fortalecer o movimento de construção de uma cultura jurídica de deferência às escolhas públicas feitas pela Administração.

Por escolhas públicas entende-se a competência discricionária conferida à Administração para fazer opções, a qual decorre de um comando normativo indeterminado em que não há uma solução clara apontada pelo legislador. Ciente de que o direito administrativo: a) não é um sistema completo e coerente; e b) que os princípios que o estruturam não são normas que fornecem uma única resposta certa¹⁴, reconhece-se à Administração competência para interpretar a lei e com base nas condições materiais disponíveis e no contexto fático produzir uma solução para o caso concreto.

A atividade de fazer escolhas públicas dentro dos limites autorizados pela lei revela a natureza política da atividade administrativa e diz respeito a “questões da competência exclusiva do Poder Executivo, resumidas no clássico binômio oportunidade-conveniência”¹⁵. Trata-se de conceito de mérito administrativo, ressaltado por Seabra Fagundes como o “sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função de normas da boa administração”, compreendendo os “aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc., de cada procedimento administrativo”¹⁶.

Em rigor, é necessário realçar a natureza política das escolhas públicas¹⁷ para conectá-la ao exercício legítimo de uma competência conferida à Administração pela distribuição de poderes; é preciso reavivar o princípio da separação de poderes como parâmetro do controle judicial. Administrar, enquanto função de um poder do Estado, significa interpretar uma lei e o resultado é a criação de uma norma jurídica destinada a solucionar o caso concreto.¹⁸

¹⁴ JORDÃO, Eduardo. As mentiras que os administrativistas contam. In: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022.

¹⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, 1965.

¹⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 168-169.

¹⁷ O estudo tratará de escolhas públicas feitas de boa-fé e de controle judicial exercido da mesma forma. Não se trata de controle de legalidade, mas sim de controle que incide sobre a competência discricionária que a Administração possui para fazer escolhas públicas legais e de boa-fé. Apesar de em alguns momentos tangenciar a responsabilização do gestor público em decorrência do controle, o estudo terá como objeto somente o controle judicial exercido sobre a competência administrativa de realização de escolhas.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 235.

A atividade administrativa não se restringe à execução mecânica da lei porque o legislador não tem dons premonitórios nem pretensões de completude para antecipar em abstrato todos os atos necessários à satisfação do interesse público por ele selecionado. Portanto, eleger opções possíveis ao que foi determinado pelo legislador é uma atividade política que não pode ser apequenada nem capturada.

Nesse viés, o estudo analisará como o controle judicial atua sobre as escolhas públicas feitas pela Administração e como desconsidera por completo a sua competência constitucional para, com base em argumentação de princípios, revelar e impor a “única resposta correta” fornecida pelo direito administrativo, que, não por acaso, seria a sua própria escolha. O esforço de investigação compreenderá o percurso histórico do controle judicial da Administração Pública no Brasil, as ferramentas teóricas de que se serviu para controlar de forma mais intensa e as consequências negativas que suas decisões provocam no desempenho da atividade administrativa.

A propósito, concebe-se como controle judicial “intenso” da Administração aquele que invade o mérito da decisão, que subestima a liberdade administrativa de criar o direito. Essa “invasão” desconsidera as limitações materiais, os aspectos técnico-políticos da decisão e é imposto com a justificativa de efetivação de princípios e/ou direitos fundamentais. Um controle judicial intenso desvaloriza não só a competência constitucional da Administração Pública, como também desmerece a sua capacidade institucional de promover os fins que lhe foram atribuídos.

Ao falar em capacidade institucional, faz-se referência ao marco teórico que corresponde à teoria das capacidades institucionais formuladas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule¹⁹, fundada em premissas que serão apresentadas de forma adaptada à realidade brasileira, a saber:

a) separação de poderes: não se pode deixar de considerar o valor normativo desse princípio. A Constituição Federal de 1988 propôs um arranjo institucional ao separar os objetivos a serem perseguidos distintamente pelos poderes e, como forma de alcançá-los, distribuiu-lhes competências²⁰. Com a divisão, almeja-se a especialização da atividade;

b) o argumento da capacidade institucional não pode ser considerado regra geral sempre à espera da validação, isenta de falhas. Apesar da presunção de especialização no trato de certa

¹⁹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Michigan, n. 101, p. 885-951, 2003.

²⁰ Competência é “círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação dos interesses públicos”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 148.

competência, não deve ser considerada argumento de autoridade apriorístico, mas tão só indicativo de que a instituição que detém determinada competência tem mais capacidade para decidir “melhor” sobre certo assunto. O argumento deve ser invocado ocasionalmente, no exame do caso concreto. Trata-se de não considerar esse argumento como regra geral, por exemplo: o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) tem competência para decidir questões previdenciárias, no entanto nada garante que o órgão sempre terá a resposta mais adequada para o caso concreto;

c) há que dar relevância aos efeitos sistêmicos: a decisão mais apropriada é aquela que apresenta “maior realização do resultado desejado”²¹. Exige-se que a decisão observe um raciocínio consequencialista quanto aos seus efeitos. É preciso prever e considerar as externalidades que serão provocadas pela decisão, evitando o “efeito bumerangue”²²;

d) não se deve aspirar a uma solução ideal (*first-best*) porque não é possível implementar “as melhores decisões” extraíndo o seu fundamento diretamente de valores como democracia ou Estado democrático de direito. Deve-se mirar na segunda melhor decisão (*second-best*), aquela que leva em consideração o contexto da escolha feita e os seus efeitos sistêmicos, buscando atingir a “melhor decisão para o caso concreto”.

Segundo Adrian Vermeule, uma teoria de direito não possibilita a extração *a priori* de um procedimento de tomada de decisão que possa implementar “altos valores” ou encontrar uma solução final que possa ser deduzida imediatamente deles²³. Soluções de “segunda melhor decisão” são suficientes para alcançar a concordância em assuntos práticos, mesmo que haja divergência quanto a aspectos teóricos²⁴.

A teoria das capacidades institucionais parte do pressuposto de que o mundo real não comporta soluções ideais, mas sim soluções possíveis, que não podem ser fabricadas antemão

²¹ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 141.

²² O efeito bumerangue “[...] acontece, por exemplo, quando um juiz profere uma decisão (normalmente com muito boas intenções) para proteger uma pessoa [...]. Mas, pela ignorância dos seus efeitos, a decisão acaba voltando e gerando resultados que prejudicam a própria pessoa que se quis inicialmente proteger [...]”. YEUNG, Luciana. Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e efeitos bumerangue. *In*: YEUNG, Luciana (org.). **Análise econômica do Direito**. Temas contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020. p. 338.

²³ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**. An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 2.

²⁴ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Michigan, n. 101, p. 885-951, 2003. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em: 11 abr. 2022.

nem atribuídas exclusivamente a uma instituição propriamente dita. Toda decisão, uma vez tomada, deverá ser analisada de forma comparativa tendo como base a divisão constitucional de poderes (a especialidade decorrente da capacidade do órgão tomador) e a verificação dos motivos que comprovam a prévia avaliação do contexto e das ponderações acerca dos efeitos sistêmicos que produzirá.

Em outros termos, a teoria das capacidades institucionais não se refere exclusivamente à especialização técnica; abrange também as “credenciais político-democráticas”²⁵ do ente estatal, pois “quanto maior a indeterminação, maior o caráter político da escolha do gestor e menor a probabilidade de existir uma única solução correta”²⁶, motivo para se outorgar preponderância à opção realizada pelas instituições que portarem um “maior pedigree democrático”²⁷.

Diante de um cenário em que o direito administrativo é interpretado e aplicado pelo controle judicial (não só por ele) de maneira a idealizar o direito e onde os fatos são desapegados de uma contextualização que considere as especificidades da vida real, foi inserido no ordenamento nacional a Lei n. 13.655/2018, um esforço legislativo para atualizar a antiga Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) e promover um resgate do caráter político da discricionariedade administrativa, reforçando a separação de poderes, mas sem deixar de reconhecer que os juízes compartilham “em alguma medida com a Administração Pública a construção em concreto do interesse público”²⁸.

A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem como objetivo não só incentivar uma interpretação/aplicação do direito administrativo que reconheça a sua incapacidade de fornecer aos seus operadores a possibilidade de sempre “identificar, entre princípios e regras explícitos ou extraíveis da Constituição, das leis e das normas infralegais, a solução específica determinada pelo direito para qualquer problema social ou questão prática”²⁹ (idealização do direito) mas também abandonar a idealização de que a Administração tem “condições materiais, factuais e objetivas para realizar os ambiciosos projetos (promessas) do

²⁵ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 204.

²⁶ Id.

²⁷ Id.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. **Jota**, São Paulo, 31 out. 2017. Disponível em: www.jota.com.br. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁹ JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no Direito Público Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, volume especial, p. 63-92, 2018.

direito público (idealização dos fatos)”. Ao propor o afastamento das idealizações, busca-se enquadrar as aspirações do direito ao contexto da realidade vivenciada.³⁰

Uma interpretação/aplicação mais realista do direito administrativo estimula não só um controle mais concreto, atento às minudências e à repercussão do caso, mas também suscita uma maior empatia com a tarefa desempenhada pela Administração³¹, que passa a ser reconhecida como de “carne e osso”³², sujeita a toda sorte de incertezas e de exigências dos vários interesses conflitantes da sociedade.

Para alcançar o seu objetivo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro recebeu a agregação legislativa de novos enunciados normativos, que deverão ser objeto de consideração pelo controle judicial: a) o artigo 20 põe freio à utilização da retórica de princípios como fundamento único da decisão, exigindo que se considere também as “consequências práticas” da intervenção controladora; b) o artigo 21, no seu caput, condiciona a decisão de invalidação à indicação expressa das “suas consequências jurídicas e administrativas”; o seu parágrafo único sugere a possibilidade de “regularização” da escolha feita pela Administração”; c) o artigo 22 subordina a interpretação das normas de gestão pública ao contexto em que elas foram criadas, devendo ser “considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor” e as “exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Os novos enunciados normativos têm aptidão para provocar uma “conversão deferencial” em favor da Administração na medida em que passam a exigir do controle judicial um exercício focado a partir da posição ocupada pela própria Administração e não da perspectiva de que o direito apresenta uma única resposta correta e que a decisão administrativa foi tomada em um contexto “idílico”.

A investigação acerca da categoria “deferência” tomará como base os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em especial o do caso *Chevron*, fixado no julgamento de *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Como referenciais teóricos serão utilizados os acórdãos que consubstanciam os precedentes e a doutrina norte-americana que os analisa.

³⁰ JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no Direito Público Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, volume especial, p. 63-92, 2018.

³¹ Id.

³² CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, 2017.

Como suporte metodológico, o estudo utilizará o método dedutivo de abordagem, vislumbrando como premissa maior os problemas e os efeitos negativos decorrentes de um controle judicial intenso sobre as escolhas públicas feitas pela Administração. Quanto à premissa menor, será apresentada a conceituação e a caracterização dos modelos de deferência produzidos pela jurisprudência norte-americana, em especial a doutrina *Chevron*. Depois dessas duas análises, será proposta uma conclusão acerca da capacidade de os artigos 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro produzirem um parâmetro de deferência ao controle exercido pelo Poder Judiciário. O constructo proposto utilizará como técnica de pesquisa o procedimento de revisão bibliográfica, buscando informações em fontes secundárias (livros, artigos científicos, teses e dissertações, periódicos, jornais, revistas, entre outros documentos de interesse), na legislação (constitucional e infraconstitucional) e em decisões judiciais que já se debruçaram sobre o tema.

Com a ideia de deferência definida como norte da investigação, o problema desta pesquisa objetiva responder à seguinte pergunta: a interpretação conjunta dos enunciados normativos constantes nos artigos 20 (a revisão dos atos administrativos deverá “considerar as consequências práticas da decisão”), 21 (condicionamento da decisão de invalidação à indicação expressa das “suas consequências jurídicas e administrativas”) e 22 (o controle de atos administrativos deverá considerar “obstáculos e dificuldades reais do gestor”) da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pode caracterizar uma cláusula geral de deferência judicial às escolhas realizadas pela Administração?

Inicialmente, flerta-se com a possibilidade de se responder positivamente ao questionamento apresentado, porém a resposta definitiva só poderá ser oferecida com o transcurso da investigação, que se estrutura em três capítulos.

O primeiro capítulo inicia com um apanhado histórico acerca da evolução do controle judicial da Administração Pública no Brasil. Na sequência, apresenta os dois principais fatores responsáveis por fundamentar a intensidade do atual controle judicial, finalizando com a exposição das consequências produzidas por uma atividade controladora tão apertada.

O segundo capítulo aborda as teorias de deferências decorrentes da produção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, dando especial ênfase ao caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) devido ao seu mérito em alcançar uma precisão formal no estabelecimento de um comando deferencial.

O terceiro e último capítulo cuida dos elementos normativos recentemente acrescentados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigos 20, 21 e 22), promovendo inicialmente um exame de cada um desses elementos para, depois, analisá-los de forma conjunta, a fim de testar a hipótese proposta: a interpretação conjunta dos enunciados legais citados produziria uma norma chamada de “cláusula geral de deferência”.

1 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

1.1 DO CONTROLE RESTRITO AO CONTROLE INTENSO: A EROSÃO DOS CRITÉRIOS DE LEGALIDADE E DE SEPARAÇÃO DE PODERES COMO BALIZAS DO CONTROLE JUDICIAL

1.1.1 Considerações iniciais

Abre-se este estudo visando estabelecer um diagnóstico de como se chegou ao atual período da história, um momento em que o Poder Judiciário, diante de casos típicos de escolhas públicas, algumas vezes, extravasa sem cerimônia os limites de sua competência e passa a pronunciar e a impor suas decisões à Administração Pública.

Neste capítulo inicial será apresentada a evolução do controle judicial da Administração Pública e o objetivo principal é expor as bases teóricas usadas pelo Poder Judiciário para avançar sobre a atividade administrativa e identificar os problemas ocasionados por uma intensa atuação controladora.

Mesmo sabendo que a história não se compõe de eventos desencadeados de maneira linear e unidirecional, é necessário apresentar um apanhado retrospectivo, essencial para se aferir um diagnóstico do presente, facilitando assim a compreensão das disfunções administrativas que serão exploradas nas seções posteriores.³³

1.1.2 O “passado” do controle judicial da Administração Pública

Eduardo Jordão³⁴ dividiu em três fases a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil: a) a primeira, que chamou de “passado”, tem início nas primeiras décadas do século XX e vai até a promulgação da Constituição Federal de 1988; b) a segunda, denominada

³³ Para essa tarefa retrospectiva, tomar-se-á de empréstimo o estudo produzido por Eduardo Jordão sobre a segmentação dos períodos históricos e os marcos temporais por ele utilizados (Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. *In*: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022).

³⁴ Id.

de “presente”, começa no marco final do “passado” e vai até os “dias atuais” (2017); e, por fim, c) o “futuro”, seria considerado o retrato de uma possível mudança na forma de controlar.

A segmentação proposta por Eduardo Jordão³⁵ baseia-se em características que não diferem muito de uma análise mais abrangente da evolução do próprio direito administrativo ao longo da história do país.

Nesta pesquisa, não interessa realizar uma análise pormenorizada da história do direito administrativo no Brasil, no entanto há traços comuns dessa cronologia que são compartilhados com a evolução do controle judicial da Administração. Em razão da comunhão de identidades, algumas características do desenvolvimento do direito administrativo serão analisadas pela ótica do controle judicial.

A presente análise histórica se inicia um pouco antes do termo inicial escolhido por Eduardo Jordão, compreendendo o período monárquico.

A primeira fase do controle judicial da Administração Pública no Brasil, denominada como “passado”, tem como marco inicial o Período Monárquico e como termo final a promulgação da Constituição Federal de 1988³⁶.

No Brasil, o “passado” do controle judicial é contemporâneo do próprio direito administrativo, quando aqui aportaram os valores propagados pela Revolução Francesa. Os poucos estudiosos do assunto se puseram a empreender o trabalho de adequar a doutrina francesa às peculiaridades locais.

A ideia-base revolucionária era o estabelecimento de um Estado de Direito³⁷, onde o poder da Administração Pública (representada pelo monarca) estaria limitado pela lei formal originária do Poder Legislativo, evitando assim abusos indevidos à esfera individual (liberdades e patrimônio).

O Estado de Direito demandou um empenho teórico para dar suporte a interesses individuais. À época, predominava o entendimento de que o indivíduo, singularmente

³⁵ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**.

³⁶ Id.

³⁷ “A inauguração do Estado de Direito dá-se com submissão da atividade administrativa à lei, entendida como a forma perfeita da expressão da vontade geral principal ferramenta para pôr freio à ingerência do poder executivo.” NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas**. Perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 68.

considerado, “ao perseguir seus próprios interesses e não os de um governo absoluto, estaria, de modo oblíquo, perseguindo os interesses da própria coletividade”³⁸.

O indivíduo somente poderia buscar os próprios interesses se a atuação da Administração Pública não o atrapalhasse, ou seja, esta deveria permanecer “condicionada”, autorizada somente a se movimentar “no interior de um quadro traçado pelo Poder Legislativo”³⁹.

O Estado de Direito se caracterizava também por impedir que a vontade ocasional do governante incidisse na relação Administração Pública/cidadão; a preferência era dada apenas à incidência da lei. Essa característica já vislumbrava o princípio da legalidade, que atuava diretamente sobre a vontade da Administração. A lei estabelecia somente aquilo que a Administração poderia fazer; tudo que lhe fosse contrário estaria vedado.⁴⁰

A submissão da Administração Pública à lei formal emanada do Poder Legislativo encerra duas ideias estruturantes do direito administrativo: a separação de poderes e o princípio da legalidade.⁴¹

Do princípio da legalidade emanava o entendimento de que o administrador público estava, em toda a sua atuação funcional, “sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem-comum”⁴². O gestor não poderia afastar-se ou desviar da previsão da lei, “sob pena de praticar ato inválido [...]”⁴³. Portanto, a Administração não era dotada de liberdade nem de vontade pessoal.⁴⁴

O direito administrativo floresceu nesse contexto histórico e se desenvolveu para “balizar os poderes da Administração em relação ao indivíduo singularmente considerado, cujos interesses particulares deveriam ser reconhecidos e protegidos no atuar administrativo”⁴⁵.

Controlar a Administração tendo a lei formal como parâmetro era a forma de efetivação prática do Estado de Direito.

No Período Imperial não se podia falar em existência de um genuíno controle judicial da Administração Pública porque a Constituição de 1824 não criou um Poder Judiciário independente. A tarefa de interpretação das leis foi absorvida pelo Poder Moderador do

³⁸ NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas**. Perspectiva constitucional brasileira, p. 33.

³⁹ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Escritos de Direito Público**. Lisboa: Almedina, 2019. v. I. p. 34.

⁴⁰ NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas**. Perspectiva constitucional brasileira, p. 77.

⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e a sua superação. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 7. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 70.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 51.

Imperador (artigo 98)⁴⁶ e as questões envolvendo litígios contra o Estado foram conferidas a um contencioso administrativo, a cargo do Poder Executivo.

Antônio Joaquim Ribas⁴⁷, autor da primeira obra brasileira de direito administrativo, apontava que a função de decidir litígios contra a Administração Pública era uma das atribuições do Poder Executivo.

Os litígios contra a Administração Pública eram conhecidos por dois órgãos do Poder Executivo: a) havia o “Tribunal do Tesouro”, que decidia as questões fazendárias; e b) o “Conselho de Estado”, que elaborava “pareceres ou consultas sobre o que o Imperador decidira definitivamente”⁴⁸.

O Conselho de Estado, estruturado a partir do Decreto n. 124/1842, tinha competência para conhecer e “julgar” questões de ordem administrativa, estabelecendo-se como contencioso administrativo nos moldes de seu congêneres francês.⁴⁹

Apesar de o Conselho de Estado “julgar” os litígios propostos em face da Administração Pública, sua decisão não passava de uma resposta a consultas não obrigatórias realizadas pelo Imperador; não tinham a marca da definitividade (coisa julgada material), que somente existe quando há um Poder Judiciário independente.⁵⁰

⁴⁶ “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”. BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, DF, 25 mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

⁴⁷ “O Poder Executivo divide-se em governamental, administrativo e judiciário, segundo a esfera dentro da qual atua.” RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Noções preliminares.

⁴⁸ FÉZÁS VITAL, Domingos. **Garantias jurisdicionais da legalidade da Administração Pública**: França, Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Itália, Suíça, Espanha e Brasil. Coimbra; Editora da Universidade de Coimbra, 1938. p. 166.

⁴⁹ “[...] a partir do Regulamento n. 124 de 05 de fevereiro de 1842, houve efetivamente duas ordens jurisdicionais no período do Segundo Reinado do Brasil: uma no âmbito do Poder Executivo (ordem administrativa) e outra no âmbito do Poder Judicial, caracterizando o país como um sistema de jurisdição dúplice. E que, pelo menos, no nível da função contenciosa exercida pelas seções do Conselho de Estado – além, é claro, daquela de assessoria do Poder Moderador –, havia certa independência dos conselheiros com relação aos Ministros que representavam o Governo”. MELLO, José Correa. **O Conselho de Estado e a Justiça Administrativa**: uma análise do contencioso administrativo do Brasil-Império. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 91.

⁵⁰ O Visconde do Uruguai afastava o caráter judicante do Conselho de Estado: “Sendo, como é, meramente consultivo, por isso e por outras razões, prepondera mais nele o caráter de conselho, de instrumento, do que o de tribunal.”. CARVALHO, José Murilo de. **Paulino José Soares de Sousa, Visconde do Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 219.

Não obstante a ausência de natureza jurisdicional e a desnecessidade da ativação do Conselho de Estado, Christian Edward Cyril Lynch⁵¹ ao historiar o funcionamento desse órgão monárquico ressaltou a sua serventia prática como “tribunal administrativo” e que o prestígio adquirido pela instituição fazia dela um “tribunal” extremamente atuante na decisão de questões de ordem administrativa.

Os historiadores reconhecem a importância que o Conselho de Estado teve na moldagem do controle da Administração Pública no Estado de Direito brasileiro, funcionando como “instância superior” de revisão de atos de autoridade, principalmente na Seção de “Justiça”⁵². Essa é a conclusão alcançada em estudo produzido por Maria Fernanda Vieira Martins⁵³, professora do curso de História da Universidade Federal de Juiz de Fora:

A Seção de Justiça poderia ser considerada a verdadeira responsável pela construção de uma unidade administrativa e jurídica no país. Funcionando, na prática, como uma instância superior, fixou os limites legais, definiu a compreensão da legislação, reformou-a quando julgou necessário, propôs novas leis e regulamentações. A Seção também serviu como árbitro em questões jurídico-administrativas que frequentemente opunham as autoridades centrais às provinciais ou, como parecia mais comum, na administração dos conflitos entre as próprias autoridades provinciais. Tal atuação mostrou-se fundamental no que se referiu aos frequentes impasses que envolveram o Legislativo, Judiciário e Executivo regionais diante da disputa permanente de poder, ao menos em meados do século, quando era maior a resistência de antigos poderes locais à influência reguladora e centralizadora dos presidentes de província e chefes de polícia nomeados pelo governo central. Juntamente com a Seção do Império, procurou fixar as atribuições dos cargos e autoridades provinciais e municipais, muitas vezes chocando-se frontalmente com os antigos Tribunais de Relação, onde se encastelavam os magistrados representantes dos poderes locais.

O Conselho de Estado exercia um verdadeiro controle de legalidade e de discricionariedade ao fixar os limites da lei e definir a sua correta interpretação. Além disso, desempenhava uma função de controle de constitucionalidade⁵⁴ quanto à legislação das províncias e exercia esse controle da maneira prévia no processo legislativo do Império.

⁵¹ LYNCH, Christian Edward Cyril. A ideia de um Conselho de Estado brasileiro. Uma abordagem histórico-constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 164, p. 45-63, 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/939>. Acesso em: 4 abr. 2022.

⁵² Eram quatro seções: Justiça e Estrangeiros, Fazenda, Guerra e Império (artigo 1º do Decreto n. 124, de 5 de fevereiro de 1842).

⁵³ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista TOPOI**, Rio de Janeiro, n. 12, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/34vWKF8vSdk78sjwHLGqVnq/?lang=pt>. Acesso em: 8 mar. 2022.

⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos**. O Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160-161.

A menção, neste estudo, ao Conselho de Estado como órgão controlador da Administração objetiva evidenciar que, apesar da ausência de uma separação de poderes, exercia-se um controle sem levar em consideração a imunidade dos atos discricionários⁵⁵, permitindo a investigação dos motivos que fundamentaram as escolhas administrativas.⁵⁶

Com o advento da Primeira República, o país se desfez do Poder Moderador e do Conselho de Estado. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1981 criou um Poder Judiciário independente, com seus membros dispendo de garantias para o desempenho de suas funções, como irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, atribuindo-lhes “o exercício da delicada função de dirimir as contendas que a atividade administrativa provoque entre os direitos e os próprios interesses individuais e o livre exercício das múltiplas e complexas funções do Estado”⁵⁷.

Do ponto de vista legal, o controle da Administração Pública foi objeto de regulação por intermédio da Lei n. 221/1984⁵⁸, que expressamente positivou a imunidade do controle judicial dos atos discricionários.

Artigo 13. Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

[...]

§ 9º Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

- a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade;
- b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.

⁵⁵ Esse é o entendimento de Marcos Augusto Perez: “[...] no período monárquico, o sistema brasileiro de jurisdição administrativa não refutava a possibilidade de revisão dos atos discricionários [...]”. (**Testes de legalidade**. Métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 101).

⁵⁶ É importante ressaltar que havia discordância doutrinária acerca da capacidade do Conselho de Estado. Apesar da estrutura e das permissões de controle, Augusto Olympio Viveiros de Castro criticava o sistema imperial de controle porque ele nunca fora devidamente organizado e, ainda, porque os dois “tribunais” não se ocupavam da tarefa de proferir efetivamente “julgamentos administrativos”, destinando-se mais a elaborar regulamentos e pareceres em consultas (**Tratado de ciência da administração e direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1912. p. 595, 597).

⁵⁷ REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas Villas-Boas, 1923. p. 133-134.

⁵⁸ Segundo informação obtida no sítio eletrônico da Câmara Federal, a Lei n. 221/1984 ainda não foi expressamente revogada.

Por via de legislação, denotando uma reversão ao entendimento do Período Monárquico, instaurou-se no país a tese da imunidade jurisdicional do controle da discricionariedade.⁵⁹

A Lei n. 221/1894, fruto do Projeto de Lei n. 47/1891 do Senado Federal, de autoria do Senador Campos Salles, em sua versão original não previa restrições ao controle judicial da Administração. Segundo o relato de Marcos Perez⁶⁰, a redação final do artigo 13, §9º, da Lei n. 221/1894 resultou de uma emenda ao Projeto de Lei n. 47/1891, apresentada pelo Senador Amaro Cavalcanti.

Ainda, por força da mesma Lei n. 221/1894, o controle judicial estava impedido de avançar sobre o “merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade”, podendo apenas conhecer as ações que tivessem como fundamento a incompetência da autoridade administrativa ou aquelas em que se alegasse excesso de poder. De maneira bem expressa, formalmente, reconheceu-se à Administração um poder discricionário, autorizando-a a atuar nos espaços de liberdade deixados pela lei.

Preservar o mérito administrativo da inspeção judicial era uma medida legal fundada no princípio da separação de poderes, o que conferia à Administração uma atuação de natureza política.

A necessidade de vetar o ingresso do Poder Judiciário na análise do mérito administrativo encontrava justificativa no fato de haver, à época, uma diferença quanto ao sentido de vinculação à legalidade. Aos juízes era atribuída a função de aplicar a lei ao caso concreto (princípio da legalidade). Já a Administração detinha um “papel bem mais amplo e variado, de realizar os diversos fins públicos materiais, dentro dos limites da lei”⁶¹. Por ter uma competência

⁵⁹ E esse entendimento, apesar de minoritário, ainda tem seus entusiastas. Em caso de demissão de servidor público, o Superior Tribunal de Justiça negou-se a examinar o “mérito” da decisão administrativa, fundamentando que “no controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade, de maneira que se mostra inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar para adotar conclusão diversa da fixada pela autoridade administrativa competente”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1731056**. Relator Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 16 ago. 2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 4 abr. 2022.

⁶⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**. Métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, p. 101.

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138.

mais alargada, a Administração “estaria legitimada a um maior âmbito de liberdade decisória na realização do interesse público, enquanto ao Judiciário falecia esse lastro de legitimidade”⁶².

Além da previsão legal vetando a invasão ao mérito administrativo, a excessiva descentralização, a falta de estrutura orgânica e a existência de um sistema político organizado sob a forma de um “coronelismo”⁶³ impossibilitaram ao Poder Judiciário o exercício de um controle mais efetivo (no aspecto discricionariedade) dos atos da Administração Pública.⁶⁴

Nesse período histórico, marcado por um regime oligárquico e de viés autoritário, a discricionariedade administrativa era vista como autorização para a Administração fazer não só o que a lei a autorizasse, mas também tudo aquilo que ela não vedasse. O princípio da legalidade que balizava a atividade administrativa tinha feição de “vinculação negativa à lei”⁶⁵.

Realçando esse ativismo administrativo decorrente de uma legalidade mais esgarçada, em 1914, Alcidez Cruz⁶⁶, professor da então Faculdade Livre de Porto Alegre, já criticava a falta de importância que a Constituição da época conferia à Administração, que estava circunscrita “à acanhada tarefa de simples executor da vontade do poder legislativo”⁶⁷. Atento à realidade vivida, descrevia que a Administração Pública detinha competência para produzir medidas que, mesmo “fora da execução de leis”, parecessem “conformes com o interesse público”⁶⁸, reconhecendo-lhe o poder de praticar atos não previstos na lei, desde que não estivessem expressamente proibidos.

Apostando no gigantismo da Administração, Alcidez Cruz restringia o controle judicial apenas aos atos administrativos com defeito de competência ou forma, porém, ainda sim, limitados aos casos que violassem “direitos civis ou políticos”⁶⁹.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 138.

⁶³ CASTRO, Tatiana de Souza; SÁ PINTO, Surama Conde. O Poder Judiciário na Primeira República: revisitando algumas questões. **Revista de História Locus**, Juiz de Fora, UFJF, v. 25, p. 37-58, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/28711>. Acesso em: 4 abr. 2022.

⁶⁴ Ruy Barbosa expôs a realidade do Poder Judiciário à época: “Entregue ao arbítrio dos poderes locais a magistratura baixou, moral e profissionalmente, porque os magistrados estaduais não têm horizonte. As suas funções mal retribuídas, a sua carreira confinada, a sua estabilidade precária excluem, em geral, do seu quadro, as melhores capacidades. Moralmente, porque, abandonada aos interesses da Província, às suas revoluções, às intolerâncias dos seus partidos, a magistratura local tem de acabar resignada ao papel de instrumento político e vegetar nessa condição desmoralizadora.” (**Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 314. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1033>. Acesso em: 4 abr. 2022).

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 138-139.

⁶⁶ CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves e Cia, 1914. p. 41.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed., p. 39.

Com um Judiciário debilitado pelo esvaziamento de poder e de estrutura⁷⁰, não havia um controle expressivo da atividade da Administração, o que levou historiadores do direito administrativo a caracterizá-lo como um instrumento facilitador do caráter intervencionista do Estado⁷¹, marcado principalmente por reformas urbanas e sanitárias.

As características do direito administrativo nesse período histórico se resumiam à discricionariedade, vista como um poder político, e à fragilidade do Poder Judiciário, que impedia a realização de um controle mais efetivo. Além disso, o princípio da legalidade era interpretado de forma restritiva, reconhecendo-se à Administração a possibilidade de fazer o que a lei autorizasse e também o que ela não vedasse de maneira taxativa.

Reconhece-se que na Primeira República o controle experimentou certo retrocesso em relação ao Período do Império. Se o Conselho de Estado não era um órgão judicial, na prática exercia uma atividade controladora da discricionariedade administrativa.

Durante a Era Vargas (1930-1945), com as Constituições Federais dos anos 1934 e 1937, nada foi alterado quanto ao cenário legislativo e jurisprudencial de retração do controle judicial da Administração. No aspecto prático, o período do governo varguista foi marcado por uma afirmação da autoridade da Administração e por um direito administrativo construído para legitimar a intervenção do Estado no domínio econômico-social.

Para Demian Guedes, a preocupação desse período histórico passa longe da ideia de limitação do poder. O direito público seguiria a tradição da Primeira República, quando fora

⁷⁰ “Há consenso a respeito do controle oligárquico do Poder Judiciário nos estados durante a Primeira República. Victor Nunes Leal (1975, p. 201-210) mostra como a inexistência de garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos dos juizes estaduais era parte do compromisso coronelista. Uma larga esfera de poderes era (formal ou informalmente) atribuída a juizes leigos ou temporários (juizes de paz, juizes municipais, substitutos e jurados), que não tinham nem formação profissional nem a liberdade pessoal para o exercício das funções judiciárias. Os juizes de direito, que eram bacharéis em direito e vitalícios, eram controlados pela intimidação e pelo favorecimento. Assim, as debilidades da organização judiciária e policial resultavam não só da pobreza, do isolamento e da falta de recursos do país, como também do interesse das situações políticas estaduais.” KOERNER, Andrei. O Judiciário no sistema político da Primeira república. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 58-69, 1994. Disponível em: google.scholar.com.br. Acesso em: 5 abr. 2022.

⁷¹ “Isso conduz a um direito administrativo concebido essencialmente como instrumento de exercício das prerrogativas estatais sobre os particulares em seu trabalho de reorganização da vida em sociedade.” GUANDALINI JÚNIOR, Walter; TEIXEIRA, Livia Solana Pfuetszenreiter de Lima. Um direito administrativo de transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930). **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, PUC-Rio, v. 58, p. 422-459, 2021. No mesmo sentido: SEELANEDER, Airton. **O direito administrativo e a expansão do estado na Primeira República**: notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil, 2021. Disponível em: www.researchgate.net/. Acesso em: 5 abr. 2022.

reforçada a concentração de poderes no Poder Executivo e o Judiciário mantido sem independência.⁷²

Em 1938, foi criado o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) e a intenção era dotar a Administração Pública de uma burocracia profissional, visando diminuir os efeitos do patrimonialismo impregnado na sua estrutura⁷³. Ao fim e ao cabo, a nova arquitetura burocrática serviu apenas como “instrumento de sustentação de poder ditatorial de governo”⁷⁴.

Não obstante a consagração do autoritarismo como forma de administrar a coisa pública, a doutrina do direito administrativo, por sua vez, deu início à evolução de um pensamento de contenção do poder.

As obras de José Mattos de Vasconcellos (Direito Administrativo Brasileiro, 1936) e de Themístocles Brandão Cavalcanti (Instituições de Direito Administrativo, 1936) vão dar a largada do movimento de consolidação da especialidade do direito administrativo, a partir da análise do ato administrativo e das prerrogativas e poderes da Administração.⁷⁵

Os autores mencionados inauguraram o que Eduardo Jordão⁷⁶ chamou de “compreensão microscópica do ato administrativo”. Apoiados na doutrina francesa decorrente da produção decisória do Conselho de Estado passaram a decompor o ato administrativo em elementos (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), dando ensejo a um exame analítico do ato praticado pela Administração.

Essa nova ferramenta teórica abriu caminho para a elaboração de novas técnicas de controle judicial da Administração, indo além das questões de competência e de formalidade.

A investigação microscópica da anatomia do ato administrativo permitiria, segundo Eduardo Jordão⁷⁷, uma posterior análise “patológica”: a constatação de defeitos nos elementos do ato administrativo ensejaria a possibilidade de se controlar judicialmente a atuação da Administração.

⁷² GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil**. Tradição, transição e processo administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 72.

⁷³ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51.

⁷⁶ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**, p. 23-39.

⁷⁷ *Id.*

Seabra Fagundes⁷⁸ noticiou que a partir da segunda metade da década de 1930, com José Mattos de Vasconcellos (1939), Tito Prates da Fonseca (1939), Castro Nunes (1937) e José Guimarães (1938), a doutrina vinha manifestando a viabilidade de controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública.

Themístocles Brandão Cavalcanti refutaria essa ideia de controle judicial em sua primeira obra de 1936 (Instituições de Direito Administrativo), mas passou a admiti-la na primeira edição de seu Tratado de Direito Administrativo, em 1942.⁷⁹

Apesar do esforço doutrinário, em duas oportunidades, uma 1941 e outra em 1945, o Supremo Tribunal Federal (STF) manteve intactas as opções realizadas pela Administração Pública.

Em 16 de setembro de 1941, a Segunda Turma da Suprema Corte, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 9.949/SP⁸⁰, preferiu não intervir em pleito para majoração de proventos de aposentadoria de um juiz federal que havia sido penalizado por participar do movimento revolucionário de 9 de julho de 1932. O Ministro Orosimbo Nonato destacou em seu voto que se tratava de ato discricionário e, por isso, não estava a merecer qualquer censura do Poder Judiciário.

Anos depois, em 28 de maio de 1945, a Primeira Turma, em voto do Relator Ministro Castro Nunes, no Agravo de Instrumento n. 12.210⁸¹, firmou ser “insuscetível de apreciação judiciária” um ato de reforma de militar porque se tratava de atuação de “conveniência ou oportunidade da reforma ou aposentadoria fundada no art. 177 da Constituição de 1937”.

Com o fim da Era Vargas veio o Período de 1946-1964, que apesar de ser chamado de “democrático”, segundo Seabra Fagundes⁸², ressentia-se dos “altos e baixos, as incoerências, as insinceridades, as ousadias, os ardis de cerca de vinte e cinco anos de deplorável clima político”, que geravam deformações e crises nas instituições político-constitucionais, marcadas que estavam pela atuação “sem-cerimônia” da ditadura antecedente.

⁷⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed., p. 120.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 9.949**, Segunda Turma. Relator Ministro José Linhares. Brasília, DF, 16 dez 1941. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac12680/false>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 12.210**, Primeira Turma. Relator Ministro Castro Nunes. Brasília, DF, 28 maio 1945. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac16688/false>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁸² FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 87–109, 1956.

Seria com o próprio Seabra Fagundes, quando desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que o acanhamento judicial com a discricionariedade administrativa mudaria de norte.

Mais tarde, designado relator da Apelação Cível n. 1.422, de 28 de julho de 1948⁸³, Seabra Fagundes inauguraria um novo fundamento jurídico, o qual franquearia ao Judiciário reconhecer o seu poder de controlar os atos administrativos de natureza discricionária.

Neste ponto do estudo, faz-se necessário elaborar uma síntese do caso para facilitar a compreensão do avanço do controle judicial proporcionado pelo julgado.

Em 1948, uma empresa de transporte coletivo passou a receber interdições da autoridade de trânsito estadual para trafegar durante horários específicos. Na apuração dos fatos, constatou-se que a autoridade de trânsito assim procedeu para beneficiar uma empresa concorrente. A empresa lesada impetrou mandado de segurança e a defesa da Administração manifestou-se pela impossibilidade de conhecimento da questão por se tratar de típico exercício de poder discricionário.

Mesmo sem deixar de reconhecer que se tratava de competência discricionária, Seabra Fagundes afirmou a possibilidade de revisão daquele ato, pois os fatos e as provas apresentados demonstravam um “desvio de poder”: a autoridade de trânsito utilizara da competência que lhe fora conferida para obter um fim alheio ao fixado pela legislação.⁸⁴

O exercício da função ou cargo de qualquer autoridade não pode e nem deve ser exercido arbitrariamente, ultrapassando os preceitos legais que lhes cumpre obedecer. Por conseguinte, quando a autoridade entende agir daquele modo, cabe à Justiça lhe corrigir os desmandos e amparar aqueles que forem atingidos pela violência, pela arbitrariedade. É justamente o que acontece na espécie dos autos. [...] O interesse público deve prevalecer acima de qualquer outro; e o interesse particular deve ser atendido desde que não cause prejuízo a terceiros e nem se contraponha aos preceitos legais. O direito da impetrante é, pois, líquido e certo, por se tratar de ato de comércio a praticar honestamente, sem ofensa à lei reguladora do seu exercício.

A ideia do “desvio de poder” se deveu à importação feita por Seabra Fagundes de uma decisão do Conselho de Estado de 1875, que permitia o controle da escolha discricionária quando o gestor público atuasse de modo a contrariar a finalidade do ato administrativo (interesse público).

⁸³ Pode ser lido no texto: LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, 1948.

⁸⁴ Id.

A partir do *leading case* de Seabra Fagundes, rompeu-se o receio do Poder Judiciário de enfrentar questionamentos acerca de atos discricionários, iniciando uma fase de desenvolvimento da doutrina de controle judicial e de novas experiências jurisprudenciais. Com esse precedente, pode-se considerar que houve avanço no controle judicial da discricionariedade dos atos da Administração, mas o caminho percorrido foi tortuoso e encontrou resistências.

Victor Nunes Leal⁸⁵ foi um dos que inicialmente demonstraram resistência. Apesar de reconhecer o acerto da decisão, entendia que o Poder Judiciário continuava impedido de rever os atos administrativos praticados no exercício do poder discricionário porque o caso de Seabra Fagundes versava exclusivamente sobre uma ilegalidade, uma “ação arbitrária, violadora do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei e que equivalia a transformar a Administração Pública em instrumento de concorrência desleal”⁸⁶.

Para Isaac Kofi Medeiros, o efeito prático do precedente inaugurado por Seabra Fagundes foi possibilitar não somente a análise da competência do agente público emissor e a forma de veiculação do ato, mas também a verificação quanto ao objeto do ato, isto é, examinar se havia nele um “interesse público e não uma dissimulação de interesse privado, se as razões fático-jurídicas eram verdadeiras e idôneas, e se a finalidade se adequava àquilo buscado pela legislação”⁸⁷.

Apesar do controle judicial estar habilitado à investigação dos aspectos do ato administrativo discricionário, Seabra Fagundes fez questão de frisar que deveria haver deferência ao mérito do ato, entendido como o seu “sentido político”, considerado como a forma pela qual a Administração acomodaria o conflito entre o interesse público e o interesse privado num “juízo comparativo”. Isso corresponderia a uma atribuição exclusiva da Administração, que faria avaliações prévias amparada em critérios políticos e técnicos. A interferência judicial no mérito violaria o princípio da separação de poderes.⁸⁸

Com a chegada da Ditadura Militar (1964–1985), para evitar arbítrios, houve um empenho doutrinário para reforçar a legalidade estrita:

[...] não pode o administrador público ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegitimidade de seus atos. A submissão dos poderes

⁸⁵ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, 1948.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**, p. 86.

⁸⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed., p. 167-168.

administrativos ao império da legalidade é um dos aspectos predominantes do Estado de Direito, que repele a arbitrariedade e o despotismo⁸⁹.

Themístocles Brandão Cavalcanti também fez uso da legalidade estrita como escudo contra desvios da Administração Pública ao reconhecer que “o princípio da legalidade abrange todo o sistema de proteção de direitos, na medida em que a autoridade administrativa está subordinada à obediência às normas legais”⁹⁰.

A partir da década de 1980, a doutrina de incitamento ao exame do ato administrativo no que diz respeito à sua parcela de discricionariedade recomeça a evoluir com os escritos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹¹, mas agora embalado por um espírito benfazejo, objetivando a proteção de direitos em face de um Estado autoritário.

1.1.3 O “presente” do controle judicial da Administração Pública

A Constituição Federal de 1988 funciona como marco divisor entre o “passado” do controle judicial da Administração e o seu “presente”, valendo lembrar que Eduardo Jordão trata como “presente” o período que inicia com a promulgação da última Constituição e vai até “os dias atuais”⁹².

Até a chegada da atual Constituição Federal, o controle judicial da Administração teria como referência o princípio da separação dos poderes devido ao caráter político da discricionariedade administrativa, que representava uma escolha do gestor público realizada sob o prisma da oportunidade e da conveniência.

⁸⁹ PONTES, Valmir. **Programa de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973. p. 68.

⁹⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O princípio da legalidade e o desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 85, p. 01-07, 1966.

⁹¹ “Sucedem que, para chegar-se a tal conclusão, que deverá levar o juiz a abster-se de fulminar o ato ou, pelo contrário, a fazê-lo, é indispensável: a) que pleitos envolvendo hipóteses de ampla discricionariedade normativa sejam admitidos; b) que perante eles o Judiciário investigue amplamente os fatos e que não titubeie em controlar a legitimidade destes atos, coibindo-se de assumir - como muitas vezes tem ocorrido no Brasil - posição demasiado cautelosa pelo receio de invadir a esfera de discricionariedade administrativa.

Na verdade, se o objetivo central do Estado de direito é conferir real proteção aos administrados, efetiva tutela aos seus direitos, e se a maneira indeclinável de assegurá-los implica rigorosa submissão da Administração à lei, em sua letra e seu espírito, não há como recusar ao Poder Judiciário atribuição para diligente investigação e controle dos atos administrativos cuja prática possa ter significado ofensa aos direitos que se querem protegidos.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 152, p. 1-15, 1983.

⁹² O artigo “Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle da administração no Brasil” foi publicado a primeira vez na obra “O Direito Administrativo na Atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles”, datada de 2017.

Antonio Rodrigues do Nascimento⁹³, por sua vez, reconheceu que no período de transição para a democracia a doutrina propôs uma “despolíticação da atividade discricionária da Administração Pública”, com manuais e estudos monográficos abandonando o princípio da separação de poderes como referência para controle dos atos discricionários. Na sua avaliação, houve um “deslocamento epistêmico e metodológico”⁹⁴ do controle judicial da discricionariedade para o campo da teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica. O controle até então preocupado com a legalidade, a separação de poderes e seus consectários (autocontenção e deferência judicial) passaria por uma virada epistemológica para centralizar o fundamento da atividade controladora nos problemas decorrentes de como se interpretar indeterminações normativas (conceitos jurídicos indeterminados e princípios), como fazer ponderação e como aferir a incidência do princípio da proporcionalidade. Esse deslocamento do marco de referência do controle judicial dos atos discricionários tem origem na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello.⁹⁵

Em artigo publicado em 1967, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁶ apresenta o seu método, que consistia no reconhecimento do “direito administrativo como um sistema coerente e lógico”. Essa metodologia, designada de “regime jurídico-administrativo”, seria formada por dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; e b) indisponibilidade do interesse público.

Segundo Carlos Ari Sunfeld⁹⁷, a consagração da tese de Celso Antônio Bandeira de Mello ocorreria em 1980 com a obra “Elementos de Direito Administrativo”, a primeira a tratar o direito administrativo como um “direito dos administrados” e a propor a redução da discricionariedade a partir de limitações estabelecidas via princípios (supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público), ainda que não escritos, porém decorrentes de seu regime jurídico-administrativo.

⁹³ NASCIMENTO, Antonio Rodrigues. **Fundamentos do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade. Curitiba, Juruá, 2021. p. 80.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ MARQUES JÚNIOR, Floriano de Azevedo. **Do autoritarismo axiológico para o consensualismo pragmático**. 2020. (01h08m08s). Disponível em: <https://www.youtube.com>. Acesso em: 5 abr. 2022.

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, 1967.

⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., p. 52-53.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁸ exerceu grande influência no processo constituinte e resultou na positivação de uma grande quantidade de princípios na vigente Constituição Federal, em especial na parte dedicada à Administração Pública.⁹⁹

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o Estado Constitucional de Direito no Brasil, o que significa dizer que a lei e todos os demais atos de poder, para terem validade material, devem se adequar aos seus comandos.¹⁰⁰

O direito administrativo sofreu duas inflexões com o Estado Constitucional de Direito na medida em que: a) houve uma maior flexibilização do princípio da legalidade nas relações entre Administração e particulares, quando se conferiu à atividade administrativa um maior espaço de discricionariedade para possibilitar o cumprimento dos seus deveres estabelecidos na ordem constitucional em vigor. A Administração, por sua vez, passa a contar com uma “margem relativamente maior de liberdade para que sejam eleitos os meios adequados à satisfação dos interesses públicos definidos por lei”¹⁰¹; e b) como a Constituição passa a ser o fundamento de legitimidade de todo o ordenamento jurídico, as normas reguladoras da Administração Pública e seus princípios e valores serão aplicados diretamente ao caso concreto, tanto pela atividade administrativa quanto pelo Poder Judiciário. É o que Luís Roberto Barroso denominou de “Constitucionalização do Direito Administrativo”¹⁰².

Diante de tantos objetivos e deveres constitucionais a perseguir, o Poder Legislativo não conseguiu dar conta da missão de estabelecer previamente permissões e limites necessários à ação administrativa, o que levou a doutrina a propor a solução da “juridicidade”¹⁰³, uma mutação

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, 1967.

⁹⁹ Artigo 37. “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (redação original).”

¹⁰⁰ “O poder dos governantes que, em momento pretérito, para se qualificar como legítimo haveria de, exclusivamente, reportar-se a uma lei, qualquer que fosse seu conteúdo, agora há que, assim como a própria lei, reportar-se à Constituição, estatuto maior de todo o ordenamento, documento do qual se irradiam valores e princípios sobre toda a ordem jurídica; valores e princípios que tanto o operador do direito, quanto o cidadão comum e o administrador público não podem se furtar de observar, respeitar e aplicar.” NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas**. Perspectiva constitucional brasileira, p. 75.

¹⁰¹ Ibid., p. 80.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito administrativo e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁰³ “A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento

do conteúdo do princípio da legalidade administrativa para permitir à Administração atuar com fundamentos extraídos direto da Constituição, podendo, inclusive, evitar a incidência de lei ordinária no caso de entendê-la contrária à disposição constitucional.

Com uma Constituição figurando como fundamento de validade de todo o direito administrativo e com o seu conteúdo repleto de princípios de grande indeterminação normativa, não tardou para que o controle judicial elege-se a ideia de juridicidade como referência para o exercício de seu mister.

Os efeitos decorrentes do Estado Constitucional do Direito seriam condensados em uma teoria filosófica do direito que, segundo Susanna Pozzolo¹⁰⁴, visava “denominar certo modo antijuspositivista de aproximação do direito”: nascia o neoconstitucionalismo.

Nessa marcha, o direito administrativo sofreu os influxos do “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”, que, na síntese feita por Antonio Rodrigues do Nascimento¹⁰⁵, ocasionou as seguintes consequências no seu método de aplicação:

- 1) a conexão entre direito e moral;
- 2) a centralidade da distinção qualitativa entre princípios e regras para a interpretação e aplicação do direito;
- 3) a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais se irradia por todo o ordenamento jurídico;
- 4) a ponderação de princípios e valores constitucionais como método sucedâneo e oposto à subsunção na interpretação e aplicação do direito;
- 5) a primazia do Poder Judiciário em relação ao legislador e ao administrador na interpretação dos princípios e valores da Constituição, permitindo ao Poder Judiciário contrastar toda e qualquer decisão discricionária com base apenas em princípios explícitos, como a moralidade e eficiência, ou implícitos, como a proporcionalidade e razoabilidade.

Especificamente sobre o controle judicial, o neoconstitucionalismo servirá como instrumento teórico para vencer a última barreira à sindicância de todo ato administrativo, franqueando aos juízes a verificação do elemento objeto. O espaço de liberdade da Administração

direito na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).” BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 143.

¹⁰⁴ POZZOLO, Susanna. Anotações sobre a história do neoconstitucionalismo. Trad. Ana Letícia Salomão Riberio. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **Tratado de direito constitucional**. Constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v. 2.

¹⁰⁵ NASCIMENTO, Antonio Rodrigues. **Fundamentos do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade, p. 22.

será reduzido, pois mesmo que a lei lhe confira a opção de fazer escolhas, o controle estaria apto a capturar essa competência ante a justificativa de colisão com algum princípio constitucional.¹⁰⁶

Em obra datada de 1999, Germana de Oliveira Moares¹⁰⁷, analisando o histórico do controle judicial antes da Constituição Federal de 1988, constatou a existência de duas fases no seu processamento: “o controle [judicial] dos atos administrativos biparte-se em polos estanques e mutuamente excludentes de legalidade e de mérito, excluindo-se da apreciação do juiz o reexame do mérito administrativo, reservado, de modo geral, à própria administração.”

Adiante, escrevendo após o ano de promulgação da atual Constituição Federal (1988), a autora atualiza a sua visão bipartida do controle judicial do ato administrativo discricionário, mantendo a cisão em duas etapas: a primeira seria um “controle de legalidade”, destinado a investigar os elementos de competência, finalidade e forma; a segunda se destinaria a um “controle de juridicidade em sentido estrito” (controle de mérito), que se traduziria no “exame de compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do administrativo predominantemente discricionário com princípios jurídicos outros que não o da legalidade”¹⁰⁸.

A partir da segunda etapa, o Poder Judiciário estaria capacitado institucionalmente para entrar nos detalhes da escolha, tudo sob o rótulo de efetivação dos princípios e dos valores constitucionais.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Enrique Ricardo Lewandowski, em artigo acadêmico, revela a autopercepção de capacidade de um Poder Judiciário que “passou a tirar consequências práticas dos princípios constitucionais”¹⁰⁹. Essa manipulação hermenêutica permitiu “explorar a riqueza principiológica da Constituição”¹¹⁰, assumindo a primazia nas “questões que antes estavam reservadas aos demais poderes”¹¹¹. Esse fato, “evidentemente, aumentou muito o protagonismo do Poder Judiciário, levando muitos a imaginar que estaria sendo rompido o tradicional princípio da separação dos poderes”¹¹².

¹⁰⁶ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**, p. 23-39.

¹⁰⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 43.

¹⁰⁸ Ibid., p. 45.

¹⁰⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, 2009.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ Id.

¹¹² Id.

Das palavras do Ministro, que também tem posição privilegiada na academia¹¹³, infere-se a comprovação da substituição do princípio da separação de poderes como norte da atuação judicial em favor de uma retórica de princípios cuja finalidade seria dar efetividade aos direitos fundamentais, o que tornaria o Poder Judiciário o “grande protagonista do século XXI”¹¹⁴.

Embalada pelo neoconstitucionalismo e suas ferramentas teóricas, Lúcia Valle Figueiredo chegou a afirmar que o “ato administrativo, individual ou de caráter normativo, deve ser esmiuçado até o limite em que o próprio magistrado entenda ser o seu campo de atuação”¹¹⁵, evidenciando que diante da amplitude do marco teórico referencial do controle nenhuma decisão administrativa estaria imune ao exame judicial.

A dilatação desmedida do controle judicial respaldada pelo neoconstitucionalismo será analisada posteriormente neste estudo, quando se examinará se o aspecto supostamente virtuoso de efetivação dos direitos fundamentais tem o potencial de desvirtuação do controle da Administração, oportunizando uma substituição do processo de escolhas democráticas em direção ao Poder Judiciário.

1.1.4 O “futuro” do controle judicial da Administração Pública

De volta aos marcos históricos apresentados por Eduardo Jordão¹¹⁶, a parte referente ao “futuro” traduz um exercício de prognose que aposta as suas fichas no comedimento do controle, justificada pela exaustão do uso excessivo de uma retórica baseada em princípios e que gera um assenhoreamento da atividade de fazer escolhas públicas por parte do Poder Judiciário provocando fissuras no princípio da separação de poderes.

¹¹³ Enrique Ricardo Lewandowski pertence ao corpo docente da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, conforme informação disponibilizada no site da Universidade de São Paulo. (<http://pos-graduacao.direito.usp.br/orientadores/enrique-ricardo-lewandowski/>).

¹¹⁴ “Há, no entanto, outro fator importante, e este é um fator de uma mudança de cultura do Poder Judiciário como um todo. O Poder Judiciário navega na cultura do pós-positivismo, uma cultura em que o direito se aproxima cada vez mais da ética. O Judiciário supera a hermenêutica tradicional, que desvenda, que descobre o direito, a partir das regras jurídicas exclusivamente; ele passou a desvendar o direito a partir dos princípios, superando a visão ortodoxa que se tinha de que os princípios seriam meras normas programáticas, ou seja, um mero programa de ação dirigido ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário: são metas, se der pra atingir, se não der, paciência; agora, realmente entende-se que os princípios são normas constitucionais dotadas de eficácia e que devem ser realmente aplicadas pelos operadores do direito em suas várias especialidades.” Id.

¹¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 360.

¹¹⁶ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**, p. 23-39.

O “futuro” do controle judicial da Administração, objeto deste estudo, propõe-se a evidenciar os defeitos e investigar possíveis soluções ao controle intenso partindo de uma doutrina de deferência construída com o suporte de elementos normativos trazidos pelas inovações da Lei n. 13.665/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Considerando esse escopo, as próximas seções do presente capítulo serão dedicadas a examinar as causas de um controle judicial tão intenso e as consequências que acarreta ao funcionamento da Administração Pública.

1.2 CAUSAS DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O foco desta seção do estudo é trazer à tona as causas que motivaram o alargamento do controle judicial sobre a Administração Pública, levando-o a interferir diretamente nas escolhas públicas.

Sabe-se que a intensidade do controle judicial sobre os atos administrativos decorre de várias causas, no entanto, considerando o propósito desta dissertação, opta-se por explorar duas que contribuem para produzir um maior avanço do controle: a) a utilização da retórica dos princípios para justificar a capacidade institucional do Poder Judiciário de rever e substituir as decisões administrativas; e b) a identificação do controle como exercício de um poder hierárquico sobre a Administração.

1.2.1 O uso abusivo da retórica de princípios como forma de presunção de capacidade institucional do Poder Judiciário

Inicia-se com a apresentação de dois episódios recentes que exemplificam como o controle judicial faz uso da retórica de princípios para justificar a sua intensa atuação sobre a Administração.

a) Em outubro de 2021, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região determinou à Prefeitura Municipal de Porto Alegre/RS que padronizasse seus atestados médicos do Sistema Único de Saúde (SUS) para que neles fossem inseridas informações que facilitassem aos juízes

uma melhor compreensão dos fatos no momento da propositura de ações individuais reclamando concessão de remédios e tratamentos de saúde.¹¹⁷

Não há lei disciplinando a modelagem dos atestados médicos, porém o artigo 4º, inciso XIII, da Lei n. 12.842/2013¹¹⁸ considera a “atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas” como ato privativo do médico.

A atividade médica tem sua regulação exercida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), uma autarquia corporativa de natureza “*sui generis* de pessoa jurídica de direito público não estatal”¹¹⁹, que tem autonomia para regular a prática de atestação médica, tanto é assim que o fez por meio da Resolução CFM n. 1.658/2002¹²⁰.

¹¹⁷ A decisão do tribunal manteve as exigências da sentença: “Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, julgo procedente a demanda, para o fim de determinar ao Município de Porto Alegre, por meio da Secretaria Municipal da Saúde:

a) a padronizar os atendimentos em Postos de Saúde, nos quais os médicos que atendam pelo Sistema Único de Saúde estão sob Gestão Plena em matéria de Saúde do Município de Porto Alegre, e em todos Hospitais e demais Estabelecimentos nos quais os médicos credenciados ao Sistema Único de Saúde laboram e estão sob a Gestão Plena em matéria de Saúde do Município de Porto Alegre, atestado médico a ser preenchido pelo médico, durante o atendimento prestado pelo Sistema Único de Saúde, após diagnosticado(s) o(s) agravo(s) que justifica(m) a prescrição de medicamento(s) ou insumo(s) não constante(s) nas listas de fármacos fornecidos pelos entes públicos ou em desconformidade com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, contendo todos os seguintes itens:

- a) nome do paciente;
- b) o diagnóstico codificado da(s) patologia(s) do paciente (CID);
- c) nome(s) do medicamento(s) ou insumo(s) de acordo com a denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na falta dessa, a Denominação Comum Internacional (DCI);
- d) dose por unidade posológica (concentração) da medicação ou insumo;
- e) apresentação da medicação ou insumo (comprimido, cápsula, drágea, xarope, spray, etc.);
- f) posologia;
- g) duração do tratamento;
- h) informações sobre a urgência de início do tratamento;
- i) as consequências em caso de não aderir ao tratamento recomendado;
- j) informações sobre o uso de outras medicações, que devem ser especificadas, e se surtiram ou não o efeito desejado;
- l) a justificativa de prescrição de medicamento(s) ou insumo(s) não constante(s) nas listas de fármacos fornecidos pelos entes públicos ou em desconformidade com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, especificando se é mais eficaz e produz benefícios à saúde do paciente em relação ao fármaco disponível, se for o caso, na rede pública;

b) a determinar sejam preenchidos todos os itens acima previstos e constantes no atestado médico fornecido, de forma legível, escrito à tinta, datilografado ou digitado em computador e identificado mediante assinatura, carimbo e número de registro no Conselho Regional de Medicina.” BRASIL. Tribunal Regional da Quarta Região. Quarta Turma. **Apelação Cível n. 5017802-55.2016.4.04.7100**. Relator Desembargador Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 17 nov 2021. Disponível em: trf4.jus.br. Acesso em: 11 mar. 2022.

¹¹⁸ BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 12.842, de 10 de julho de 2013**. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 mar. 2022.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 367**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 8 set. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754375071>. Acesso em: 11 mar. 2022.

¹²⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.658, de 19 de dezembro de 2002**. Disponível em: www.legisweb.com.br/. Acesso em: 4 abr. 2022.

A decisão do Tribunal¹²¹ afastou essas considerações e com base no princípio da proteção à saúde (artigo 196 da Constituição Federal) entendeu existir no caso “atuação deficiente das autoridades públicas”. Ao reconhecer como sua a atribuição de dar plena efetividade ao direito à saúde, o mesmo tribunal escolheu a forma como a Administração deveria elaborar os atestados médicos.

b) Em 2002, a Administração Prisional do Estado de Santa Catarina instalou no Complexo Penal da Agronômica, em Florianópolis, uma ala para acolhimento de presos, construída a partir de contêineres.

Em 2015, mais de 13 anos depois, da implantação da ala de contêineres, o Ministério Público resolveu provocar o Poder Judiciário com o objetivo de fechar essa parte do presídio.¹²² Em decisão liminar¹²³, o juízo determinou o fechamento daquela parte do estabelecimento prisional ante a justificativa de violação a um vasto rol de princípios, a começar pela dignidade da pessoa humana.

A Procuradoria-Geral do Estado catarinense recorreu ao Tribunal de Justiça, que, antes de decidir, determinou a produção de uma nova avaliação pericial. O estudo reconheceu que não havia “superlotação [...], nem ofensa grave aos limites mínimos de sobrevivência. Ao contrário, do que se pode esperar de uma unidade prisional, o ambiente estava organizado e os presos externavam um aspecto saudável (tanto na limpeza quanto na saúde)”¹²⁴.

¹²¹ “1. A saúde é direito de todos e dever do Estado (artigo 196 da CRFB), incumbindo ao Poder Público garantir ao cidadão o acesso à assistência médica, farmacêutica e hospitalar, mediante a adoção de políticas públicas eficazes para a redução do risco das doenças e seus agravos. Em havendo omissão ou atuação deficiente das autoridades públicas competentes, caberá ao Judiciário, subsidiariamente, em face do conflito de interesses, deliberar sobre a existência, ou não, do direito a uma efetiva prestação na área da saúde.

2. A padronização de atestados médicos, emitidos por profissionais que atuam em postos de saúde, vinculados ao Sistema Único de Saúde, para fins de instrução judicial, é medida adequada para a concretização do direito à saúde, uma vez que a elaboração de laudo pormenorizado evitará que o cidadão protele o início de seu tratamento médico, agendando nova consulta, para obter documento indispensável à demonstração da necessidade de fornecimento de medicamento ou insumo não constante da lista de fármacos disponibilizados por entes públicos ou em desconformidade com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde.”

¹²² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Vara de Execuções Penais da Comarca de Florianópolis. Decisão liminar. **Ação de Interdição de Estabelecimento n. 0901576-66.2015.8.24.0023**. Florianópolis, SC, 2 set. 2015.

¹²³ “[...] tendo em conta que vivemos num Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é seu fundamento basilar (art. 1º, inc. III, CRFB/88), que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III, CRFB/88), assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inc. XLIX, CRFB/88) e não haverá penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, CRFB/88), é cristalino que a manutenção da prisão em contêineres viola aludidos dispositivos constitucionais.”

¹²⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Criminal. **Mandado de Segurança n. 2015.081625-8**. Relator Desembargador Rodrigo Collaço. Florianópolis, SC, 30 nov. 2015.

Analisando a situação fática, o Tribunal¹²⁵ ponderou que a decisão liminar não tinha feito uma análise das consequências práticas da escolha judicial e reconheceu que o fechamento ocasionaria problemas maiores, como: a) levar o mesmo problema a outro estabelecimento, que receberá o contingente deslocado sem prévio preparo estrutural e físico; e b) a interdição de uma unidade prisional deslocaria os seus internos para qualquer recanto do Estado, para onde, invariavelmente, suas famílias sofreriam para se deslocar. O Tribunal também afastou a alegação de violação ao princípio da dignidade humana, caracterizando-o apenas como uma ofensa “em tese”, vez que a avaliação pericial indicava uma realidade de atendimento à dignidade dos presos.

A questão foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹²⁶, onde, em 5 de novembro de 2021, pôs-se fim ao litígio. No julgamento, o STJ, destacando que a situação fática não se revelava afrontosa ao princípio da dignidade humana, observou expressamente que “não se pode decidir com base em valores abstratos sem enfrentar esses fatos. Do contrário, estar-se-ia substituindo a decisão do Administrador Público sem real motivação”.

O que os casos concretos mencionados têm em comum? Além de avançar sobre uma competência que não lhes pertence, as decisões se fundamentaram em princípios abertos (proteção à saúde e dignidade da pessoa humana): no primeiro exemplo, uma lei ordinária que atribuía competência a um órgão administrativo foi afastada; no segundo, uma situação fática não foi observada porque o controle judicial preferiu impor a sua escolha.

Saliente-se que no primeiro caso, o controle judicial desconsiderou a escolha da Administração para impor a sua opção de formatação de atestados médicos, que no fundo tinha o objetivo de facilitar o seu trabalho. No segundo caso, a Administração Prisional escolheu como cumprir o seu dever de tratar os presos com dignidade, no entanto, o juízo controlador, entendendo que o uso de contêineres seria indigno, impôs a sua opinião relativamente à maneira como os encarcerados deveriam ser tratados.

É bem verdade que não são todos os casos que o Poder Judiciário se comporta como interventor das atribuições da Administração, no entanto, exemplos como esses não são raros e a recentidade de ambos é prova de que o controle judicial das escolhas administrativas está a

¹²⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Criminal. **Mandado de Segurança n. 2015.081625-8**. Relator Desembargador Rodrigo Collaço. Florianópolis, SC, 30 nov. 2015.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n 1.626.583**. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 5 nov. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602446126&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 mar. 2022.

merecer, se não limitações, pelo menos um acréscimo de ônus justificatório para elevar o custo de sua intervenção.

Conforme apresentado na seção anterior, foi a partir da Constituição Federal de 1988, carregada de princípios de baixa densidade normativa e com o entusiástico apoio da doutrina, que uma “retórica de princípios” passou a ser utilizada pelo Poder Judiciário para expandir a sua competência sobre os demais poderes.

O surgimento de uma “retórica de princípios” não ocorreu como fenômeno isolado, que se autogerou, mas sim como consequência da alteração do marco filosófico do direito inaugurado pelo “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”¹²⁷⁻¹²⁸.

O novo “marco filosófico” teve como ponto de partida o constitucionalismo do Pós-Guerra na Europa Continental (em especial Alemanha e Itália). No Brasil, coube à Constituição Federal de 1988 inaugurar esse novo constitucionalismo.

Luís Prieto Sanchís¹²⁹ concebe o neoconstitucionalismo como uma junção das tradições constitucionais norte-americana e europeia: da primeira colheu a concepção de Constituição: a) como regra do jogo da competição política e social; b) como ideia de supremacia sobre as demais normas; e c) sua efetivação ficaria a cargo do Poder Judiciário; da segunda tradição agregou: a) a ideia de Constituição que encampa um programa normativo de transformação social e política; b) a Constituição vai além da mera organização do jogo da política e ao atuar diretamente sobre tal jogo impõe condicionamentos com maior ou menor detalhes acerca das decisões futuras sobre direitos econômicos e sociais.

A concepção neoconstitucionalista está embasada em uma “Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não compete ao legislador, mas sim aos juízes”¹³⁰.

O neoconstitucionalismo é tratado como “terceira via” transitando entre as concepções do jusnaturalismo e do positivismo, e que visa agregar direito, moral e política também na aplicação do direito e não só na sua elaboração.¹³¹

¹²⁷ Há várias abordagens teóricas acerca do “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”, porém, devido à análise desse tema de acordo com realidade brasileira, será utilizada neste estudo a doutrina de Luis Roberto Barroso.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 30.

¹²⁹ SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p. 125-126.

¹³⁰ “[...] una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, p. 127.

O novo modo de entender o direito revela três mudanças paradigmáticas que acabaram ocasionando o surgimento de ferramentas teóricas capazes de mudar a forma de aplicação do direito, especialmente pelo Poder Judiciário em sua atividade de controle da Administração Pública.

A primeira alteração considerada paradigmática é o reconhecimento da força normativa da Constituição, cujos dispositivos deixam de ser considerados como meras recomendações programáticas e passam a ostentar aplicabilidade direta e imediata, dispensando o uso de operação legislativa intermediária para produzirem seus efeitos. Essa mudança provocará a substituição do princípio da legalidade pela ideia de juridicidade como referencial de atuação da Administração e do controle judicial.

O segundo elemento de mudança é a expansão da jurisdição constitucional, que no Brasil será observado com a inauguração do controle concentrado pela Constituição Federal de 1988, que permitirá ao Supremo Tribunal Federal funcionar também como Corte Constitucional e conhecer diretamente de ações versando sobre questões de ordem política, social e moral que estão na atualidade do debate público.

Uma terceira mudança se caracterizará com o surgimento de uma nova técnica de interpretar o direito. Os métodos de interpretação tradicional (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) não serão suficientes para interpretar as normas constitucionais agora dotadas de ampla força normativa e alta indeterminação. Cria-se a interpretação constitucional como nova metodologia de hermenêutica.¹³²

Luís Roberto Barroso¹³³ confere ao tecnicismo da interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo a produção de três alterações teóricas na forma de pensar e de aplicar o direito.

A primeira mudança alude à “superação do formalismo jurídico”: a) o direito deixa de ser considerado como expressão da razão (“de uma justiça imanente”) e passa a ser considerado

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil, p. 31.

¹³² “[...] no universo da interpretação tradicional, era possível definir com precisão o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma deveria trazer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos. Os fatos lá estavam para serem enquadrados na norma, permitindo o silogismo que solucionava os problemas: a lei era a premissa maior; os fatos a premissa menor; a sentença a conclusão, o produto da subsunção dos fatos à norma. [...] A interpretação, portanto, era um ato de conhecimento e não de vontade”. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil, p. 34.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. 2012. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

como “interesses” que passam a ser dominantes em um dado momento histórico; b) afasta-se da ideia de que o direito seria aplicado, interpretado, como operação de encaixe perfeito dos fatos em uma “caixa” que representaria a norma (operação de subsunção). O direito não é capaz de produzir respostas prontas a uma grande quantidade de situações, o que levará o intérprete a buscar elementos externos à norma para decidir, legitimando sua decisão com base em “valores morais” e em “fins políticos legítimos”.

A segunda mudança se caracteriza pelo “advento de uma cultura jurídica pós-positivista”¹³⁴ que nasce da impossibilidade de buscar diretamente na norma posta soluções para os problemas jurídicos, abrindo espaço para o intérprete trazer outros conhecimentos que, no seu entendimento, colaborem para a busca da justiça do caso concreto.

A terceira mudança decorre da “ascensão do direito público e da centralidade da Constituição”¹³⁵. A partir do século XX, com a maior intervenção do Estado nos domínios econômicos e sociais, o direito público passa a avançar sobre setores que antes estavam sujeitos à regulação privada. Essa progressão atinge o seu ápice quando a Constituição se torna a centralidade do ordenamento jurídico, exigindo que toda interpretação do direito passe por ela, por seus princípios e valores.

Para que tivessem efeitos práticos, essas ideias filosóficas foram materializadas em princípios positivados na Constituição.

Os princípios estavam presentes há muito nos sistemas jurídicos¹³⁶, exercendo papéis variados, geralmente como norte “inspirador” da criação de novas organizações e leis. A novidade é que a partir do neoconstitucionalismo os princípios passam a ser dotados de normatividade, servindo como fonte primária do direito, aptos a regular diretamente o caso concreto.¹³⁷

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. 2012. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

¹³⁵ Id.

¹³⁶ Em 1926, Antônio de Sampaio Doria, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, manifestava sua opinião no sentido de ver os princípios constitucionais como “vigas mestras dos edifícios sociais e políticos”, como algo inicial, que dá fundamento. O citado autor traduzia os princípios como “normas gerais e fundamentais que inferem leis. E, em direito constitucional, princípios são as bases orgânicas do Estado, aquelas generalidades do direito público, que como naus da civilização devem sobrenadar as tempestades políticas e as paixões dos homens. Os princípios constitucionais da União brasileira são aqueles cânones sem os quais não existiria esta União tal qual suas características essenciais” (**Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Ltda, 1926. p. 17, 18).

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30.

O reconhecimento da carga normativa dos princípios produz substancial alteração na interpretação da Constituição, pois até o positivismo o sistema constitucional era composto de somente uma espécie normativa: as regras.

As regras, na lição de Luis Roberto Barroso, seriam “relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”¹³⁸. Se a situação fática se enquadra na moldura abstrata prevista na regra, esta incidirá pelo mecanismo da subsunção. Aplicam-se às regras o mecanismo do “tudo ou nada”. Havendo conflito entre duas regras, apenas uma incidirá e essa decisão se dará pelo critério da validade.¹³⁹

A nova espécie normativa dos princípios terá regramento completamente distinto das regras, o que exigiu a criação de uma “Teoria dos Princípios” tanto para a sua identificação como para definição de uma técnica de incidência no caso concreto.

Apesar de ser objeto de estudo de muitos doutrinadores, a “Teoria dos Princípios” deve grande parte de sua substância aos trabalhos de Ronald Dworkin¹⁴⁰ e aos complementos de Robert Alexy¹⁴¹.

A especialidade dos princípios decorre de duas características: o seu conteúdo normativo e a técnica utilizada na resolução de conflito entre princípios (ponderação).

Os princípios apresentam um conteúdo muito abstrato, ora expressam “decisões políticas fundamentais” (República, Estado Democrático de Direito, Federação); ora exprimem “valores” com forte conteúdo ético (dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, razoabilidade), ou, ainda, “fins públicos” a serem buscados (desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, pleno emprego).¹⁴²

Como o conteúdo dos princípios revela “estados ideais a serem buscados” é difícil estabelecer uma estrutura normativa capaz de objetivar a conduta a ser praticada para dar plena efetividade à norma.¹⁴³ Essa indefinição do conteúdo do princípio transfere poder ao intérprete para melhor avaliar a forma de dar cumprimento ao princípio.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil, p. 148.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

¹⁴³ Id.

A segunda singularidade dos princípios se refere à ponderação: uma técnica utilizada para evitar o choque entre princípios na resolução do caso concreto.

Como os princípios carregam alta carga valorativa e não possuem hierarquia entre eles, indicando um caminho para soluções diversas, em certos momentos até contraditórias, foi necessário um esforço doutrinário para formular uma técnica de resolução de conflitos normativos que fosse além da subsunção.

A técnica decisória da ponderação é um constructo teórico que possibilita assentar os princípios de modo a não negar validade a nenhum deles. No caso de alguns princípios se mostrarem conflitantes, dar-se-á prevalência a um deles para a resolução do caso concreto analisado.

A ponderação será realizada em três etapas¹⁴⁴: a) na primeira etapa, o intérprete selecionará as normas a serem utilizadas na resolução do caso concreto, evidenciando a possível contradição entre elas; b) em um segundo momento serão examinados os fatos e as circunstâncias do caso concreto, de modo a alinhá-los com as normas selecionadas na etapa anterior; c) a decisão específica virá na terceira etapa, quando os fatos e as normas serão analisados de forma conjunta visando apurar o peso de cada princípio em disputa.

Ao intérprete caberá encontrar o princípio que tem maior peso na solução do caso concreto. Depois de escolher o princípio de maior peso, para que não haja um resultado indesejável pelo sistema jurídico, a escolha deverá ser submetida ao teste do princípio de proporcionalidade.

A decisão do intérprete será testada tendo como parâmetros os três subprincípios da proporcionalidade. Nesse sentido, a decisão deverá ser considerada: a) adequada, quando for capaz de alcançar o resultado desejado; b) necessária, quando for percebida como o meio menos gravoso e mais eficaz para atingir o resultado; e c) proporcional em sentido estrito; quando a realização do princípio escolhido proporcionar ganho maior do que perda, em detrimento do princípio contraposto.¹⁴⁵

Os princípios, como se vê, possuem uma sistemática de aplicação qualitativamente distinta das regras, com um maior nível de abstração e com uma técnica argumentativa de solução de conflitos que sobrevaloriza o papel do intérprete.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil, p. 155.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 168.

Na produção literária de Luís Roberto Barroso, percebe-se uma crença de que a “teoria dos princípios” seria uma metodologia capaz de prover decisões judiciais racionais, afastando subjetivismos e insegurança jurídica.

Elival da Silva Ramos tece crítica enfática ao neoconstitucionalismo ao qualificá-lo como “modismo intelectual” e ao considerar o seu principal instrumento teórico (teoria dos princípios) como “moralismo jurídico” capaz de deixar as portas abertas para o subjetivismo de decisões judiciais, pois a ausência de contornos nítidos nas “normas-princípios” franquearia aos juízes o poder de concretizar a Constituição ao sabor de suas “preferências axiológicas”¹⁴⁶.

A crítica do autor pode ser considerada demasiada, apesar de ter fundamento em parte, pois se reconhece que a “teoria dos princípios” proporcionou avanços à contenção de práticas desviantes cometidas pela Administração Pública, tal como o nepotismo.¹⁴⁷⁻¹⁴⁸ Além disso, pode-se dizer que não há nenhuma usurpação de poder por parte do Judiciário ao decidir com base em princípios, considerando-se o fato de que foi o próprio constituinte originário quem elaborou um texto constitucional repleto de princípios que consagram a necessidade de implantação de políticas públicas. Nas palavras de Rogério Arantes, a Constituição Federal de 1988 seria uma “constituição policy-oriented”¹⁴⁹.

O Poder Legislativo também tem sua parcela de responsabilidade na utilização desmedida dos princípios, uma vez que diante da inviabilidade de obtenção de acordos concretos entre forças políticas opostas recorre à técnica de inserção na lei de “conceitos indeterminados”, recheados de expressões ambíguas, o que acaba transferindo para o Poder Judiciário a tarefa de descobrir o seu sentido e aplicá-los a cada caso.

A ausência de legislação mais específica é uma das dificuldades do regime democrático, que necessita acomodar diversas visões de mundo. A partir do momento em que se percebe a dificuldade de formar uma maioria parlamentar, inicia-se o trabalho de incorporar ao projeto de legislação expressões ambíguas para viabilizar acordos.

¹⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraivajus, 2015. p. 301.

¹⁴⁷ Aqui se entende o nepotismo como algo malfazejo, vício patrimonialista onde prepondera a mistura de interesses públicos com privados e que acompanha o país desde o seu tempo colonial.

¹⁴⁸ Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal. Apesar de questionável a decisão, por se tratar de caso julgado com forte fundamentação no princípio da moralidade da administrativa, em 04 de junho de 2010, a Administração Pública Federal vedou essa prática por meio do Decreto n. 7.203. O mesmo ocorreu no Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, com o Decreto n. 1.836, de 6 de novembro de 2008.

¹⁴⁹ ARANTES, Rogério B. STF e Constituição policy-oriented. **Revista Suprema – Estudos Constitucionais**, Brasília, STF, v. 1, p. 299-342, 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2022.

Nelson Jobim¹⁵⁰ entende que em um regime democrático a “ambiguidade” é o “preço” a ser pago pelo Poder Legislativo e a consequência é transformar o Judiciário em “legislador supletivo”, pois a ambiguidade gera várias opções interpretativas.

Apesar do custo de se transferir competência entre poderes, a dificuldade de concertação legislativa não é um mal da democracia, na verdade, faz parte dela.

Carlos Ari Sundfeld¹⁵¹ considera natural esse “preço” a pagar pois “seria ingênuo ver as indeterminações normativas (inclusive as extremas, que chamamos de “princípios”) como imperfeições do sistema. Na verdade, essas indeterminações normativas são necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade”¹⁵².

Assim, tanto os princípios positivados na Constituição Federal de 1988 como os “conceitos jurídicos indeterminados” contidos na legislação infraconstitucional padecem do mesmo problema: a utilização de linguagem ambígua que impede o intérprete de enxergar um norte normativo, o que, por consequência, acaba possibilitando uma escolha entre as várias opções interpretativas.¹⁵³

Fato é que a ampla liberdade de escolha entre várias vias interpretativas sem um mínimo de instrução legislativa acaba gerando decisões tomadas com base no subjetivismo do juiz. O subjetivismo faz a atividade de controle perder o referencial que sustenta a sua razão de ser. Só haverá controle se existir um modelo previsto na norma apto a servir de comparação com a atuação prévia da Administração.

A utilização de princípios como padrão de referência proporciona um desenvolvimento sem limites claros por parte do controle judicial, gerando uma situação de primazia do Judiciário em face da atividade administrativa controlada.

Essa ampla liberdade de escolha para decidir levará Carlos Ari Sundfeld a dizer que se vivencia uma “farra de princípios, um ambiente ‘geleia geral’ onde “princípios vagos podem justificar qualquer decisão”¹⁵⁴.

¹⁵⁰ JOBIM, Nelson. Origem da Constituição é mais democrática que racional. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-13/origem-constituicao-democratica-racional-nelson-jobim>. Acesso em: 17 mar. 2022.

¹⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., p. 214.

¹⁵² Id.

¹⁵³ Os “conceitos indeterminados”, com sua vagueza de significado, serão tratados da mesma forma como os princípios, devido ao fato de ambos produzirem a mesma consequência: darem margem a escolhas de interpretação pelo controle judicial.

¹⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., p. 205.

A frouxidão de parâmetros decorrente da principiologia permitiu aos juízes subestimar o princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, afastou regras ordinárias de atuação da Administração Pública para dar lugar à aplicação direta de princípios, expediente que apenas esconde um subjetivismo tendente a substituir uma escolha administrativa. O exemplo dos atestados médicos mencionado anteriormente comprova essa prática.

A propósito, não se considera a “teoria dos princípios” um mal em si, nem se lhe atribui a culpa pelos defeitos do controle judicial. Mais importante é reconhecer que essa teoria atua como “fundamento jurídico” que vai catalisar os excessos do Judiciário¹⁵⁵.

A “teoria dos princípios” fundamenta os excessos do controle judicial da Administração Pública e três são os aspectos a observar.

a) A indeterminação normativa dos princípios tornará disputável praticamente todas as decisões tomadas pela Administração, pois a “inafastabilidade do acesso à justiça”¹⁵⁶ positivada de forma larga na Constituição Federal de 1988 permite ao Poder Judiciário tomar conhecimento de quaisquer questões afetas a escolhas públicas. Essa facilidade é tratada como fenômeno da “judicialização”, proporcionado pela amplíssima abertura do princípio do acesso à jurisdição e pela profusão de normas-princípio, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na legislação infraconstitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso, não se compreende a judicialização:

[...] como algo negativo, mas sim como uma consequência de várias escolhas fundamentais realizadas pelo Poder Constituinte de 1988, dentre elas: a escolha pela democracia; a criação de um vasto rol de direitos fundamentais positivados de forma aberta; a criação de um Ministério Público autônomo e independente; um controle de constitucionalidade de duas modalidades (concentrado e difuso), com um grande grupo de legitimados e várias espécies de instrumentos processuais aptos a deflagrar a atuação do Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁷

b) A “teoria dos princípios” serve como base de sustentação para o “ativismo judicial”.

Entende-se por “ativismo judicial” o “julgamento orientado pelo resultado” (*result-oriented judging*), como mencionou Keenan D Kmiec, e ocorre quando o juiz primeiro decide

¹⁵⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: RT, 2020. p. 147.

¹⁵⁶ “Artigo 5º [...] inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN)THESIS, Rio de Janeiro, UERJ, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 21 mar. 2022.

com base em sua posição ideológica e depois põe-se a procurar fundamentos jurídicos que justifiquem a sua decisão.¹⁵⁸

Na opinião de Júlio Grostein, o grande mal do ativismo judicial alude ao fato de a decisão de controle ser tomada exclusivamente com suporte “nas convicções políticas, valorativas ou ideológicas do julgador”, o que proporciona o desvirtuamento da função de julgar.¹⁵⁹

Um exemplo da prática de ativismo judicial foi apresentado como método de tomada de decisão por um Ministro do Supremo Tribunal Federal quando assim se pronunciou: o “magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer a dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”¹⁶⁰.

O juiz ativista não vê nenhum constrangimento em invadir a competência alheia nem se melindra com seus próprios precedentes. Esse mal desnatura por completo o controle enquanto atividade legítima de verificação de conformidade da atuação administrativa tendo como referencial o padrão previsto na lei. Não se realiza uma análise de comparação, o que há é a imposição de uma posição ideológica com base em algum argumento de princípio escolhido sob medida para justificar o caso em análise.

O ativismo judicial se revela como atitude predatória em relação à Administração Pública na medida em que lhe nega a capacidade institucional de interpretar a lei e de fazer escolhas dentro do espectro da competência atribuída pela Constituição.

c) O terceiro empuxo que a “teoria dos princípios” fornece ao excesso do controle judicial é justamente a presunção de que, se todas as escolhas públicas podem ser decididas com base em princípios, por consequência, todas as questões de administração da coisa pública são passíveis de resolução por meio de razões jurídicas.

¹⁵⁸ “A decision is ‘activist’ only when (a) the judge has an ulterior motive for making the ruling; and (b) the decision departs from some ‘baseline’ of correctness.” KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, Berkeley, n. 92, p. 1441-1478, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254556619_The_Origin_and_Current_Meanings_of_Judicial_Activism. Acesso em: 21 mar. 2022.

¹⁵⁹ GROSTEIN, Júlio. **Ativismo judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019. p. 57.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n. 111787**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 16 abr. 1991. Disponível em: stf.jus.br. Acesso em: 29 abr. 2022.

A “teoria dos princípios” é capaz de fornecer argumentos jurídicos para resolução de quaisquer dúvidas, por exemplo: sobre aplicação da Constituição e das leis; sobre conflitos distributivos; sobre questões de ordem técnica baseada em outras ciências que não a jurídica; sobre alocação prioritária de recursos orçamentários; sobre correção de condutas institucionais; e sobre desacordos morais. Nada escapa à possibilidade de acerto via retórica principiológica.

A supervalorização do direito para resolver toda sorte de desacordos “da vida” empodera o Poder Judiciário, que, como foro exclusivo de decisões jurídicas com a marca da definitividade, considera-se dotado de capacidade institucional e, portanto, legitimado para dirimir conflitos de toda ordem.

Os três fundamentos mencionados linhas atrás evidenciam que um controle judicial amparado em “teoria dos princípios” tem limitações frouxas (se não inexistentes) e resulta em situações cuja consequência é a subjugação da Administração a uma opção a ser escolhida pelo Poder Judiciário: a) se a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional são carregadas de indeterminações normativas, tudo se torna matéria passível de conhecimento pelo Poder Judiciário, cabendo-lhe a capacidade de decidir qualquer questão baseada em argumentação jurídica; b) a ampla constitucionalização do direito administrativo, a positivação de princípios abertos na Constituição Federal de 1998 e a indeterminação normativa da legislação infraconstitucional favoreceram a transferência das competências próprias da Administração Pública ao Poder Judiciário; c) quando, em determinada situação fática, couber exclusivamente ao Poder Judiciário dizer se o “interesse público” foi atendido adequadamente ou se o administrador selecionou a proposta “mais vantajosa”, claro está que haverá uma primazia do controlador sobre a atividade controlada e, conseqüentemente, haverá uma redução da Administração ao papel de coadjuvante das escolhas públicas, que sempre deverá sofrer amplo escrutínio do controle judicial.

1.2.2 O controle judicial como contrafação¹⁶¹ do controle hierárquico

¹⁶¹ Utiliza-se o sentido de “contrafação” de acordo com Ricardo Marcondes Martins: “dá-se uma contrafação administrativa quando se emprega um conceito no direito administrativo equivocadamente e, ao fazê-lo, invoca-se, consciente ou inconscientemente, um regime jurídico incompatível com a situação qualificada pelo conceito”. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. **Revista A&C de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 64, p. 115-148.

Uma segunda deficiência percebida na forma como o controle judicial é exercido concerne à sua desnaturalização decorrente da utilização ilimitada da “teoria dos princípios”, que o transforma em detentor de uma competência de revisão da totalidade das escolhas administrativas.

A atuação do controle judicial como órgão de revisão integral e também como substituto das escolhas públicas implica a incorporação pelo Poder Judiciário de uma competência que não lhe fora concedida em nenhum normativo, uma competência própria de poder hierárquico.

Note-se que a deficiência ora tratada tem relação íntima com a permissividade decisória facilitada pelo uso acríptico da “teoria dos princípios”.

Para satisfazer todas as obrigações impostas pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação posterior, a Administração dispõe de poder para se organizar em órgãos ou pessoas jurídicas e distribuir tarefas e funções de sua competência.

Roberto Dromi designa organização administrativa como conjunto de normas jurídicas que regulam a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e o controle de órgãos e pessoas jurídicas no exercício da função administrativa.¹⁶²

A organização da Administração Pública tem como finalidade a busca da melhor forma de tomar decisões visando sempre o alcance do melhor resultado possível. A menor alteração nos elementos organizatórios produz efeitos (positivos ou negativos) nos resultados desejados.

A doutrina brasileira não apresenta uma uniformidade no tratamento da organização da Administração. Quase todos os doutrinadores abordam assuntos como competência, hierarquia, centralização e descentralização, sem dispô-los de forma sistemática.

No âmbito deste estudo, tratar-se-á de competência e hierarquia como conceitos que apesar de se relacionarem são independentes e estão inseridos no tema da organização administrativa.

A Administração Pública persegue os fins estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional. A consecução desses fins exige o cumprimento de uma série de atribuições. Essas atribuições são distribuídas entre os vários órgãos que compõem a Administração Pública.¹⁶³

¹⁶² DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 13. ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2015. t. 1. p. 888.

¹⁶³ ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 25.

As atribuições da Administração Pública, que configuram as suas competências, são definidas pela Constituição Federal¹⁶⁴ e pela legislação infraconstitucional.¹⁶⁵

Santamaría Pastor reconhece a dificuldade de se apresentar um conceito objetivo sobre competência porque ela não é um objeto ou uma coisa, mas sim uma circunstância ou qualidade estritamente subjetiva. De acordo com o autor, competência alude à titularidade de um conjunto de interesses ou poderes que versa sobre matérias, serviços ou fins públicos determinados.¹⁶⁶

A doutrina nacional denota uma maior disposição para apresentar um conceito para competência. Celso Antônio Bandeira de Mello explica competência como

círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação dos interesses públicos¹⁶⁷.

Uma competência é atribuída a um ente específico da Administração Pública porque o Poder Legislativo entende que o órgão escolhido tem maior capacidade para atingir uma finalidade proposta. Dessa assertiva decorre que a concessão de competência tem caráter instrumental, isto é, ela é concedida para alcançar um resultado determinado.

Além do seu caráter instrumental, a competência é distribuída pelo Poder Constituinte e/ou pelo Poder Legislativo em razão da pessoa e da matéria, de modo que há uma prévia avaliação acerca de quem estaria mais apto para realizar uma função específica.

A hierarquia, por sua vez, é um conceito que se associa à competência para explicar o funcionamento da organização administrativa, pois não basta só distribuir competências entre órgãos, há que articular como as relações entre eles serão ajustadas. Dessas relações entre órgãos, vale dizer, sobressai a hierarquia.

Para Alfredo Gallego Anabitarte¹⁶⁸, a hierarquia funciona como elemento que estrutura o caráter piramidal dos órgãos da Administração Pública, disciplinando o poder de mando em uma linha vertical (no sentido ascendente). Em outras palavras, os órgãos administrativos superiores dirigem e fiscalizam os inferiores de modo a conseguir uma unidade na atuação do conjunto,

¹⁶⁴ A Administração Pública tem o dever de prestar serviços públicos à população, podendo fazer diretamente ou por meio de particulares (concessão ou permissão). Essa é uma competência conferida pelo artigo 175 da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁵ O artigo 2º da Lei n. 11.182/2005 confere à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) a competência para “regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária”.

¹⁶⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de derecho administrativo general**. 3. ed. Madrid: Iustel, 2015. v. 1. p. 383.

¹⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed., p. 148.

¹⁶⁸ ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización**, p. 28.

visando ao cumprimento dos fins que o ordenamento lhes atribuiu. Como traço distintivo, hierarquia denota ideia de força, de submissão do órgão inferior ao superior.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua hierarquia como “vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno”¹⁶⁹.

A ideia de submissão é benfazeja porque subtrai do agente público subordinado à atuação política um poder de comando, permitindo-lhe tão só agir dentro dos limites de sua atribuição. Dessa forma, as decisões de natureza política, isto é, a escolha de objeto, meios e oportunidades mais convenientes à obtenção dos fins governamentais, ficam sempre restritas ao chefe do órgão executivo.¹⁷⁰

Nesse sentido, compete ao agente que está no topo da hierarquia dispor de alguns poderes que lhe conferem “uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados”¹⁷¹. Esses poderes são extraídos da própria relação de hierarquia e não obrigatoriamente de uma previsão em legal. Apesar disso, vislumbra-se a sua positivação de forma genérica no artigo 84, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que confere à chefia do Poder Executivo o exercício da direção superior da Administração Pública Federal.

No rol de poderes hierárquicos conferidos pela legislação estão: a) poder de comando: expedir determinações gerais (instruções) ou específicas (ordens diretas); b) poder de fiscalização: inspecionar a atuação dos subordinados; c) poder de revisão: revogar ou anular, dentro dos limites da lei, os atos dos subalternos; d) poder de punir: atuação disciplinar; e) poder de dirimir controvérsias de competência; e f) poder de delegar ou avocar competências.¹⁷²

Considerando o escopo desta pesquisa, merecem destaque, especialmente no âmbito da Administração Pública, os poderes de comando, de fiscalização e de revisão; a) poder de comando: o ente superior tem liberdade para interpretar o texto legal e definir as ordens gerais e específicas necessárias ao cumprimento das finalidades traçadas pelo legislador. Essas orientações vindas do topo têm um efeito uniformizante sobre a atividade administrativa, dando-lhe um aspecto de unidade de atuação¹⁷³; b) poder de fiscalização: os órgãos administrativos possuem uma série de deveres, como respeitar a Constituição Federal e a legislação

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed., p. 154.

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 7. ed., p. 98.

¹⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 154.

¹⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed., p. 155.

¹⁷³ SAAD, Amauri Feres. **Do controle da Administração Pública**, p. 76.

infraconstitucional que incide sobre o seu desempenho funcional, entre eles o dever de imparcialidade ao atuar, o dever de obediência às ordens superiores e o dever de integridade. O órgão hierárquico superior pode inspecionar e supervisionar as atividades dos inferiores para mantê-los em conformidade com as referidas exigências; c) poder de revisão: refere-se à possibilidade que detém o superior hierárquico de rever o ato praticado pelo agente inferior na totalidade de seus aspectos (competência, objeto, finalidade, forma e motivos), podendo anulá-lo em caso de ilegalidade ou revogá-lo, de ofício ou mediante requerimento.¹⁷⁴

Os poderes de fiscalização e de revisão, considerados em conjunto, dão suporte ao “controle hierárquico” a ser realizado pela autoridade superior da Administração. Esse controle se estende por todos os órgãos sujeitos ao hierarca e tem grande amplitude sobre a função decisória inferior, permitindo a sua revisão quanto à legalidade e no tocante ao mérito (oportunidade e conveniência).¹⁷⁵

A amplitude dessa espécie de controle é exemplificada por Fernando Garcia Pullés¹⁷⁶, quando escreve sobre a permissão que o superior hierárquico possui para revogar um ato inferior que, apesar de cumprir a legalidade, pode se mostrar inadequado na relação entre o sacrifício que a medida impõe e o fim que se pretende alcançar (mérito); o momento para se adotar a decisão tomada pelo subalterno (oportunidade) pode não ser adequado; ou, ainda, o interesse público reclama outras medidas (conveniência).

O controle hierárquico é livre para eleger a técnica jurídica que desejar: legalidade, ponderação de princípios, teste de legalidade e outros; pode inclusive decidir com base em critérios políticos-ideológicos e em conceitos técnicos alheios à ciência jurídica porque a atividade desempenhada pela Administração não é essencialmente jurídica.

Amauri Feres Saad afirma existir uma evidente discrepância quantitativa e qualitativa no poder hierárquico em relação ao agente subordinado¹⁷⁷: quantitativa porque é inegável que o hierarca possui mais poder e pode condicionar o comportamento do agente inferior; qualitativa porque o agente superior tem poder político para decidir sem se ater exclusivamente a um parâmetro referencial fixado pelo direito, podendo ir além e agregar justificativas de outras ciências.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 7. ed., p. 99.

¹⁷⁵ PULLÉS, Fernando Garcia. **Lecciones de derecho administrativo**, p. 93-94.

¹⁷⁶ Id.

¹⁷⁷ SAAD, Amauri Feres. **Do controle da Administração Pública**, p. 74-76.

O poder hierárquico, que também encontra limites na lei, não é condicionado por interpretações jurídicas prévias na medida em que confere ao gestor liberdade para interpretar o texto legal e matizar sua decisão com outros saberes científicos provenientes da capacidade institucional dos órgãos da Administração.

Em suma, como assinala Alfredo Gallego Anabitarte, a hierarquia pressupõe a existência de um poder de decidir, um poder de mando e um poder de fazer escolhas.¹⁷⁸

O controle, diferentemente da hierárquica, é uma competência jurídica por excelência e confere ao agente controlador competência para analisar se o ato do gestor público está devidamente encaixado dentro da moldura estabelecida pelo legislador.

Para o escopo deste estudo, é importante mencionar a existência de uma diferença de finalidade entre competência hierárquica e controle judicial: enquanto a primeira tem como fim a criação de utilidade pública, o segundo visa à “integração da ordem jurídica, ou seja, a verificação do cumprimento ou não dos deveres assinalados pelo direito à administração pública”¹⁷⁹.

O que está ocorrendo com o Poder Judiciário quanto ao controle que exerce sobre a Administração Pública é uma mudança institucional¹⁸⁰. Significa dizer que o Judiciário, ente legitimado para aferir a correspondência da atuação do gestor público conforme a lei, mudou para uma instituição que, empoderada por uma “teoria de princípios”, considera-se apta a exercer uma competência hierárquica quando revê a decisão administrativa e a substitui pela sua própria interpretação. O Poder Judiciário capturou uma competência hierárquica porque já não exerce seu controle como atividade jurídica baseada na lei como referencial. Hoje, um juiz expede a sua interpretação da lei e determina à Administração que a siga.

O controle judicial se desvirtuou e transformou o juiz em um superior hierárquico, dotado do poder de disposição sobre o comportamento do administrador público¹⁸¹ e isso significa interferir diretamente nos resultados da atividade administrativa.

Ao ignorar o parâmetro de atuação do gestor público, o controle judicial exerce livremente a função de interpretar normas jurídicas, seja assumindo o exercício de uma atividade

¹⁷⁸ ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización**, p. 138.

¹⁷⁹ SAAD, Amauri Feres. Op. cit., p. 93.

¹⁸⁰ FILGUEIRAS, Fernando. Burocracias do controle, controle da burocracia e accountability no Brasil. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília: Ipea e Enap, 2018.

¹⁸¹ SAAD, Amauri Feres. Op. cit., p. 94.

de caráter político, seja agindo diretamente sobre o processo decisório e de implementação de políticas delegadas à Administração.

Ao deixar de ser uma atividade “recatada”¹⁸² para se converter em “regente” da competência da Administração, o controle judicial passa a atrapalhar o desempenho das atribuições administrativas, ocasionando algumas consequências nocivas, tema da próxima seção do estudo.

1.3 CONSEQUÊNCIAS DE UM CONTROLE JUDICIAL INTENSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Do ponto de vista da arquitetura constitucional do Estado brasileiro, o controle judicial foi estabelecido para refletir o pensamento de Montesquieu, inserido no Livro XI, capítulo IV, da obra “Do espírito das leis”¹⁸³, sobre a separação dos poderes: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

A finalidade do controle judicial seria a criação de um poder com capacidade de resistir às ilegalidades e aos abusos cometidos pela Administração Pública, objetivando o alcance de um “governo moderado”, único lugar onde se pode encontrar a “liberdade política”¹⁸⁴.

Afora a mencionada concepção de teoria política no ambiente mais restrito da ciência da Administração Pública, Jacques Chevallier¹⁸⁵ aponta que o controle judicial foi concebido como atividade destinada a verificar a conformidade da ação administrativa às normas editadas pelo Poder Legislativo.

Assim também entende Gérard Bergeron ao avaliar o controle como processo funcional de avaliação comparativa entre dois termos: de um lado há uma ação cometida por um indivíduo ou grupo (controlados); de outro, um indivíduo ou grupo que avaliará aquela ação com base em um *standard* ou “guia”¹⁸⁶.

¹⁸² “O controle deve ser, por natureza, uma atividade recatada; por isso não pode e não deve ser assimilado à figura da hierarquia”. *Ibid.*, p. 58.

¹⁸³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Claret, 2014. p. 229.

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 4ª ed. Paris: PUF, 2007, p. 545.

¹⁸⁶ BERGERON, Gérard. **Fonctionnement de L’ Etat**. Paris: Librairie Armand Colin, 1965. p. 70-71.

Na doutrina brasileira esse sentido de atuação comparativa foi apresentado por Odete Medauar, que ressalta que o controle “significa a verificação de conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros”¹⁸⁷.

Percebe-se que o controle judicial da Administração não foi pensado como atividade finalística, como atividade autorrefencial. A justificativa jurídica e política da criação do controle judicial foi assegurar a legalidade da atuação da Administração¹⁸⁸.

Como atividade assecuratória da legalidade, o controle judicial é uma atividade subsidiária, cujo exercício depende de um comportamento inicial da Administração.

Quando o controle judicial passa a substituir a Administração na realização de escolhas, deflagram-se alguns efeitos colaterais aparentemente dissociados da decisão judicial mas que provocarão defeitos no funcionamento da máquina administrativa.

As três consequências do controle judicial consideradas as mais nocivas ao regular o desempenho da atividade administrativa passam a ser estudadas a seguir.

1.3.1 A paralisação administrativa e a ineficácia como norte

Um controle judicial altamente intrusivo não pode ser levado a efeito sem nenhuma preocupação com as consequências de sua decisão.

Por força da Constituição Federal de 1988, especialmente pela quantidade de princípios e objetivos ali consignados, a Administração Pública, mesmo que a passos mais vagarosos, avançou qualitativamente no processo de realização de escolhas.

A Administração Pública não pode atuar de improviso, reagindo atabalhoadamente e com foco no curto prazo. Exige-se que suas escolhas sejam planejadas no sentido de: a) identificar de forma precisa, dentro de um cenário de várias demandas e de escassez de recursos, o problema a ser atacado; b) configurar o resultado pretendido; c) conhecer as alternativas (instrumentos, estratégias) disponíveis para obter o resultado almejado; d) realizar uma estimativa temporal para o atingimento do resultado; e) tomar decisões baseadas em evidências; f) ter uma noção mínima da necessidade de alocação de recursos públicos; g) conhecer e avaliar os interesses de terceiros, os quais serão atendidos direta e indiretamente pelo agir administrativo,

¹⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 30.

¹⁸⁸ DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 13. ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2015. t. 2. p. 299.

para que os efeitos negativos sejam evitados ou ao menos amortecidos; h) ter capacidade institucional para corrigir os rumos da política pública em caso de superveniência de alterações internas ou externas do contexto.¹⁸⁹

No âmbito da Administração Pública Federal foram estabelecidas diretrizes normativas com o objetivo de dotá-la de um guia para agir de forma mais efetiva na resolução dos problemas públicos. Esse conjunto de orientações está positivado no artigo 4º do Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017¹⁹⁰.

Uma importante atribuição da Administração Pública é ser “responsiva”, pois ela existe em função dos destinatários de sua atuação; sua serventia é avaliada a partir da capacidade de dar respostas concretas às expectativas de seus “clientes”.

Para Almir Oliveira Júnior, responsividade é um conceito que atenta “para a relação da organização com seu ambiente econômico, político e social, ao mesmo tempo em que está associado ao princípio da eficácia”¹⁹¹ e que não está restrito à questão da conformidade com algum parâmetro normativo. A utilidade da Administração vai além, ao ser considerada uma “resposta efetiva às preferências dos públicos que são alvo dos programas e das políticas levadas

¹⁸⁹ O Decreto n. 9.203/2017 e os escritos de Leonardo Secchi, utilizados como base dessa parte do trabalho, ratificam essas ideias (**Políticas públicas**. Conceito, esquemas de análise - casos práticos. 2. ed., p. 2).

¹⁹⁰ “I - direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades;

II - promover a simplificação administrativa, a modernização da gestão pública e a integração dos serviços públicos, especialmente aqueles prestados por meio eletrônico;

III - monitorar o desempenho e avaliar a concepção, a implementação e os resultados das políticas e das ações prioritárias para assegurar que as diretrizes estratégicas sejam observadas;

IV - articular instituições e coordenar processos para melhorar a integração entre os diferentes níveis e esferas do setor público, com vistas a gerar, preservar e entregar valor público;

V - fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades;

VI - implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores;

VII - avaliar as propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessão de incentivos fiscais e aferir, sempre que possível, seus custos e benefícios;

VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade;

IX - editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente;

X - definir formalmente as funções, as competências e as responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais; e

XI - promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação.”

¹⁹¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Almir. Competência versus incerteza: atitudes pessoais e percepção sobre gestão de riscos no âmbito da Administração Pública Federal. **Texto para Discussão**.

a cabo pelas organizações governamentais”¹⁹². O autor considera impossível ter um nível de responsividade absoluto, pois não há como considerar e atender às preferências de todos os cidadãos, no entanto a legitimidade democrática de um ente público está intimamente ligada à sua dedicação em busca desse ideal.¹⁹³

Fazer uma escolha pública não é tarefa simples nem envolve só um interesse (o do responsável pela decisão); ao contrário, o nível de responsividade é elevado, requer conhecimentos técnicos específicos, exige uma capacidade de exercer prognoses com certo grau de probabilidade e alta habilidade para equilibrar interesses contrapostos. Em suma, são tantos os requisitos a serem satisfeitos que não se pode considerar a atividade administrativa de escolha como atuação coadjuvante, à espera de um carimbo de regularidade a ser expedido pelo Poder Judiciário em sede de análise revisional.

A partir do momento em que uma escolha feita pela Administração Pública é submetida ao intenso escrutínio do controle judicial, com boa probabilidade de sofrer alteração do seu conteúdo pela opção subjetiva dos juízes, poderá ocorrer uma paralisação da ação administrativa. O gestor público é obrigado a interromper a sua ação para se adequar a uma exigência superveniente e inevitável, para a qual não se havia programado.

Nesse cenário, identificam-se duas espécies de paralisia administrativa: uma que se reconhecerá “por apatia” e outra “por medo”. A primeira espécie de paralisia ocorre quando o controle judicial atua de forma pontual, decidindo sobre uma questão específica, e sem se ater aos efeitos sistêmicos desencadeados acaba por produzir um desarranjo no planejamento feito pela Administração.

Ao tomar uma decisão, o gestor objetiva resolver um “problema público”, isto é, um problema que é entendido como relevante.¹⁹⁴

Uma vez identificado o “problema público”, o administrador vai delimitá-lo e avaliar as possíveis alternativas de solução. Para tanto, estratégias de atuação serão formuladas pelo quadro técnico da Administração, que as submeterá ao responsável pela tomada de decisões. Após a

¹⁹² OLIVEIRA JÚNIOR, Almir. Competência versus incerteza: atitudes pessoais e percepção sobre gestão de riscos no âmbito da Administração Pública Federal. **Texto para Discussão**.

¹⁹³ Id.

¹⁹⁴ Não havendo espaço neste estudo para uma ampla descrição do “ciclo de políticas públicas”, remete-se à leitura da obra do Professor Leonardo Secchi, utilizado como base dessa parte do trabalho (**Políticas públicas**. Conceito, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 2).

tomada de decisão pelo gestor público, passa-se à fase de implementação e, por último, à avaliação dos resultados.

Sobrevindo uma decisão judicial que altere aquela decisão do gestor público, sem que se leve em consideração qualquer análise de possíveis consequências em relação às fases de implementação e de avaliação de resultados, haverá grande incentivo à paralisação da Administração, pois a segurança jurídica decorrente do planejamento inicial foi abalada por interferência superveniente e mandatária.

Não se está a afirmar que o Poder Judiciário atua de forma deliberada para paralisar a Administração. O fato é que, mesmo sem intenção, o controle judicial terá potencial para desestruturar uma atuação programada, pois a “intervenção judicial pode acarretar a paralisação de políticas públicas, sua distorção ou o comprometimento dos meios e recursos financeiros necessários para se executá-la com a eficiência necessária”¹⁹⁵.

A interferência judicial “desestruturadora” não fica restrita a políticas públicas, podendo ocorrer em outras esferas, como no caso que aconteceu no Município de Florianópolis, capital do Estado de Santa Catarina.

No ano de 2020, a Prefeitura de Florianópolis e um Shopping Center local acordaram a construção de uma praça pública em terreno que havia sido doado pelo Exército Brasileiro à municipalidade, localizado próximo ao empreendimento comercial.

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública requerendo a sustação das obras da praça alegando haver “vestígios” de uma antiga fortificação no local (conhecida como “Forte de São Luís da Praia de Fora”), o que demandaria a proteção integral do patrimônio arqueológico (artigo 216, inciso VI, da Constituição Federal de 1988) e a incidência do princípio da precaução.

Em decisão liminar¹⁹⁶, a justiça de primeira instância reconheceu “haver potencial arqueológico” no local e com base no “princípio da precaução”¹⁹⁷ determinou a paralisação da

¹⁹⁵ MARRARA, Thiago. A crise dos controles da Administração Pública na crise brasileira: reflexões sobre o controle interno, judicialização e compliance estatal. In: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BORGES, Daniel Damásio (org.). **Aspectos jurídicos da crise brasileira**: o direito em face dos grandes desafios nacionais.

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Sexta Vara Federal da Seção Judiciária de Florianópolis/SC. **Ação n. 5015899-97.2021.4.04.7200**. Decisão liminar. Florianópolis, SC, 18 jun. 2021. Disponível em: https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721624018024808298591456897898&evento=40400043&key=d7d98bd2bac70aa7f5469d5f82064b8806e68fb50af76cdc9b6885f788b9b696&hash=d1450a6fd2393616ad750d46c79ef1c0. Acesso em: 25 mar. 2022.

¹⁹⁷ Id.

obra, em especial da terraplanagem, “sob risco de perdimento de qualquer resquício do sítio arqueológico”¹⁹⁸.

A decisão judicial para suspensão das obras provocou uma situação de incerteza, forçando uma paralisia da atuação administrativa.

Passados cinco meses, em análise de recurso interposto pela municipalidade, um desembargador federal suspendeu a liminar reconhecendo que o caso versaria sobre um “patrimônio arqueológico que pode vir a ser existente no subsolo, mas sobre o qual ainda não há certeza”¹⁹⁹.

O efeito prático da decisão suspensiva da obra foi que o parceiro privado da Administração, que arcaria com todos os custos de criação e manutenção da praça, decidiu retirar-se do projeto²⁰⁰, causando transtorno ao ente municipal, que terá de arcar com o refazimento do projeto arquitetônico e realizar novo processo licitatório para contratação do responsável pela obra.

O episódio em comento é um exemplo genuíno de paralisação administrativa “por apatia”, pelo fato de o Poder Judiciário, baseado, em princípio, em incerteza histórica e sem a mínima análise consequencial, expressamente manifestou-se pela suspensão da obra de uma praça pública. A consequência foi o afastamento do parceiro privado, que receoso da falta de segurança jurídica decidiu se afastar do projeto.

Em 5 de maio de 2022, a ação civil pública foi julgada improcedente porque não se conseguiu detectar qualquer vestígio histórico no terreno.

O resultado desse caso foi desperdício de verba pública e de tempo da coletividade, que está no aguardo de um novo aparelho público.²⁰¹

O conceito de “princípio da eficiência” que a maioria da doutrina nacional oferece ainda denota muita imprecisão²⁰², mas seja qual for o conceito escolhido, certamente, avaliar-se-á o desperdício como ideia antônima.

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Sexta Vara Federal da Seção Judiciária de Florianópolis/SC. **Ação n. 5015899-97.2021.4.04.7200**. Decisão liminar. Florianópolis, SC, 18 jun. 2021.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão no Agravo de Instrumento n. 5032906-71.2021.4.04.0000**. Porto Alegre, RS, 18 nov. 2021. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41637235604978271566864173284&evento=40400187&key=e2c1fc70d35ddd7ba002a7baa57977628420567729282d085fc0798cd46b304a&hash=1464ac7a8ee51c0f231fec1c914540c6. Acesso em: 25 mar. 2022.

²⁰⁰ HORÁCIO, Nicolas. Por burocracia, Florianópolis pode perder espaço público de lazer em local histórico. **Notícias do Dia online**, Florianópolis, 5 ago. 2021.

²⁰¹ Em abril de 2022, não há notícia da retomada da obra pública.

A hipótese de paralisia apontada é disruptiva porque se mostra descompromissada com o esforço feito pela Administração para dar a melhor resposta a um problema público. O controle judicial, por sua vez, atua como inibidor de um comportamento proativo, alterando sobremaneira o ânimo do gestor, que passa a ver o seu trabalho de consecução do interesse público desconsiderado e tido como de pouca utilidade.

A primeira espécie de paralisia administrativa (por apatia) está mais ligada ao desfazimento dos planos traçados pelo gestor na medida em que exigirá um retrabalho decorrente de eventual intervenção inoportuna do controle judicial. Essa ingerência causa no gestor um déficit anímico para prosseguir na execução da política em desenvolvimento ou, no mínimo, impede-o de atuar de maneira mais desenvolta.

A segunda espécie de paralisia (por medo) não está ligada ao desânimo do administrador público ao ver o trabalho paralisado, trata-se de um receio que funciona como impeditivo para iniciar o processo decisório ou retomá-lo após uma decisão judicial superveniente.

A paralisia em razão do medo do gestor tem raiz na doutrina administrativista, que confere extrema relevância ao controle judicial em detrimento da gestão, considerando esta vassala daquele.

Sobre o prestígio conferido ao controle judicial, Lucas Furtado Rocha²⁰³ opina:

No Brasil, o controle judicial previsto na Constituição Federal deve ser exercido de modo pleno. Nele devem ser inseridos todos os aspectos relacionados à conformidade de toda e qualquer atuação, comissiva ou omissiva da Administração Pública. Além da observância da legalidade, em seu sentido estrito, o controle judicial da atuação administrativa, conforme será examinado, avança a passos largos em relação à observância dos demais princípios

²⁰² Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece esse princípio sob dois aspectos: como “modo de atuação do agente público” e como “modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública”. Ambos os aspectos apontados são dirigidos ao alcance de “melhores resultados” (**Direito administrativo**. 29. ed., p. 114). Celso Antônio Bandeira de Mello nem o reconhece como princípio: “tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’” (**Curso de direito administrativo**. 33. ed., p. 126). Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto: “Trata-se de uma sinalização clara do dever (agora constitucionalizado) de que a atuação e organização administrativas se voltem a eficazmente satisfazer as finalidades públicas. Mas o dever de eficiência ainda cumpre um segundo objetivo: deve ser entendido como parâmetro de controle, de aferição permanente do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa.” (Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Revista Fórum de Contratação e Gestão**, Belo Horizonte, n. 100, 2010).

²⁰³ Além de autor de livros de direito administrativo, Lucas Rocha Furtado integra o corpo funcional do Ministério Público de Contas como procurador. Informação disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/ministerio-publico-junto-ao-tcu/subprocuradores-gerais/>. Acesso em: 8 abr. 2022.

constitucionais expressos e implícitos vinculadores de atividade administrativa. Publicidade, moralidade, impessoabilidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência etc. não podem ser considerados meros programas a serem observados conforme juízo discricionário do administrador público. Devem ter caráter vinculante para o administrador público e **sua inobservância, além de nulidade do ato, deve importar em apenação daquele que lhe deu causa.**

Nesse sentido, cumpram-nos, desde já, informar que a expressão de controle de legalidade não se refere ao mero cumprimento das leis, mas à possibilidade de se verificar a adequação da atividade administrativa aos princípios e preceitos constitucionais, além, evidente, do cumprimento da lei²⁰⁴ [grifo nosso].

A visão do autor não é caso isolado na doutrina. Há outro autor²⁰⁵ que externa um juízo mais desmerecedor a respeito da Administração Pública ao comparar a legislação de improbidade administrativa a uma “teoria da purificação”²⁰⁶ que tem como objetivo excluir do manejo da coisa pública os desleais “agentes públicos ou políticos com suas fraquezas morais e cívicas”²⁰⁷.

O que se percebe é a existência de um sentimento corrente de desconfiança da Administração, como se verá adiante.

Das afirmações dos autores citados, extrai-se que no Brasil o controle judicial é exercido baseado na lógica do “quanto mais controle, melhor”²⁰⁸, pois vigora o mito de que o gestor público, se não está cometendo alguma ilicitude está a fazer escolhas erradas, sonhando deliberadamente o cumprimento da ordem constitucional.

Diante dessa aura cultural, descumprir uma ordem de controle não é opção. As decisões judiciais se caracterizam pela forte imperatividade que carregam, por terem vias estreitas de evitação (cingem-se praticamente a expedientes recursais), e, ainda, por disporem de uma variedade de normas processuais de coerção e de sancionamento que desincentivam a inação.

Apesar da inevitabilidade da decisão emanada do controle judicial, o problema está no fato de que tais ordens judiciais, não raro, vêm acompanhadas de determinação de remessas a

²⁰⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed, p. 912.

²⁰⁵ BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de improbidade administrativa anotado e comentado**, p. 18-19.

²⁰⁶ “A pobreza do nosso povo e a miséria da maioria da população são resultados da cultura nociva da desonestidade, ganância e egoísmo daqueles que desfrutam da confiança popular através do voto, com promessas nunca cumpridas e dos seus elencos de auxiliares de malfeitores que executam as políticas públicas voltadas apenas para interesses escusos e enriquecimento próprio. [...]”

A reprimenda à improbidade administrativa instituiu a teoria da purificação com vistas a excluir da vida pública ou política, aqueles flagrados em ilicitude, com a perda de função e a suspensão dos direitos políticos.

A deslealdade dos agentes públicos ou políticos, com suas fraquezas morais e cívicas, impõe a responsabilização civil, política e administrativa visando à proteção da coisa pública e do interesse da coletividade.” BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de improbidade administrativa anotado e comentado**, p. 18-19.

²⁰⁷ Id.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. **Revista Eletrônica Zênite Fácil**, Curitiba, p. 1-22, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 19 maio 2022.

outros órgãos de controle externo (Ministério Público, Tribunais de Contas) para apuração de possíveis “irregularidades”, isso se já não partiram de uma ação de improbidade administrativa repleta de pedidos de aplicação de sanções.

Essas determinações funcionam como “coação instrumental”²⁰⁹ utilizada pelo controle judicial para reforçar o desejo de ver a sua ordem cumprida ou com o intento de punir o gestor por entender que sua ação destoou de um padrão decisório esperado. Como consequência, sob a ameaça de sofrer um mal maior, o gestor se automatiza e implementa a escolha determinada pelo Poder Judiciário, sem questionar as incongruências e os custos que dela decorrem. Por medo, realiza-se a atividade administrativa de forma imperfeita, alheia ao planejamento inicial da Administração e independente de um compromisso com o resultado almejado.

O problema da paralisia não fica restrito ao dócil cumprimento da decisão judicial, vai além. Estando o administrador público inserido em um contexto de controle judicial tão intenso, a superveniência de uma decisão que venha a desarrumar toda a sua atividade passa a ser um evento de alta probabilidade. Havendo uma expectativa de intrusão externa, possivelmente acompanhada de instrumentos de coação, o gestor simplesmente deixa de decidir.

Nenhum gestor de boa-fé vai arriscar o seu patrimônio material e moral quando o ambiente sugerir que há boa chance de seu trabalho ser desestruturado por uma intervenção judicial e que, além disso, poderá ser sujeito de sanções posteriores. Essa é uma situação caracterizada como paralisia do medo, quando o gestor se omite para se autoprotger, que Fernando Vernalha Guimarães²¹⁰ chama de “crise da ineficiência pelo controle”, ou seja, os gestores se sentem acuados e “não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger”.

A paralisia administrativa tem sido percebida pela doutrina e pelo Poder Legislativo. Relativamente à doutrina, em 2015, um grupo de professores de direito administrativo, capitaneados pelos Professores Carlos Ari Sunfeld (FGV-São Paulo) e Floriano de Azevedo Marques Neto (USP), com o auxílio do então Senador Antônio Anastasia, deram início a um esforço de atualização das regras gerais de direito público que culminou na apresentação de uma

²⁰⁹ PALMA, Juliana Bonacursi; SALAMA, Bruno Meyerhof. Ensaio sobre a coação instrumental dos controladores e a ação burocrática defensiva. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, STJ, n. 241, 2016.

²¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **RETE – Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 71, p. 01-03, 2016. No mesmo sentido: NIEBHUR, Joel de Menezes; NIEBHUR, Pedro de Menezes. Administração Pública do medo. **Jota**, São Paulo, publicado em 9 nov. 2017.

proposta de alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657/1942 – para que nela fossem inseridas novas normas legais com o intuito de aperfeiçoar a atividade administrativa e ao mesmo tempo estabelecer certo grau de moderação a toda espécie de controle sobre a Administração.

Em um dos artigos do Projeto de Lei n. 349/2015 do Senado Federal constava a possibilidade de ajuizamento de uma “ação declaratória de validade” da conduta da Administração com o nítido objetivo de dar segurança jurídica à escolha feita pelo gestor, livrando-o de uma injunção futura do controle judicial.

A versão final aprovada no Congresso Nacional trazia o seguinte conteúdo no artigo 25:

Artigo 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*.

§ 1º A ação de que trata o caput será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública.

§ 2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido.

§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

A ação declaratória colocada à disposição do gestor revelava o esforço da academia e do legislador para dotá-lo de um instrumento de defesa contra a intromissão posterior do controle judicial. A medida visava evitar a paralisia e proteger a tomada de decisão de boa-fé.

Ao comentar a proposta de lei, Marçal Justen Filho²¹¹ deixou evidente o propósito “antiparalisia” da sugestão normativa quando asseverou que a “inovação permitirá neutralizar defeitos gravíssimos que têm conduzido a atividade administrativa do Estado a uma situação de paralisia”.

Uma vez aprovado o Projeto de Lei n. 349/2015, o Presidente da República, por força de grande pressão midiática deslançada pelos órgãos de controle²¹², decidiu vetar o artigo 25 com o

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao artigo 24. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (org.). **Segurança jurídica e qualidades das decisões públicas**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 30.

²¹² “O Projeto de Lei no 7.448/2017 (PL no 349/2015 no Senado Federal), quando seguiu para a sanção presidencial, foi objeto de uma salutar discussão nos meios de comunicação, virtuais e físicos, com artigos e defesas polarizadas, típicas de um período de interações horizontais e acaloradas, marca do tempo presente vivido, mas que merecem serem adjetivadas de saudáveis, posto que robustecem a democracia e trazem à tona questões relevantes, engrandecendo a interpretação e a aplicação da lei, antes mesmo que entre no mundo jurídico.” BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; BLIANHERIENE, Ana Carla. LINDB: mais sobre efeitos do que sobre o combate às causas desejadas. **Jota**, São Paulo, 28 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-mais-sobre-efeitos-do-que-sobre-o-combate-as-causas-desejadas-28072018>. Acesso em: 27 mar. 2022.

argumento de um potencial aumento de demandas perante o Judiciário, somado o fato de que o ajuizamento poderia acarretar protelação da eficácia das decisões administrativas e violação do princípio da separação de poderes.²¹³

O veto presidencial foi mantido e a consequência foi a renúncia a um instrumento jurídico com grande aptidão para frear as consequências de intervenções judiciais que muitas vezes impactam o exercício das escolhas administrativas.

Apesar do veto presidencial, a estratégia de levar a questão para ser previamente decidida pelo Poder Judiciário tem sido usada pela Administração Pública como forma de incentivar um “processo decisório cooperativo”²¹⁴ ou como forma de proteção jurídico-política.²¹⁵

1.3.2 Barreira contra a inovação

Neste século XXI, já se percebe que a Administração Pública está inserida em um ambiente cercado de complexidade, isto é, há um aumento frequente de problemas com os quais o gestor público precisa lidar e para muitos deles não se vislumbram soluções simples ou respostas certas.²¹⁶

²¹³ “A ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença terá eficácia para todos, inclusive podendo dispor a respeito de preço e valores, poderá acarretar em excessiva demanda judicial injustificada, tendo em vista a abrangência de cabimento para a impetração da ação por ‘razões de segurança jurídica de interesse geral’ o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, há omissão quanto à eficácia de decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial pode se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes.” BRASIL. Poder Executivo Federal. **Mensagem n. 212/2018**. Veto ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 349/2015. Brasília, DF, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

²¹⁴ “[...] o próprio gestor tende a levar a decisão administrativa para análise do controlador. Esta estratégia não é estranha à gestão pública, bastando-se mencionar o valor das ações declaratórias de constitucionalidade em casos sensíveis. [...] o processo decisório cooperativo entre Administração e controlador aproxima-se do ato administrativo complexo, consagrando o deslocamento de parcela da competência administrativa para a instituição controladora.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (org.). **Controle da Administração Pública**, 2017.

²¹⁵ “As estratégias de judicialização ou substituição decisória externa significam a atribuição a outros poderes ou órgãos constitucionais do poder de decisão exclusivo do administrador com o fito de proteger-se jurídica e politicamente. [...] A grande vantagem é que a ‘terceirização’ da decisão ao Judiciário, de uma só vez, libera o administrador do ônus de decidir.” SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**, p. 360-361.

²¹⁶ SCHWELLA, Erwin. Inovação no governo e no setor público: desafios e implicações para a liderança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 56, p. 259-276, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/229/0>. Acesso em: 28 mar. 2022.

O respeito à diversidade, à globalização, ao combate à desigualdade e a busca da boa governança e de uma gestão eficiente são aspectos citados por Erwin Schwella²¹⁷ como desafios contemporâneos que pressionam a Administração Pública a dar respostas mais proativas.

A propósito, Roberto Pires define a Administração Pública complexa como aquela formada por inúmeros agentes, com uma direção central incapaz de controlar integralmente as relações entre seus agentes internos e externos e de oferecer instruções detalhadas de como concretizar todos os objetivos exigidos (artigo 3º da Constituição Federal de 1988). Diante dessas limitações, aos agentes públicos são conferidas competências para que, com autonomia, ajustem o seu comportamento em conformidade com as normas jurídicas e as condições do ambiente. Essa necessidade de adaptação constante caracterizará a dinamicidade da atividade administrativa e se ajustará à medida que as adversidades e ganhos forem ocorrendo (aprendizado).²¹⁸ Para tanto, será necessário abandonar mecanismos e processos institucionais inflexíveis em troca de uma maior flexibilidade no agir, tudo com o objetivo de alcançar o bem comum, a satisfação dos interesses da sociedade.

O conceito de Administração Pública complexa foi adaptado para o direito administrativo por Eduardo Jordão. O autor atribui a complexidade da Administração Pública à assunção de novas e relevantes funções, as quais exigem um desempenho com maior apuro técnico e atenção a implicações jurídicas e políticas que não podem ser desconsideradas.²¹⁹

A Administração Pública complexa, pela perspectiva material, pressupõe um aumento qualitativo do conteúdo da ação administrativa, isto é, exige-se do gestor público uma atuação muito mais precisa, célere e criativa, de modo que possa responder com eficácia as exigências de uma sociedade com interesses cada vez mais difusos e colidentes.²²⁰

O legislador, por si só, não dispõe de capacidade para resolver todos os problemas da sociedade de forma rápida, localizada e com um mínimo de eficiência. Diante dessa limitação, o

²¹⁷ SCHWELLA, Erwin. Inovação no governo e no setor público: desafios e implicações para a liderança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 56, p. 259-276, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/229/0>. Acesso em: 28 mar. 2022.

²¹⁸ PIRES, Roberto. Beyond the fear of discretion: Flexibility, performance and accountability in the management of regulatory bureaucracies. **Regulation & Governance**, Sidney, v. 5, p. 43-69, 2011. Disponível em: academia.edu. Acesso em: 2 abr. 2022; AGOSTINHO, Marcia Cristina Esteves. “Administração Complexa”: revendo as bases científicas da administração. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, FGV-EAESP, v. 2, p. 02-18, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/raeel/a/8JPVHJVJqyqVs5hSKhYdXz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²¹⁹ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, p. 34.

²²⁰ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, p. 34.

órgão legislativo transfere à Administração Pública a tarefa de responder aos reclames da sociedade.²²¹

A sociedade, por ser plural, apresenta um sem-número de demandas e elas são muito diversas. De outro lado, os recursos para dar concretude a essas exigências são limitados. Assim, não havendo orçamento para todas as demandas, algumas escolhas deverão ser feitas. Essas escolhas evidentemente devem ser dinâmicas e bem arquitetadas de forma a abarcar o máximo de interesses públicos possíveis. Para atuar nessa rotação, a Administração precisa organizar o seu capital humano e as suas condições materiais para criar as soluções mais exequíveis e adaptáveis às demandas postas. Em suma, a Administração precisa inovar.

Joseph Schumpeter, dissertando sobre desenvolvimento e inovação, leciona que inovar tem o sentido de realizar alguma coisa de maneira diferente para alcançar um resultado novo, visto como positivo.²²²

A inovação exige a presença de três elementos: “i) apresentar novidade no contexto em que é introduzida; ii) ser implementável, não se constituindo apenas em uma ideia; e iii) gerar melhores resultados em termos de eficiência, eficácia e satisfação do usuário”²²³.

A Administração Pública é um campo aberto à inovação. Qualquer empreendimento que tenha a eficiência e a eficácia como objetivos, ou seja, que vise à diminuição de recursos públicos, que simplifique procedimentos, que demande menos tempo e que possibilite fazer mais com menos, pode ser considerado uma inovação.

A inovação não acontece por geração espontânea, ela precisa ser incentivada pelos superiores hierárquicos, que precisam criar um ambiente com condições materiais e, principalmente, com liberdade para inovação.

À Administração Pública, a primeira e a mais importante destinatária da norma legislativa, impõe-se primordialmente a tarefa de interpretar a lei para traçar a melhor maneira de satisfazer a obrigação determinada pelo legislador, sem guias ou referenciais prévios.

²²¹ Id.

²²² SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Disponível em: https://www.ufjf.br/oliveira_junior/files/2009/06/s_Schumpeter_-_Teoria_do_Developmento_Econ%C3%B4mico_-_Uma_Investiga%C3%A7%C3%A3o_sobre_Lucros_Capital_Cr%C3%A9dito_Juro_e_Ciclo_Econ%C3%B4mico.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

²²³ CAVALCANTI, Pedro; CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; SEVERO, Wilber da Rocha. **Inovação na gestão pública federal**: 20 anos do Prêmio Inovação. Brasília: IPEA, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8788/1/Inova%C3%A7%C3%A3o%20na%20gest%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20federal.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

O gestor público não é uma figura mitológica, onipotente, pelo contrário, é um ser humano normal, passível de equívocos e também apetrechado para a correção de rumos quando necessário. A inovação nem sempre resulta em acertos exitosos, erros de boa-fé podem acontecer e devem ser esperados, pois o fracasso também concorre para a melhoria do aprendizado da gestão.

Em um ambiente em que a inovação é necessária, um controle judicial intenso e munido de ferramentas que garantam a imposição de sua escolha gera um efeito contraproducente à liberdade inventiva do gestor público. Como exemplo de atuação judicial contrária à inovação, cita-se o caso da Companhia do Metropolitano de São Paulo relativamente à instalação de equipamentos tecnológicos que realizam captura e tratamento de dados biométricos para reconhecimento facial.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e organizações da sociedade civil ajuizaram uma ação civil pública visando tolher o uso do reconhecimento facial com a alegação de que dados biométricos de todos os usuários do serviço público seriam capturados sem o respectivo consentimento, configurando assim uma medida “ilegal e desproporcional, pois todas as faces, de todos os usuários, serão lidas, copiadas, medidas e registradas”²²⁴.

Em 22 de março de 2022, a juíza responsável pelo caso proferiu decisão liminar para estancar o uso do reconhecimento facial com a justificativa de que estava “presente a potencialidade de se atingir direitos fundamentais dos cidadãos com a implantação do sistema”. Saliente-se que a decisão da magistrada não se respaldava em nenhuma análise técnica quanto ao uso da tecnologia *sub examine*, apenas alegava violação a princípios. A motivação para evitar o uso da nova tecnologia foi a sua potencial disposição para “atingir direitos fundamentais dos cidadãos”, o que levou Floriano de Azevedo Marques Neto²²⁵ a criticar a decisão pela falta de uma análise de consequências exigida pelo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (questão formal) e pela exclusão da inovação ante um possível uso irregular das informações capturadas (questão material), desconsiderando o fato de que milhares de pessoas

²²⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. **Ação n. 1010667-97.2022.8.26.0053**. São Paulo, SP, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/protecao-de-dados/reconhecimento-facial-metro-de-sp-23032022>. Acesso em: 29 mar. 2022.

²²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ludismo judicial e o reconhecimento facial em serviços públicos. **Jota**, São Paulo, 29 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/ludismo-judicial-reconhecimento-facial-em-servicos-publicos-29032022>. Acesso em: 29 mar. 2022.

cedem diariamente informações de identidade quando são filmadas em ambientes públicos e privados e mesmo quando usam aparelhos e aplicativos digitais.

Acrescente-se que no ordenamento brasileiro existe lei ordinária dispondo a proteção de dados – Lei n. 13.709/2018 – e nela há regulamentação sobre as possibilidades e as limitações do uso de dados particulares.

Certo é que nenhuma questão regulatória da referida lei foi objeto de exame pelo juízo da demanda, apenas foi invocada a “potencialidade de se atingir direitos fundamentais dos cidadãos”, expressão totalmente vaga e sem nenhuma parametrização normativa. Também não houve menção a nenhum princípio como justificativa da decisão, apenas arguiu-se a possibilidade de violar direitos fundamentais como fundamento da decisão.

A administração do Metropolitano de São Paulo certamente assumirá o ônus de replanejar seus custos e seus programas de segurança com a decisão judicial.

Segundo Eduardo Jordão, esse cenário de intervenção judicial constante tem à sua disposição o apoio otimista da doutrina, que acredita contribuir para “corrigir erros e revisar todos os problemas da decisão administrativa controlada”²²⁶.

A realidade, contudo, opõe-se à doutrina. Por mais bem intencionado que um juiz seja, falta-lhe capacidade técnica para analisar todos os aspectos da decisão administrativa; a decisão baseada apenas no direito (lei e princípios) não é suficiente para dar conta de todas as respostas aos problemas apresentados.

A Administração Pública também não dispõe de todas as respostas. A capacidade técnica é o que permite ao gestor ser flexível diante de novas exigências, possibilitando-lhe uma melhor adaptação entre o que foi determinado pelo legislador e as suas limitações materiais. Nesse campo, não há idealização, há pragmatismo.

Portanto, para controlar a Administração exige-se uma regra básica: o controle judicial demanda um mínimo conhecimento técnico²²⁷ e se não houver especialização técnica, esse controle não passará de uma atividade de mera intervenção apta a produzir ônus adicionais ou paralisia e, ao fim e ao cabo, sempre resultará em freio à disposição inovadora do gestor.

²²⁶ JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *In*: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública.**

²²⁷ MARRARA, Thiago. A crise dos controles da Administração Pública na crise brasileira: reflexões sobre o controle interno, judicialização e compliance estatal. *In*: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BORGES, Daniel Damásio (org.). **Aspectos jurídicos da crise brasileira: o direito em face dos grandes desafios nacionais.**

A possibilidade de um controle judicial intenso sobre a atividade administrativa incentivar  o gestor público a não ousar, a não buscar alternativas para novos problemas, mantendo a Administra o “ossificada”.

O termo “ossifica o”, apresentado por Thomas McGarity²²⁸, foi utilizado no âmbito da Administra o Pública norte-americana para se referir ao processo de tomada de decisão que se torna lento, rígido e oneroso em virtude de exigências feitas pelo controle judicial. A intensa carga de exigências judiciais geraria um esforço adicional por parte da Administra o, uma vez que seria obrigada a elaborar suas escolhas de forma a evitar que fossem totalmente descaracterizadas por uma decisão posterior.²²⁹

A fim de evitar o trabalho adicional, o gestor passa a decidir de forma lenta, cautelosa, muitas vezes esperando uma manifesta o do controle judicial, comportamento que não contribui para a desejada inova o.

Em estudo empírico realizado com base no método da análise econômica do direito, Fernando Meneguim e Maurício Bugarin²³⁰ concluíram o que controle judicial intenso gera um comportamento prudencial na Administra o, que deixa de tomar decisões necessárias como estratégia para evitar uma interven o judicial posterior.

A postura cautelosa do administrador público para evitar eventuais contesta es tem vários custos²³¹ e um deles   o desestímulo   inova o. Por essa razão, Thomas McGarity²³² terminou seu ensaio concluindo que seria melhor deixar a Administra o mais livre e flexível para fazer as próprias escolhas.

1.3.3 A corrosão da confiança na Administra o Pública

²²⁸ MCGARITY, Thomas. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process. *Duke Law Journal*, Durham, n. 41, p. 1385-1462, 1992.

²²⁹ Do original: “[...] evolving judicial doctrines have obliged agencies to take greater pains to ensure that the technical bases for rules are capable of withstanding judicial scrutiny [...]” Ibid., p. 1385.

²³⁰ MENEGUIM, Fernando; BUGARIN, Maurício. **Regula o ótima e atua o do Judiciário**: uma aplica o da teoria dos jogos. “[...]   possível que a preocupa o com os efeitos desestabilizadores do mercado da interven o judicial termine causando uma prudência excessiva na regula o ex-ante por parte do agente regulador”.

²³¹ JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da Administra o Pública. *In*: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administra o Pública**.

²³² “A successful future for this decisionmaking device requires that all three branches ‘back off’ and let it function with greater freedom and flexibility” MCGARITY, Thomas. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process. *Duke Law Journal*, Durham, n. 41, p. 1385-1462, 1992. p. 1462.

O controle judicial intenso tem forte impacto na geração de desconfiança na Administração porque sua atuação acaba gerando na sociedade a percepção de que direitos são sonegados por atacado.

Ingeborg Maus²³³ reconhece que o papel de destaque exercido pelo Poder Judiciário se dá muito mais pela confiança que a sociedade deposita nele do que pela existência de legislação de conteúdo indeterminável (princípios) e utilização de uma metodologia hermenêutica própria (ponderação e princípio da proporcionalidade).

A confiança é constatada na prática por pesquisas qualitativas, como o Relatório de 2021 do Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil)²³⁴, produzido pela Fundação Getúlio Vargas. O documento citado registra um alto índice de confiança no Poder Judiciário (40%), em comparação com as instâncias responsáveis por criar e executar as políticas públicas de atendimento a direitos (Administração Pública - nominada “Poder Executivo”: 29% e o Poder Legislativo: 12%).

Neste ponto da análise cabe fazer uma importante indagação: qual seria o problema da desconfiança na Administração Pública?

O problema é que em regimes democráticos a legitimidade da confiança na Administração Pública (e, por conseguinte, a sua manutenção) depende da “expressão da opinião manifestada pelos cidadãos, seja em processos mais ou menos difusos da sociedade civil (teoria deliberativa), seja em períodos eleitorais (teoria democrática representativa)”²³⁵.

A democracia se sustenta na confiança de suas instituições, em especial na Administração, responsável primeira pelo atendimento das demandas da sociedade. A ausência de confiança na Administração enfraquece a democracia, promove desequilíbrio entre poderes, favorecendo a prevalência de um deles e impede a Constituição de efetivar os seus objetivos, pois o “seu desempenho depende, sobretudo, da adesão e do autocomprometimento da sociedade e dos atores políticos e institucionais”²³⁶.

²³³ MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Trad. Martônio Barreto Lima. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Sociedade_Traducao_do_alem_ao_por_Martonio_M_B_Lima_e_Paulo_A_de_M_Albuquerque. Acesso em: 31 mar. 2022.

²³⁴ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil**. 2021. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30922/Relato%cc%81rio%20ICJBrasil%](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30922/Relato%cc%81rio%20ICJBrasil%20). Acesso em: 23 ago. 2021.

²³⁵ FERRES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. **Revista Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 35, p. 205-225, 2016.

²³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**, p. 69.

Portanto, a falta de confiança da opinião pública contribui para o enfraquecimento da Administração Pública e tonifica o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, afetando sobremaneira a separação de poderes e o regime democrático.

1.3.3.1 Conceito de confiança e panorama empírico da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Anthony Giddens compreende confiança como crença na “credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos”²³⁷.

Transportando o conceito sociológico construído pelo mencionado autor para o âmbito da Administração Pública, considera-se como “confiança administrativa” a credibilidade que o gestor dispõe em razão de acertos concretos anteriores alcançados com base na probidade e na atuação técnica.

O conceito aqui apresentado se escora em dois elementos centrais: “probidade” e “acertos concretos anteriores”. Isso significa que a confiança provém do êxito de condutas anteriores probas, em que a capacidade de satisfazer interesses ficou demonstrada.

No caso da Administração Pública brasileira, a confiança está condicionada à demonstração de ser capaz de implementar os “objetivos fundamentais” da República inseridos no artigo 3º da Constituição Federal.²³⁸

Os objetivos constitucionais fundamentais foram cunhados normativamente na forma de verbos de ação (construir, garantir, erradicar e promover), que exigem um comportamento ativo e constante.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, os objetivos fundamentais cravados na Constituição Federal contribuem para se alcançar a igualdade, pois são “obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional”²³⁹.

²³⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, p. 36.

²³⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A Administração Pública, instrumento do Estado brasileiro, tem resultados práticos a demonstrar quanto à perseguição dos “objetivos fundamentais”.

Estudos multidisciplinares coordenados por Marta Arretche²⁴⁰ no Centro de Estudos da Metrópole (CEM) da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências da Universidade de São Paulo (USP) examinaram dados dos censos demográficos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) no período de 1960 a 2010. Após a análise das informações dos últimos cinquenta anos, segmentadas por áreas (participação política, educação e renda, políticas públicas, demografia e mercado de trabalho), a autora concluiu que a partir de 1990 houve no país uma “queda acelerada dos níveis de pobreza, da desigualdade de rendas no mercado de trabalho e das desigualdades no acesso a serviços, entre indivíduos e entre regiões”²⁴¹.

Em 2009, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em estudo que investiu a produtividade da Administração Pública, concluiu que “a qualidade da produção pública evoluiu de forma parelha com a do setor privado”²⁴².

Em outro estudo produzido pelo mesmo instituto²⁴³, constatou-se que, em comparação com os demais países integrantes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil não tem excesso de servidores públicos. A pesquisa também demonstrou uma baixa partidização no âmbito dos cargos comissionados.

Do ponto de vista da assistência à saúde da população de baixa renda, o Programa do Governo Federal “Mais Médicos” foi considerado eficaz por auditoria operacional realizada pelo

²³⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, p. 283-295, 1996.

²⁴⁰ ARRETCHÉ, Marta. Apresentação. In: ARRETCHÉ, Marta (org.). **Trajatória das desigualdades**. Como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos. São Paulo: Ed. da Unesp, 2015. p. 6-7.

²⁴¹ “Nosso estudo sobre o Brasil mostra que, sob o regime democrático contemporâneo, a desigualdade foi reduzida em múltiplas dimensões relevantes. Caiu muito a desigualdade de renda, cresceu o acesso ao ensino fundamental, a energia elétrica e a coleta de lixo tornaram-se praticamente universais; a figura do trabalhador rural que nunca foi à escola está em vias de desaparecimento; a associação entre pobreza e falta de acesso a serviços básicos diminuiu sensivelmente; as desvantagens de mulheres e não brancos no mundo escolar e do trabalho foram reduzidas; a desigualdade nas condições de vida entre regiões ricas e pobres foi atenuada; a desigualdade de participação eleitoral é baixa e ampliaram-se significativamente os canais institucionalizados de participação extraparlamentar.” Ibid., p. 424.

²⁴² BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Produtividade na Administração Pública Brasileira: Trajetória Recente**. 2009. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5310>. Acesso em: 26 ago. 2021.

²⁴³ LASSANCE, Antônio. O serviço público federal brasileiro e a fábula do ataque das formigas gigantes. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA**, Brasília, 2017.

Tribunal de Contas da União²⁴⁴ devido ao seu sucesso em promover uma ampliação da cobertura sanitária em todo o território nacional.

O economista Paulo Tafner coordenou estudo²⁴⁵ do Instituto Mobilidade e Desenvolvimento Social (IMDS) realizado em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre a eficiência do programa de transferência de renda Bolsa-Família (hoje denominado Auxílio-Brasil) da Administração Pública Federal no período de 2005 a 2019.

Os investigadores perceberam que, dos beneficiários dependentes (pessoas de 7 a 16 anos), 7.451 milhões (de um total de 11,628 milhões) conseguiram sair do programa de transferência de renda, o que demonstra a sua eficiência para promover a erradicação da pobreza extrema.

Quanto ao capital humano da Administração Pública, a maioria dos servidores é recrutada por processo de seleção meritória, goza de estabilidade funcional e irredutibilidade de remuneração. Esses fatores criam condições para uma alta produtividade dos gestores públicos, além de evitar a patronagem dos agentes políticos, desincentivando a corrupção.²⁴⁶

No estudo realizado para investigar a qualidade da burocracia federal brasileira, Alexandre Gomide, Rafael da Silva Lins e Raphael Amorim Machado concluíram que a Administração Pública Federal é uma das burocracias “mais inovadoras e com culturas organizacionais mais restritivas à corrupção”²⁴⁷.

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 445/2017**. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-no-projeto-mais-medicos-para-o-brasil.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

²⁴⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO MOBILIDADE E DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Saída e permanência no CadÚnico**: uma análise dos beneficiários de 2005 do PBF. Um estudo a partir dos registros do Cadastro Único e da Folha de Pagamentos do Programa Bolsa Família. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <https://imdsbrasil.org/saida-e-permanencia-no-cadunico-uma-analise-dos-beneficiarios-de-2005-do-pbf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

²⁴⁶ GOMIDE, Alexandre; LINS, Rafael da Silva; MACHADO, Raphael Amorim. Burocracia e desempenho da administração pública. Em busca de teorias e evidências para reformas administrativas em países em desenvolvimento. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, FGV EAESP, v. 26, 2021.

²⁴⁷ “Podemos testar, com base em evidências empíricas, algumas das proposições teóricas presentes na literatura. Os achados corroboram várias delas, sobretudo acerca do efeito da meritocracia e autonomia burocrática sobre a eficácia, inovação e corrupção percebida nas organizações públicas. Os achados da pesquisa indicam que as organizações públicas federais com maior percepção de weberianidade burocrática estão correlacionadas a organizações mais inovadoras e com culturas organizacionais mais restritivas à corrupção. Da mesma maneira, organizações em que os burocratas apresentam maior percepção de autonomia individual estão correlacionadas a organizações mais eficazes.” GOMIDE, Alexandre; LINS, Rafael da Silva; MACHADO, Raphael Amorim. A variação de capacidades burocráticas na Administração Pública Federal brasileira: uma análise com dados de Survey. **Revista Organizações e Sociedade**, Salvador, BA, v. 29, 2022.

Os estudos qualitativos, contudo, não comprovam que a Administração Pública brasileira é um paraíso de excelência, mas são provas empíricas de que os “objetivos fundamentais da República” são o norte da sua atuação e que há êxito neste trabalho. Essa realidade demonstra que a Administração tem capacidade institucional e é o principal motor dos avanços revelados no estudo de Marta Arretche, principalmente.²⁴⁸

A respeito, é importante salientar que o exercício de comparação dos desempenhos da Administração e do Poder Judiciário seria impossível, uma vez que, devido à inércia da jurisdição, a sua “base de dados” (população) seria numericamente mais reduzida do que a atendida pela Administração. Esse fato não só inviabiliza comparações como também cria desigualdades, pois somente quem dispõe de condições para arcar com os custos do processo é que terá tratamento diferenciado por ordem judicial.

Apesar da percepção de grande confiança, há problemas consideráveis na forma como o Poder Judiciário distribui os seus serviços. Um primeiro problema foi constatado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em estudo pormenorizado sobre as demandas de natureza coletiva.

Os instrumentos processuais de natureza coletiva (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo), criados para dar à jurisdição um caráter mais coletivo de sua atuação, têm sido utilizados de forma desvirtuada, como estratégia para alcançar direitos individuais. Isso é o que demonstra a pesquisa de natureza qualitativa-quantitativa, denominada “Direitos e Garantias Fundamentais – Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva”²⁴⁹, produzida pelo CNJ em 2018.

²⁴⁸ ARRETCHÉ, Marta (org.). **Trajatória das desigualdades**. Como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos, p. 424.

²⁴⁹ “[...] a primeira conclusão que extraímos das análises quantitativas e qualitativas é o uso estratégico de ações civis públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos ou mesmo direitos individuais. Com frequência, ao contrário do que se podia esperar, os autores das ações tentam a garantia de direitos individuais, não a defesa de direitos coletivos em sentido difuso. Essa estratégia processual converte a ação coletiva em um instrumento com objetivos opostos àqueles a que originalmente se propôs: de questionamento, pelas coletividades atingidas, das violações de direitos cometidos por atores públicos ou privados; e de busca de soluções para problemas transindividuais, amparadas pela ação de atores estatais legitimados.

O uso estratégico das ações coletivas para ampliar o alcance de decisões judiciais e garantir uniformidade dos resultados foi problematizado pela pesquisa, especialmente por meio do survey. É de se presumir que uma das vantagens da ação coletiva seja exatamente a de reunir uma pluralidade de casos que envolvem o mesmo direito transindividual ou individual homogêneo. Entretanto, chama a atenção que, na percepção da maior parte dos magistrados, esta finalidade não é invocada ‘muito frequentemente’ como estratégia dos autores em nenhuma das três modalidades de ação coletiva. Poucos entrevistados responderam que o uso da ação civil pública (16,4%), da ação popular (3,6%) e do mandado de segurança coletivo (14,7%) com o objetivo de ampliar os efeitos e unificar os resultados do julgamento seja prática muito frequente dos atores legitimados [...].

[...]

O estudo de iniciativa do CNJ, como mencionado, confirma constatação apresentada por Thiago Marrara, de que o encampamento pelo Poder Judiciário da competência decisória da Administração Pública acaba dando forma a um “sistema assimétrico, em que uns cidadãos são mais protegidos que outros diante de ações e omissões estatais”²⁵⁰.

Em outra investigação sobre a atuação judicial, pesquisadores da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo realizaram investigação qualitativa com magistrados do Estado do Maranhão (juízes estaduais e federais) com o objetivo de analisar a percepção deles sobre o tema da judicialização da saúde pública.

Dados da pesquisa permitiram aos pesquisadores concluir que o fator determinante para a resolução do caso concreto é o “atendimento das expectativas das pessoas que buscam o Judiciário com demandas pautadas no direito à saúde” e que há uma “tendência a julgar favoravelmente ao autor da ação, especialmente diante de causas que não comportam uma análise mais profunda em decorrência da urgência de que se reveste”²⁵¹.

Na seara da saúde, os dados empíricos coletados mostraram que o Judiciário não atua com base em planejamento (nem de ação nem de custos), mas de forma reativa ao interesse individual declinado na ação.

O principal problema que essa estratégia dos atores sociais enseja é, a nosso ver, a proliferação de ações coletivas com vistas a ganhos individuais, distorcendo um instrumento voltado à defesa dos direitos coletivos em sentido estrito ou difusos, e minorando as possibilidades de diálogo e mobilização social.” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Direitos e Garantias Fundamentais – Ações Coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília, DF, CNJ, 2018. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2018/01/estudo-cnjcompressed.pdf?x30411>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁵⁰ MARRARA, Thiago. A crise dos controles da Administração Pública na crise brasileira: reflexões sobre o controle interno, judicialização e compliance estatal. In: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BORGES, Daniel Damásio (org.). **Aspectos jurídicos da crise brasileira**: o direito em face dos grandes desafios nacionais.

²⁵¹ “É possível concluir que o Judiciário se percebe como Poder importante na solução dos conflitos, mas reconhece seus limites advindos especialmente do fato de não dominarem os conhecimentos médicos e técnicos discutidos, bem como da força de suas próprias impressões psicológicas e sociais no ato de julgar casos que envolvem a saúde e a vida de uma pessoa.

Os participantes apontam alguma preocupação com o erário e com eventuais prejuízos suportados por terceiros (em especial, estabelecimentos privados, que fazem as vezes do Poder Público), porém, isso não é determinante para a resolução do caso concreto, mas sim o atendimento das expectativas das pessoas que buscam o Judiciário com demandas pautadas no direito à saúde. [...]

Percebe-se que o Poder Judiciário adotou uma ‘tendência’ a julgar favoravelmente o autor da ação, especialmente diante de causas que não comportam uma análise mais profunda em decorrência da urgência de que se reveste.

Porém há preocupação e iniciativas para melhorar a eficiência dessas soluções, com adoção de cuidados e parâmetros para analisar as nuances do caso concreto. São válidas aqui as contribuições de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 133), que diz ser complexo definir o sentido e o alcance do direito à saúde, pois a necessidade de evitar a morte, a dor ou sofrimento físico é critério muito amplo e impreciso para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde, sendo igualmente complexo definir quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis e possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção da saúde do indivíduo.” NEVES, Pilar Bacellar; PACHECO, Marcos Antônio Barbosa. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 13, p. 749-768, 2017.

Outra investigação com dados empíricos foi realizada para constatar diferenças de gênero na tomada de decisão de órgão judicial colegiado.

Com o mesmo intuito, Diogo Werneck Arguelhes, Juliana Cesario Alvim Gomes e Rafaela Nogueira pesquisaram decisões de 1.034 processos proferidas no período de 2001 a 2013, em todas as turmas e no plenário do Supremo Tribunal Federal, a fim de testar a seguinte hipótese: a questão do gênero do ministro(a) “afeta o modo como seus(suas) colegas se comportam quando se trata de (i) divergir ou não do voto do relator; e (ii) pedir ou não vista dos autos”. A conclusão dos pesquisadores demonstrou que a questão de gênero pode “influenciar comportamentos com relação a relatoras do sexo feminino”, pois as “juízas se sentiriam mais constrangidas em entrar em conflito com um colega do sexo masculino”. Esses dados “de fato apontam para vieses de gênero nas atitudes dos ministros em relação às relatoras”.²⁵²

Evidentemente, não se pode transferir essa conclusão para outros tribunais porque não houve coleta de dados que a comprove; porém, se na mais alta Corte judicial do país, com seus julgamentos televisionados e com grande cobertura midiática, tal fato acontece, então há motivos para se acreditar que o mesmo problema que atinge o processo decisório também ocorre nos demais tribunais do país.

Em suma, as pesquisas empíricas sobre o Judiciário, ainda que não tenham um amplo campo de observação sobre os efeitos gerais de sua atuação, evidenciam que também existem problemas neste Poder da República quanto à sua maneira de tomar decisões.

1.3.3.2 As causas da desconfiança na atuação da Administração Pública

A desconfiança na atuação da Administração Pública é um problema que sempre esteve presente na história nacional.

Dois são os estigmas que corroem a confiança na Administração: a) o seu quadro de servidores é excessivo e dado à lassidão; e b) a corrupção se espalha por toda a atuação administrativa.

²⁵² ARGUELHES, Diogo Werneck; GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, CEUB, v. 8, p. 855-876, 2018. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2018/09/9ab99adbfc28c8c3c76248ceef67376.pdf?x30411>. Acesso em: 31 mar. 2022.

O primeiro estigma mencionado decorre de uma crença que impregna o imaginário nacional desde o Império. Machado de Assis²⁵³, com a “pena da galhofa e a tinta da melancolia”, narrou em primeira pessoa a vida de Brás Cubas, um rapaz que empregava a renda da família com prazeres e que, por isso, foi mandado pelo pai a Coimbra para se bacharelar e se qualificar para ocupar uma vaga no parlamento. Na faculdade foi “um acadêmico estroina, superficial, tumultuário e petulante, dado às aventuras, fazendo romantismo prático e liberalismo teórico, vivendo na pura fé dos olhos pretos e das constituições escritas”²⁵⁴. Ao final, foi nomeado a um cargo na Administração Pública (“secretário-geral de uma província”²⁵⁵).

Tavares Bastos (1839-1875), político e jornalista, enxergava a Administração como “repartições centrais erradamente organizadas, cujo serviço interno é do mais difícil jogo e mais rotineiro, não contam com pessoal idôneo e exigem todo dia aumento de pessoal”²⁵⁶.

Augusto Viveiros de Castro, um dos principais administrativista da Primeira República, ao se opor à intervenção estatal direta na economia, apresentava os “tradicionais defeitos da burocracia”: “rotina, lentidão, negligência, falta de iniciativa, espírito de intriga e de nepotismo etc. A atrofia e a letargia intelectuais [...] seriam centuplicadas [...]”²⁵⁷.

Francisco Gaetani reconhece que as constituições anteriores a de 1988 fracassaram na tarefa de criar uma burocracia profissionalizada e meritocrática e “contribuíram para uma visão distorcida da opinião pública sobre as características do serviço público”²⁵⁸. Segundo o autor, muitas pessoas “ingressaram no Estado por meio de algum tipo de favor ou subterfúgio e passaram a gozar de uma vida tranquila de pouco trabalho e muitos privilégios”²⁵⁹.

Apesar do arraigamento dessa crença no senso comum, as pesquisas empíricas apresentadas linhas atrás demonstram que essa visão não espelha a verdade e que aos poucos vai cedendo no imaginário popular.

O segundo estigma refere-se a uma criação mitológica para evidenciar que a Administração é marcada pela corrupção desde o protocolo do requerimento até a decisão final.

²⁵³ ASSIS, Machado de. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. 1. Disponível em: Acesso em: 1º abr. 2022.

²⁵⁴ Ibid., capítulo 20.

²⁵⁵ Ibid., capítulo 83.

²⁵⁶ MORAIS FILHO, Evaristo. **As ideias fundamentais de Tavares Bastos**, p. 80.

²⁵⁷ VIVEIROS DE CASTRO, Augusto. **A questão social**, p. 32.

²⁵⁸ GAETANI, Francisco. Funcionalismo público. In: AVRITZER et al. (org.). **Corrupção**. Ensaio e críticas, p. 408-409.

²⁵⁹ Id.

A corrupção pública é entendida por Luiz Fernando Miranda como prática de se efetuar um pagamento ilegal (valor financeiro ou não) visando a aquisição, aceleração ou omissão de atuação de conduta a ser realizada por um agente público. O elemento subjetivo pode ser de origem pessoal ou política, tanto para quem deseja corromper quanto para o corrompido.²⁶⁰

Em sua doutrina, Luís Roberto Barroso²⁶¹ relata que a corrupção tem origem em três disfunções que se mantêm ativas no país desde a sua colonização: a) o patrimonialismo: a impossibilidade de separação entre o público e o privado, dando-se preferência à pessoalidade nas relações com a coisa pública; b) o oficialismo: excessiva dependência do Estado, que se torna mais importante que a sociedade, já que ele se faz imprescindível para realização de projetos pessoais, sociais ou empresariais; c) a cultura da desigualdade: não há igualdade sob nenhum de seus três aspectos (formal, material e de reconhecimento), o que leva à criação de um universo de privilégios (carro oficial, prisão especial, auxílio-moradia, subsídios tributários, foro privilegiado).

De fato, a corrupção é um traço marcante na vida pública brasileira, não há como negar. Como disse Luís Roberto Barroso, ela tem origens longínquas e nos acompanha até hoje. Os casos do Mensalão e da Operação Lava-Jato (e não só estes) estão aí para confirmar a assertiva. No entanto, não é possível tratar a corrupção como prática corrente da atividade administrativa nacional pelas seguintes razões: primeira porque não há nenhuma possibilidade de se comprovar empiricamente que o nível de corrupção no Brasil é maior ou menor que em outros países. Índices de “percepção de corrupção” não passam de mera opinião sobre “algo que não foi testado, e que, portanto, não precisa de verificação para sua afirmação”²⁶²; segunda razão, porque a corrupção não é algo inextinguível em sua totalidade. A tentativa de extinguir a corrupção levará a um excesso de regras que dificultará o desempenho de qualquer atividade administrativa ou a uma supervisão estatal ininterrupta, propiciando o estabelecimento de um regime antípoda à democracia. Concorde-se com Adrian Vermeule²⁶³, que ao partir do ponto de vista econômico entende ser equivocado buscar uma minimização total da corrupção porque seria uma iniciativa

²⁶⁰ MIRANDA, Luiz Fernando. Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, UnB, v. 25, p. 237-272, 2018.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Combate à corrupção e Estado de Direito – A experiência brasileira*. Justiça&Cidadania, 24 janeiro 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/combate-corrupcao-e-estado-de-direito-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁶² MIRANDA, Luiz Fernando. Corrupção e percepção de corrupção. *Revista Em Debate*, Belo Horizonte, v. 2, p. 25-30, 2010.

²⁶³ VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, p. 15-43, 2019.

muito custosa, devendo ser priorizado o esforço de encontrar um nível de equilíbrio. O autor argumenta que as instituições criadas para prevenir a corrupção são onerosas e também necessitam de controle. Além disso, despende muita energia no controle da corrupção leva a Administração a desviar o seu foco, que deveria ser o cumprimento de seus deveres constitucionais; e terceira razão, não se pode olvidar que a corrupção ganha efeito amplificador com a exposição interessada da mídia (interesse mercadológico e/ou político).

No que tange à terceira razão de não se poder considerar a corrupção como prática rotineira no exercício da atividade administrativa, João Ferres Júnior e Luna de Oliveira Sassara identificaram um fenômeno midiático concebido como “escandalização da corrupção”²⁶⁴, que traduz um comportamento intencional dos meios de comunicação, consistente em agendar e agrupar um conjunto de práticas e fatos, formatando-os de modo a “constituir um produto, com narrativas próprias, personagens principais e um nome próprio, como, por exemplo, Mensalão, Trensão, Aeroporto de Cláudio etc.”²⁶⁵. A mídia, segund os autores, constrói um escândalo à medida que agrega “em uma só narrativa, sob um mesmo nome próprio, miríades de informações, declarações, relatos, documentos, procedimentos judiciais, sempre produzidos por vozes autorizadas pelo próprio jornalismo”²⁶⁶.

O efeito midiático da corrupção não escapou do olhar dos administrativistas. Rodrigo Valgas dos Santos vê nesse efeito um propulsor da desconfiança na Administração, com potencial suficiente para “gerar permanente estado de dúvida acerca da credibilidade das decisões administrativas, o que em última análise tira a legitimidade da sua decisão – com conseqüente falta de deferência dos órgãos de controle”²⁶⁷, ocasionando como conseqüência uma intensa interferência controladora na atividade administrativa.

Mesmo sendo mais um mito intencionalmente construído do que uma verdade irresistível, o discurso de corrupção na Administração Pública é resistente e se mostra muito vivo na doutrina administrativista, servindo de escudo contra críticas ao controle intenso exercido pelo Poder Judiciário.

²⁶⁴ FERRES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. **Revista Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 105, p. 205-225, 2016.

²⁶⁵ Id.

²⁶⁶ FERRES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. **Revista Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 105, p. 205-225, 2016.

²⁶⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**, p. 129.

Cláudio Ladeira de Oliveira²⁶⁸ aponta dois fatores que motivam a fé inabalável no controle judicial: a) discurso da corrupção difusa nos Poderes Executivo e Legislativo propagado pela imprensa; e b) aceitação passiva nas faculdades de direito e na sociedade civil da ideia de que o Poder Judiciário e o Ministério Público são tributários de muita confiança porque atuam diretamente contra a corrupção.

Sobre os impasses do controle judicial exercido sobre a Administração Pública, Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Palma Bonacorsi²⁶⁹ sustentam que a atividade controladora consegue sobrepujar-se perante o gestor público apenas por questões reputacionais, que foram moldadas por meio de uma linguagem doutrinária repleta de truísmos (“verdades declaradas”).

A doutrina administrativista ajuda a alimentar a desconfiança na Administração Pública ao reproduzir os seguintes truísmos:

Quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar (discrecionabilidade), maior o risco de corrupção;
 Quanto maior a incidências de controles, maior a certeza de que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade;
 Instituições de controles fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos, barram a corrupção;
 A corrupção na máquina pública é contida por meio de punições exemplares: é o efeito simbólico de sanções pesadas que constrange novas práticas delitivas e infracionais.²⁷⁰

A noção de que há “presunção de corrupção no exercício da atividade administrativa”²⁷¹ propagada pela doutrina é robusta o suficiente para lançar a desconfiança para além do controle judicial.

²⁶⁸ “A sensação de que tal crítica aos excessos do judiciário é equivocada resulta de diversos fatores. Em primeiro lugar, a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas é, há muito, recorrente na imprensa e nos diálogos públicos, de um modo tal que parece pertencer à fauna e flora nacional, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos as instâncias parlamentares e o poder executivo. Com isso a política ‘prática’ ganha conotações não exatamente virtuosas o que confere ares de ‘extravagância intelectual’ à tentativa de usar a política legislativa como critério moralmente legítimo para qualquer coisa. Em segundo lugar, especialmente nas faculdades de direito, mas também em grande parte na sociedade civil, as instituições ‘não-diretamente’ políticas do judiciário e do ministério público são vistas como parcialmente responsáveis pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção.” OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, FDV, n. 16, p. 183-216, 2015.

²⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (org.). **Controle da Administração Pública**.

²⁷⁰ Id.

²⁷¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (org.). **Controle da Administração Pública**.

Alexandre Ribeiro Motta investigou o sistema de compras públicas da Administração Pública Federal para constatar se havia eficiência do gasto público nesse setor. A conclusão foi estarrecedora²⁷²: o modelo legal de aquisições foi chamado pelo autor de “corruptocêntrico”, que também percebeu que a própria Administração Pública, ao interpretar a legislação de compras, reforça a visão corruptocêntrica ao exacerbar formalismos e evitar inovações.²⁷³

Aqui, considerando o escopo do presente estudo, cabe fazer outra indagação: em um cenário em que a desconfiança é gerada a partir de vários polos, como o controle judicial consegue contribuir para o esvaziamento da confiança na Administração Pública?

O controle judicial utiliza a ideia equivocada do senso comum para justificar a interferência intensa na atividade administrativa e, com isso, replica e exacerba o mesmo controle.

O acentuamento da desconfiança por parte do Poder Judiciário se materializa não só na decisão invasiva da competência do gestor, mas também na capacidade que dispõe de fazer reverberar na sociedade o teor da sua decisão.

Na percepção de Maria Tereza Sadek, os filósofos Montesquieu e Rousseau, apesar das divergências, modelaram um Poder Judiciário cujo papel seria sintetizado como “um poder mudo, encarregado de aplicar a lei, arbitrando conflitos”²⁷⁴.

Tanto tempo depois, no limiar do século XXI, as previsões de Montesquieu e de Rousseau suscitam questionamentos: a) é discutível a capacidade do Judiciário de não só resolver

²⁷² “Isto se deve ao fato fundamental de que todo o sistema de compras públicas brasileiro, a começar por sua legislação, tem como principal preocupação evitar eventuais atos de corrupção. No que tange especificamente ao arcabouço jurídico, tal espírito se explicita tanto por seus excessos ritualísticos, quanto pelas interpretações restritivas de seus dispositivos por parte dos envolvidos no processo de aquisição pública. Como decorrência disso, surge uma cultura do medo, que afeta visceralmente a mão-de-obra responsável pela implementação do processo de aquisição, tornando-a naturalmente resistente a inovações. Assim, como no modelo – Geocêntrico, prevalecente até a idade média, onde a terra seria o centro do universo, o sistema federal brasileiro de compras públicas poderia ser chamado de – Corruptocêntrico, tendo como base fundamental o Combate à Corrupção, elemento em torno do qual gravitam, em órbitas hierarquizadas por ordem de importância, a Legislação, os Sistemas, as Pessoas e por último, quando possível de se enxergar a olho nu.” MOTTA, Alexandre Ribeiro. **O combate ao desperdício no gasto público**: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro, p. 160-161.

²⁷³ O estudo foi realizado na ótica da Lei n. 8.666/1993, substituída pela Lei n. 14.133/2021. A datação do estudo não retira o seu realismo, dado o alerta de Joel Menezes Niebhur acerca da indisposição da Administração Pública em utilizar a nova lei. (A NLLC e a urgência pela sua aplicação. [Entrevista concedida a] FÓRUM Convida, 25 mar. 2022. Episódio de Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/6fjKyb426ntfWCD9nWJn5K>. Acesso em: 22 abr. 2022).

²⁷⁴ SADEK, Maria Tereza. **Estudos sobre o sistema de justiça**. 2002. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/o-que-ler-1970-2002/volume-iv/662-estudos-sobre-o-sistema-de-justica/file>. Acesso em: 2 abr. 2022.

conflitos, mas também de criá-los; b) a tarefa de aplicar a “lei” também é contestável devido à mutação do conceito de lei e à ausência de monopólio desta atividade.

Apesar dessas controvérsias, sobrevive a certeza de que nessa quadra da história o mutismo deixou de ser uma característica do Poder Judiciário.

Não é suficiente que a atividade jurisdicional satisfaça a demanda proposta de forma rápida e efetiva. A população precisa perceber a dinâmica e o sentido da sua atuação. Para alcançar esse objetivo, o Judiciário tem-se valido de técnicas de marketing e de comunicação institucional para permitir que o trabalho da jurisdição seja de fato notado pelo “usuário”. Essa publicidade dirigida colabora para o reposicionamento de sua imagem ou para promover a conscientização do cidadão sobre direitos e deveres.²⁷⁵

Dentro das estruturas dos tribunais do país, tornou-se normal a existência de cargos de “assessoria de imprensa”, com a incumbência de traduzir para linguagem coloquial as tecnicidades da decisão judicial, objetivando, com isso, facilitar a compreensão do seu conteúdo pela população.

Nesse sentido, o trabalho da assessoria de imprensa é formatar a decisão judicial como “notícia jornalística” e promover a mediação com órgãos de comunicação social (sítios eletrônicos da instituição ou a imprensa em geral) para que ganhe ampla divulgação.

Não há dúvidas de que a função de assessoria de imprensa caracteriza um trabalho jornalístico, no entanto não se pode deixar de reconhecer que ela carrega implicitamente um viés de propaganda, pois veicula um único ponto de vista.²⁷⁶

Pela via da propagação de uma “notícia” adredemente fomentada por assessoria de imprensa profissional, o Poder Judiciário dá publicidade a decisões suas que revertem escolhas administrativas, o que contribui para intensificação da desconfiança na atuação da Administração Pública.

Uma das consequências da publicidade ampla da decisão judicial é a potencialização de seu efeito de precedente.²⁷⁷ Ao invadir a esfera de escolha da Administração o Poder Judiciário

²⁷⁵ LODI, Marluce Dantas de Freitas; SAUERBRONN, João Felipe Rammelt. Construção da imagem institucional do Poder Judiciário – uma análise baseada nas campanhas publicitárias do Conselho Nacional de Justiça. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, FGV EBAPE, v. 10, p. 925-945, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/DMwW7QrbTQ4t54p5xLGKwYr/?lang=pt>. Acesso em: 1º abr. 2022.

²⁷⁶ ANJOS, Manoel Moabis Pereira dos. **O dispositivo coletivo de imprensa na Operação Lava Jato**: estudo das estratégias estabelecidas por fontes, assessores e jornalistas. Tese (Doutorado em Ciência da Comunicação) – Universidade do Vale dos Sinos. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/9716/Manoel%20Moabis%20Pereira%20dos%20Anjos_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º abr. 2022.

estabelece a sua opção jurídica e tal decisão funcionará como incentivo e elemento de persuasão para que novos agentes busquem os órgãos judiciais para pôr à prova a tomada de decisão administrativa.

O efeito multiplicador do precedente gera descrédito na Administração, que vê suas escolhas desmerecidas pelo cidadão, que passa a considerá-la apenas como decisão preliminar passível de ser revertida perante o Poder Judiciário. Exemplo desse efeito multiplicador ocorreu durante a Pandemia de COVID-19. O Ministério da Saúde não só elaborou um “Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação” ao estabelecer a ordem de vacinação pelo critério de faixa etária como também determinou a prioridade da União, de Estados e Municípios na aquisição das vacinas ao vetar a possibilidade de aquisição por entidades privadas.

Em 4 de março de 2021, o juiz da 21ª Vara Federal Cível do Distrito Federal autorizou²⁷⁸ o Sindicato dos Motoristas Autônomos de Transportes Privado Individual por Aplicativo (Sindmaap) do Distrito Federal a importar vacinas sem a necessidade de doação para o Plano Nacional de Imunização (PNI) e sem a obrigação de solicitar autorização da agência reguladora.

Uma rápida pesquisa na plataforma Google mostra a grande publicidade e a repercussão que essa decisão teve na internet e nas demais mídias.

O precedente, largamente sustentado por argumentação principiológica a favor do direito à saúde, serviu de fundamento para que outras decisões liminares viessem a desafiar a escolha administrativa, encorajando a sociedade a contestar a autoridade da Administração.

Proferida a primeira decisão liminar, outras duas de idêntico teor foram outorgadas pelo mesmo juízo em favor da Associação Nacional de Magistrados Estaduais (Anamages)²⁷⁹, da Refinaria Refit e de empresas do mesmo grupo.

²⁷⁷ Por precedente entende-se “o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial porque esta se ocupa apenas da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser considerado nas posteriores decisões, como paradigma”. OLIVEIRA, Pedro Miranda. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 216, p. 13-34, 2013. p. 16.

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Vigésima Primeira Vara Federal Cível do Distrito Federal. Decisão liminar. **Ação n. 1007074-73.2021.4.01.3400**. Brasília, DF, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-autoriza-sindicato-motoristas.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2022.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Vigésima Primeira Vara Federal Cível do Distrito Federal. Decisão liminar. **Ação n. 1011721-14.2021.4.01.3400**. Brasília, DF, 10 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-autoriza-associao-magistrados.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2022.

Em 5 de abril de 2021, o Tribunal Regional Federal da Terceira Região²⁸⁰ autorizou o Sindicato dos Empregados no Comércio de Campinas-SP a comprar quinhentas mil doses de vacina.

Como se vê, a decisão judicial que desautoriza a escolha administrativa acaba dando causa a outras ações contestando a autoridade do gestor público até que sobrevenha uma reversão em instâncias superiores ou até que a Administração se curve e adira à escolha do Poder Judiciário, alterando o seu planejamento inicial.

Há casos em que o Poder Judiciário dispensa até o uso da assessoria de imprensa. Nessa hipótese, um de seus representantes assume pessoalmente a missão de transmitir, via entrevista aos órgãos de imprensa, a versão institucional sobre a atuação da jurisdição.

Um exemplo²⁸¹ da ampla repercussão dessa estratégia de comunicação ocorreu em 2010, quando o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, veio a público para divulgar a pesquisa “Justiça em Números” e afirmou a “arrecadação” e transferência pelo Poder Judiciário de vultosa quantia ao erário, suficiente para custear o seu funcionamento e ainda devolver valores:

O Judiciário é responsável por significativas receitas para o Estado. Nesse sentido, em 2009, foram arrecadados pelo Judiciário R\$ 19,3 bilhões em receita de execuções. Ou seja, 51% dos valores gastos pela Justiça são devolvidos aos cofres públicos por meio dessa arrecadação.

A forma como a informação foi transmitida dá a entender que o Poder Judiciário é o órgão responsável pela arrecadação de ingressos públicos, quando na verdade tal competência não lhe é atribuída. O papel desempenhado pelo órgão judicial na cobrança de valores é o oposto, quando evita, por meio de suas decisões, que a Fazenda Pública adentre diretamente o patrimônio do devedor e tome o valor do débito.

A manifestação do Ministro Cezar Peluso, além da reclamação de um crédito indevido (*credit claiming*), sugere que a Administração não tem capacidade institucional nem meios para arrecadar receitas públicas e que seria necessário “terceirizar” a tarefa ao Poder Judiciário.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Agravo de Instrumento n. 5006437-15.2021.4.03.0000**. Relator Desembargador Federal Johanson Di Salvo. São Paulo, SP, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/trf-autoriza-sindicato-campinas-comprar-vacina-covid>. Acesso em: 1º abr. 2022.

²⁸¹ HAIDAR, Rodrigo. Judiciário não é órgão arrecadador, afirma Unafe. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 set. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-set-16/judiciario-nao-orgao-arrecadador-uniao-afirma-unafe>. Acesso em: 1º abr. 2022.

O Tribunal de Contas da União, outro órgão de controle, também lançou mão desse expediente de marketing para justificar a sua importância e, indiretamente, impulsionar a desconfiança na Administração.

Assim, considerando-se o montante dos benefícios potenciais e efetivos das ações de controle externo resultantes de deliberações e processos do TCU (R\$ 77.030.413.784,66), dos levantamentos realizados pelo Sistema Alice (R\$ 426.204.562,86), das análises dos atos de pessoal (R\$ 504.879.642,34), das condenações em débito e das multas aplicadas (R\$ 9.130.824.760,31), verifica-se que, em 2021, o somatório dos benefícios financeiros das ações de controle atingiu o valor total de R\$ 87.092.322.750,17, valor 40,04 vezes superior ao custo de funcionamento do TCU no período (R\$ 2.174.654.396,56).²⁸²

O marketing judicial vestido de “comunicação institucional” para produzir narrativas que capturem os efeitos positivos de competência da Administração apenas estimula a desconfiança na atividade administrativa.

1.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Neste capítulo, cuidou-se de apresentar o percurso histórico do controle judicial no Brasil, iniciando com a contenção forçada pela Lei n. 221/1984 da Primeira República até a intensidade deflagrada com a filosofia do neoconstitucionalismo, que veio a reboque da Constituição Federal de 1988.

A transformação da legalidade em juridicidade e o abandono do princípio da separação de poderes como parâmetros do controle judicial da Administração em favor de métodos oriundos da teoria geral do direito e da hermenêutica constitucional possibilitou que o Poder Judiciário decidisse toda sorte de questões com base em argumentação de direito, menoscabando posições institucionais, dilemas de ordem política e aspectos técnicos de outras ciências.

Um controle judicial intenso captura a competência da Administração de fazer escolhas públicas e com isso provoca consequências no desempenho de sua atividade, colocando-a em situação de paralisia, impedida de inovar e alvo da desconfiança pública.

Os inconvenientes provocados na esfera administrativa geram a necessidade de um controle judicial mais contido, que se comporte de maneira mais deferente, sendo menos prejudicial e mais enquadrado nos seus limites.

²⁸² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU – 2021**. Brasília, DF, 2022. p. 50. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/relatorio-anual-de-atividades-do-tcu.htm>. Acesso em: 1º jun. 2022.

As lições desse capítulo abrem caminho para a análise dos modelos de deferência produzidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com ênfase no exame dos precedentes e nas considerações doutrinárias existentes, de modo a compreender as bases da teoria de deferência vigente naquele país.

2 TEORIAS DE DEFERÊNCIA JUDICIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como o controle judicial no Brasil se intensificou largamente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ponto de capturar a competência administrativa de fazer escolhas públicas, a estruturação de contraposições acadêmicas e jurisprudenciais não podem se limitar a uma estratégia de reforço argumentativo do princípio da separação de poderes.

A separação de poderes, principal argumento para o esforço de comedimento forçado do Poder Judiciário, necessita de auxílio de outra categoria jurídica para lhe dar sustentação.

Para embasar a construção teórica de uma cláusula geral de deferência, fundamentada nos elementos normativos introduzidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.665/2018, busca-se como suporte epistêmico a doutrina de deferência judicial elaborada a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

É importante observar que o estudo não se propõe a enxertar uma espécie deferencial diretamente no ordenamento nacional. A intenção metodológica é manipular os precedentes da experiência norte-americana como fundamento para arquitetar uma proposta de regime de deferência a partir dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

E por que motivo uma doutrina estrangeira poderia servir de baliza para um modelo de deferência no Brasil? Essa indagação permite inferir, de plano, algumas respostas. Primeiro, porque a experiência norte-americana é exitosa, com um Poder Judiciário deferente às escolhas públicas da Administração (se comparado com o Brasil) e dotado de expertise singular para confeccionar um critério formal bem definido (Doutrina *Chevron*) e de relativa simplicidade para aplicação prática²⁸³. Segundo, porque, com a globalização, o direito administrativo rompeu as limitações geográficas e passou a ser transnacional²⁸⁴, com vários países aplicando um conjunto de ideias comuns. Diante dessa comunhão de fundamentos administrativos, por que não utilizar a experiência norte-americana se ambos os países compartilham dos mesmos princípios-base

²⁸³ VALLE, Vanice Lírio. **Deferência judicial para com escolhas administrativas**. 2019. (29m49s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AgVj9z6MamI>. Acesso em: 20 abr. 2022.

²⁸⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Direito administrativo transnacional. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Forum, n. 24, p. 109-126, 2009.

(separação de poderes, sistema presidencialista, forma de governo republicana, estado federal, regime democrático)? Terceiro, porque há uma aproximação entre o direito administrativo brasileiro e o direito administrativo proveniente do sistema de *common law*.

Por muitos anos preponderou a opinião de Albert Venn Dicey²⁸⁵ de que o direito administrativo francês seria incompatível com a ideia *rule of the law* existente no sistema anglo-americano. Essa ideia é rechaçada desde 1954, quando Bernard Schwartz lançou o estudo “*French Administrative Law and the Common Law world*”²⁸⁶, afirmando que o sistema gálico também se submetia às características do *rule of the law*.

Desde Antônio Joaquim Ribas²⁸⁷ e do Visconde de Uruguai²⁸⁸, a doutrina descreve o direito administrativo brasileiro como uma tentativa de adaptação local das regras do direito administrativo francês, realçando o seu *pedigree* de base romanística.

Apesar da íntima conexão histórica com o direito administrativo francês, o congêneres nacional também é muito marcado pela influência do sistema de *common law*.

Florianio de Azevedo Marques Neto²⁸⁹ aponta quatro “momentos-chave” da formação da Administração Pública e do direito administrativo brasileiro que demonstram uma forte influência dos modelos jurídicos de países da *common law*, em especial dos Estados Unidos da América, a saber: 1º) após a instauração da República, Rui Barbosa, sob declarada influência da Constituição norte-americana, empenha-se para que a Constituição de 1891 adote o sistema uno de jurisdição; 2º) durante o Estado Novo (décadas de 1930 e 1940), a criação do DASP, órgão de estruturação e regulamentação do quadro de pessoal da União, extraiu seu fundamento do *Classification Act*, de 1923, importando as ideias de designação de cargos, mérito e carreira; 3º) na década de 1960, durante o Regime Militar, foi editado o Decreto-Lei n. 200/1967, norma que ainda estrutura a Administração Pública Federal, uma derivação das reformas administrativas de 1947 e 1953 dos Estados Unidos e da reforma administrativa de 1960 do Canadá; 4º) na década

²⁸⁵ “Em muchos países continentales, y notablemente em Francia, existe una estructura de derecho administrativo – conocida por los franceses como droit administratif – que se sustenta sobre ideas ajenas a las asunciones fundamentales de nuestro common law inglés, y especialmente a lo que hemos denominado rule of law.” DICEY, Albert Venn. El rule of law comparado con el droit administratif. In: DICEY, Albert Venn (org.). **El Derecho de la Constitución**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 341.

²⁸⁶ GERHARD, Bebr. Review. **Yale Law Journal**. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/14111>. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁸⁷ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Noções preliminares.

²⁸⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Paulino José Soares de Sousa, Visconde do Uruguai**.

²⁸⁹ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, 2015.

de 1990, há intersecções singularizadas pela implementação de agências reguladoras, início de uma relação mais direta com o terceiro setor (extraídas do direito norte-americano) e positividade constitucional do princípio da eficiência e disseminação das ideias do *New Public Management* (ambas do direito inglês).

Além de evidenciar a ligação direta entre os sistemas jurídicos, Floriano de Azevedo Marques Neto rechaça a posição de Albert Venn Dicey, afirmando existir direito administrativo no *common law* porque tal sistema não se caracteriza pela exorbitância de regras de direito privada nem pela existência de jurisdição dual, mas sim pela “especialidade própria a regular as relações de autoridade, seja na proteção do cidadão em face da autoridade, seja na estruturação dessa autoridade ou na disciplina de sua atuação”²⁹⁰.

Apesar de não ser um modelo perfeito, o direito administrativo norte-americano consegue alcançar algum grau de equilíbrio entre o controle judicial e a manutenção das escolhas produzidas pela Administração Pública, ao mesmo tempo preservando a sua capacidade institucional e observando o princípio da separação de poderes.

2.2 A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO NORTE-AMERICANO

A Administração Pública norte-americana é formada por “*departments*” e “*agencies*”. Os “*departments*” são os equivalentes aos ministérios no Brasil. As agências são legalmente conceituadas por exclusão no *Administrative Procedure Act - APA*: agências são autoridades do governo dos Estados Unidos da América que se sujeitam ou não à revisão de suas decisões por outras agências, exceto o Congresso, o Poder Judiciário, o Governo dos Territórios ou possessões, o Governo do Distrito Federal, órgão formado por membros de partidos políticos e organismos militares.²⁹¹

²⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, 2015.

²⁹¹ “5 U.S. Code § 551 – Definitions

For the purpose of this subchapter -

(1) ‘agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include -

(A) the Congress;

(B) the courts of the United States;

(C) the governments of the territories or possessions of the United States;

(D) the government of the District of Columbia;

As agências exercem as funções administrativas de interpretar e aplicar as leis promulgadas pelo Poder Legislativo e, entre outras atribuições, regulam o comportamento dos agentes privados, distribuem direitos de prestação positiva (questões previdenciárias, de saúde e seguro-desemprego), gerenciam propriedades federais, emitem passaportes e vistos, por exemplo. As agências realizam serviços públicos que no Brasil são distribuídos entre administração direta e indireta.²⁹²

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone afirma que a amplitude do conceito de agência acaba por “abarcar qualquer centro organizado de competências públicas, independentemente de sua área de atuação, não havendo um critério específico para sua criação e alocação no cenário burocrático”²⁹³.

O Poder Executivo Federal é composto por 15 ministérios²⁹⁴. Os ministros são nomeados pelo Presidente da República e confirmados no cargo por aprovação do Senado Federal.

As agências são integrantes do Poder Executivo e podem ser vinculadas a um ministério²⁹⁵ ou não²⁹⁶. Os diretores das agências com vinculação ministerial são nomeados pelo Presidente (ou pelo ministro) e aquelas que não apresentam esse vínculo terão os dirigentes nomeados pelo Presidente, exigindo-se a aprovação pelo Senado Federal. Por pertencerem ao Poder Executivo, as agências estão sujeitas à direção e ao controle pelo Presidente da República²⁹⁷, inclusive no que pertine à exoneração de seus dirigentes.²⁹⁸

(E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them;

(F) courts martial and military commissions;

(G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or

(H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891–1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix; [...].” LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **5 U.S. Code § 551** – Definitions. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/551>. Acesso em: 26 abr. 2022.

²⁹² FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**. 4. ed., p. 11-12.

²⁹³ DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **Agências regulatórias e controle judicial**: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário, p. 82.

²⁹⁴ Agricultura, Comércio, Defesa (composta pelas três Armas), Educação, Energia, Saúde (Health and Human Services), Segurança Interna (Homeland Security), Moradia e Desenvolvimento Urbano, Interior, Justiça, Trabalho, Relações Exteriores (State), Transportes, Economia (Treasury) e Atenção aos Veteranos de Guerra (Veterans Affair).

²⁹⁵ Por exemplo: a agência Food and Drugs Administration (FDA) é vinculada ao Ministério da Saúde; a Internal Revenue Service (IRS) está sujeita ao Ministério da Economia.

²⁹⁶ A Environmental Protection Agency (EPA) –, instituição congênere do IBAMA – e a Central Intelligence Agency (CIA) não estão vinculadas a nenhum ministério.

²⁹⁷ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. Op. cit., p. 6.

²⁹⁸ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy. 6. ed. Nova York: Routledge, 2020. p. 7.

Há também as Agências Regulatórias Independentes (*Independent Regulatory Agencies*). Essas agências não pertencem à organização administrativa do Poder Executivo e são consideradas “independentes” porque compartilham algumas características que evitam o controle direto pelo Presidente da República: a) são dirigidas por mais de um membro (por uma diretoria); b) não mais do que a maioria simples da diretoria pode ser formada por membros de um dos partidos políticos; c) os membros têm mandatos e seus termos não coincidem com o do Presidente da República; e d) não podem ser exonerados por vontade do Chefe do Executivo, somente por cometimento de ato de improbidade (*malfeasance in office*) ou negligência de seus deveres (*neglect of duty*).²⁹⁹

Na década de 1930, os responsáveis pelo programa econômico do *New Deal*³⁰⁰, acreditavam que os problemas da sociedade à época exigiam instituições flexíveis, com expertise administrativa, *accountability* política e poderes de iniciativa que fossem além daqueles do Poder Judiciário³⁰¹, por isso apostaram na criação de agência independentes, muitas delas dotadas de quase-poderes judiciais e legislativos.

As agências regulatórias independentes não foram desenhadas como Administração Pública, “mas, sim, como entidades de governo detentoras de funções abrangentes para regular, executar e decidir [...] concentradas em uma estrutura autônoma”³⁰². Além disso, a criação dessa espécie administrativa teve como objetivo concorrente a evasão ao controle judicial, que à época era exercido de forma muito conservadora.³⁰³

Apesar da propalada independência, essas agências regulatórias independentes estão sujeitas a alguns expedientes de controle: a) controle orçamentário realizado pelo Presidente da República e pelo Poder Legislativo; b) acompanhamento supervisonal das Comissões Parlamentares do Congresso; c) investigações de iniciativa do *Government Accountability Office*

²⁹⁹ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. *Administrative law*. 4. ed., p. 7-9.

³⁰⁰ O *New Deal* corresponde a um conjunto de programas de desenvolvimento lançados no período de 1933 a 1937, visando a recuperação econômica dos Estados Unidos da América. Segundo Cauê Vecchia Luzia, “a partir deste período, na política norte-americana, as agências reguladoras passaram ser instituídas como instrumento de estabilização da economia no período da grande depressão. Trata-se do período de criação e implantação da política do New Deal, talhada pelos Presidentes Herbert Hoover e Franklin Roosevelt em resposta aos ciclos de instabilidade econômica que engolfou o país” (**Cronologia de uma doutrina de controle das agências reguladoras nos Estados Unidos da América: revisão de precedentes selecionados da Suprema Corte americana**. [Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo]).

³⁰¹ SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, Chicago, n. 90, p. 2071-2120, 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8440/. Acesso em: 27 abr. 2022.

³⁰² LUZIA, Cauê Vecchia. Op. cit.

³⁰³ Id.

(GAO), órgão auxiliar do Congresso que apura responsabilidades e incentiva a conformação de práticas administrativas; d) censura pública verbal de líderes do governo e da sociedade civil; e) escrutínio da mídia; e f) sujeição às avaliações reputacionais informais da opinião pública.³⁰⁴

As ações das agências e das agências regulatórias independentes afetam a vida das pessoas de duas formas: editando regras (*rulemaking*) e expedindo ordens (*order*) após um processo de adjudicação.³⁰⁵

A primeira forma de interferência das agências na esfera privada tem gerado muita controvérsia na doutrina norte-americana³⁰⁶, pois muitas das agências receberam autorizações legislativas para atuarem como: a) “quase-legisladores”, criando regras gerais que incidem sobre a vontade de todos (*rulemaking*); b) órgão de execução de dois tipos de regras: as legais e as criadas pela própria agência; e c) “quase-juízes”, julgando casos individuais com a expedição de ordens (*adjudication*).

A Administração é dotada de poder de *rulemaking*, isto é, pode deflagrar um processo administrativo para criar, alterar ou revogar regras (*rules*) de aplicação geral e com efeitos prospectivos.³⁰⁷

Uma regra (*rule*) corresponde a um comando com “força de lei”, criado pela Administração. Essas regras produzidas pela Administração objetivam o regramento das operações internas e se destinam a implementar as obrigações impostas pelo Poder Legislativo.³⁰⁸

Há três espécies de processos administrativos de criação de regras (*rulemaking*): a) formal; b) informal; e c) regulamentação negociada (*Reg-Neg*):

O processo formal de confecção de regras se assemelha a um processo judicial, repleto de formalidades, tal como audiência pública para ouvir interessados, com registro formal dessas participações e decisões tomadas com base em provas substanciais.³⁰⁹

Richard Price Jr³¹⁰ critica a utilização desse procedimento porque o considera problemático e custoso quanto aos aspectos financeiro e temporal. O autor informa que, atuando sob expediente processual, a *Food and Drugs Agency* – (FDA) – espécie de órgão de vigilância

³⁰⁴ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy. 6. ed., p. 7.

³⁰⁵ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**. 4. ed., p. 13.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 23-24.

³⁰⁷ Administrative Procedure Act, 5 USC § 551(5): “rule making” means agency process for formulating, amending or repealing a rule.

³⁰⁸ WARREN, Kenneth F. *Op. cit.*, p. 138.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 139.

³¹⁰ PRICE JR, Richard J. **Administrative law**. 2. ed. Nova York: Foundation Press, 2012. p. 61.

sanitária – levou nove (9) anos para decidir se um produto com 87,5 a 90% de amendoim poderia ser chamado de “manteiga de amendoim”³¹¹.

O processo informal, chamado de *notice and comment rulemaking*, é o procedimento de uso geral pelas agências norte-americanas.

A *Administrative Procedure Act*³¹² exige quatro formalidades da agência para estabelecer uma regra com base nessa espécie processual: (i) a Administração tem de tornar público o seu propósito de regular certa matéria. Essa informação será publicada no *Federal Register* e deve conter os seguintes requisitos: o tempo, o lugar e a natureza do procedimento a ser adotado; a base legal que sustenta a proposição de regulação; e uma descrição geral da proposta de regra a ser criada; (ii) a Administração deve dar oportunidade para os interessados se manifestarem (por escrito ou até oralmente); (iii) a regra criada não pode ter validade antes de trinta (30) dias da publicação da notícia de intenção de regulação; e (iv) a Administração é obrigada a receber recurso dos interessados em questionar a regra.

Richard Price Jr³¹³ considera o *notice and comment rulemaking* o melhor expediente processual posto à disposição da Administração pelo fato de as exigências legais a que está submetida, como imparcialidade na sua condução de suas atribuições e sujeição ao amplo controle público (aspecto procedimental), serem características que possibilitam a criação de regras de melhor qualidade, proporcionando um aumento da eficiência administrativa.

O processo de regulação negociada (*Reg-Neg*) foi incorporado ao *Administrative Procedure Act* em 1996³¹⁴. Nesse instrumento processual a Administração chama os interessados que considera os mais afetados pela futura regra para trabalhar juntos visando à criação de uma norma negociada. Esse procedimento melhora a qualidade da participação popular e, por consequência, eleva a qualidade das regras.³¹⁵

A segunda forma de interferência sensível das agências na esfera privada é a adjudicação (*adjudication*). Esse processo administrativo será utilizado para produção de ato decisório que consubstanciará a aplicação de uma regra abstrata a um caso concreto.³¹⁶ Trata-se de espécie

³¹¹ PRICE JR, Richard J. **Administrative law**. 2. ed., p. 61.

³¹² 5 U.S. Code § 553 - Rule making.

³¹³ PRICE JR, Richard J. Op. cit., p. 62.

³¹⁴ 5 USC Sections 561-570.

³¹⁵ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy, p. 153.

³¹⁶ DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **Agências regulatórias e controle judicial: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário**, p. 86.

processual em que a atuação administrativa se opera de forma concreta e individual, com sujeitos específicos e fatos determinados.³¹⁷

Enquanto o processo de criação de regras (*rulemaking*) é um “quase-processo legislativo”, a adjudicação (*adjudication*) é um “quase-processo judicial”³¹⁸. Como emula um processo judicial, a sua decisão é conferida a um juiz administrativo – *Administrative Law Judge* (ALS) –, que é um servidor da Administração, mas, por força do dever de imparcialidade, está sujeito a um regramento funcional diferenciado, que lhe dá autonomia no desempenho de sua função.³¹⁹

A adjudicação será formal quando o procedimento for realizado com base nos dispositivos da *Administrative Procedure Act* (5 U.S.C. §§ 554, 556–557), que exigem a realização de audiência (*hearing*) para colheita de depoimentos pessoais e inquirição de testemunhas. Como acontece em um processo judicial, a audiência é especificamente regulada. As partes devem apresentar provas e inquirir testemunhas. O processo será presidido pelo juiz administrativo (*Administrative Law Judge*), que deverá apresentar a sua decisão com base na prova colhida e nos argumentos lançados pelas partes.³²⁰

Haverá adjudicação informal por exclusão, ou seja, quando não se exigir a observância do procedimento da *Administrative Procedure Act* (em regra quando não for exigida a realização de audiência). Não há um conjunto uniforme de parâmetros legais. As regras processuais na adjudicação informal provêm basicamente de lei específica sobre a matéria regulada ou de guias elaborados pela própria agência. Poderá ou não haver audiências. Há necessidade de observância da cláusula do devido processo legal substancial para exigir a oportunidade de defesa. Na sua atuação de controle, o Judiciário não poderá exigir outros requisitos processuais além daqueles consignados na lei de regência da matéria ou na *Administrative Procedure Act*.³²¹

Na adjudicação informal exigem-se garantias mínimas de direitos de defesa, que são chamadas de “proteções auxiliares” (*ancillary protections*) e estão positivadas na *Administrative*

³¹⁷ DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **Agências regulatórias e controle judicial**: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário, p. 86.

³¹⁸ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy, p. 158.

³¹⁹ DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. Op. cit., p. 88.

³²⁰ HARRINGTON, Ben; SHEFFNER, Daniel J. Informal Administrative Adjudication: An Overview. **Congressional Research Service**, Washington, 2021. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R46930.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

³²¹ Id.

*Procedure Act.*³²², basicamente assegurar os seguintes direitos do réu: direito de ser acompanhado (ou representado) por advogado (*the right to retain counsel*), direito de se manifestar (*the right to appear before the agency*) e direito de ser intimado do teor da decisão denegatória de seu requerimento (*the right to receive notice of the grounds for an agency's denial of a request*).³²³

A decisão final do processo de adjudicação terá, como regra geral, efeitos retrospectivos, pois sua serventia é dirigida à resolução de conflitos.³²⁴ Entretanto, reconhece-se a possibilidade de a adjudicação ser usada como substituto do processo de criação de regras (*rulemaking*) quando: a) a matéria em questão envolver partes muito específicas; b) a questão objeto do litígio servir para regular comportamentos futuros, ainda não regulados; c) a questão disputada não foi razoavelmente antecipada pela Administração; d) se desejar apenas uma decisão provisória que regule a matéria enquanto não se obtém maior conhecimento e/ou experiência sobre a questão; e e) o caso for demasiadamente complexo, necessitando regulação por meio de uma decisão de caráter geral.³²⁵

Como o processo de adjudicação também se presta para criação de regras gerais (*rules*), a sistematização do processo administrativo tornou-se muito confusa porque não há padrões fixos para indicar quando se deve utilizar o processo de criação de regras (*rulemaking*) ou o processo de adjudicação (*adjudication*).³²⁶ Na falta de critérios, à Administração será conferida discricionariedade para optar entre uma espécie procedimental ou outra.³²⁷

2.3 A EXTENSÃO (*SCOPE*) DO CONTROLE JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Como estudado anteriormente, o controle judicial no Brasil, devido à largueza do dispositivo constitucional de “acesso à justiça”³²⁸, é extremamente intenso, chegando a adentrar a

³²² 5 U.S. Code § 555 - Ancillary matters

³²³ HARRINGTON, Ben; SHEFFNER, Daniel J. *Informal Administrative Adjudication: An Overview*. Congressional Research Service, Washsington, 2021.

³²⁴ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy, p. 158.

³²⁵ *Ibid.*, p. 159.

³²⁶ *Id.*

³²⁷ *Ibid.*, p. 160.

³²⁸ “Artigo 5º [...] - inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

análise de atos políticos da Administração consistentes na realização de escolhas públicas. Essa realidade, por si só, atesta a importância de se compreender a extensão do controle judicial norte-americano porque dificilmente ele se assenhora da competência administrativa de promover escolhas públicas.

Segundo Kenneth Warren³²⁹, idealmente, a extensão da revisão judicial deve ser larga o bastante para evitar abusos da Administração e estrita o suficiente para que a atuação administrativa cotidiana não seja afetada por uma interferência judicial indesejada.

A extensão do controle judicial é uma questão central no direito administrativo norte-americano porque há certo consenso cultural que não se deve invadir em demasia a atuação administrativa. Baseados nessa ideia, legisladores, doutrina e jurisprudência norte-americanos se dedicaram à tarefa de elaborar *standards* para balizar quão intensa será a investigação dos aspectos da ação administrativa.³³⁰

Atuando com maior protagonismo, a Suprema Corte americana desenvolveu algumas regras, testes e princípios para nortear o conteúdo do “*scope of review*” sobre as escolhas da Administração Pública, merecendo destaque os *standards* que recebem maior atenção da doutrina e da jurisprudência, abordados a seguir.

a) Regra da prova substancial (*substantial evidence rule*): trata da intensidade de controle sobre a questão de fato avaliada pela Administração nos procedimentos formais de *adjudication* e *rulemaking*.

A Lei do Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act*) determina que as decisões da Administração devem ser embasadas em “provas substanciais” colhidas dentro de um processo administrativo.³³¹

³²⁹ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy, p. 274.

³³⁰ COGLIANESE, Cory. **Administrative Law: The US and beyond**. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³³¹ 5 U.S. Code § 706 - Scope of review

“To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall:

[...]

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be

[...]

(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; [...].”

Nesse parâmetro de controle, o Judiciário apenas verifica se a decisão administrativa se pautou em “prova substancial” acerca do fato, negando-se a enfrentar o juízo que a Administração emitiu sobre o material probatório.³³²

Não há consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre o conceito de prova substancial, há apenas um “apelo” à razoabilidade na verificação dos elementos probatórios.

A Suprema Corte, no julgamento do caso *Consolidated Edison Co. v. National Labour Relations Board* de 1938, reconheceu como “prova substancial” aquela “prova relevante que uma mente razoável poderia aceitar como adequada para suportar a conclusão”³³³.

A doutrina sugere que o Judiciário faça a seguinte pergunta: se o material probatório colhido no processo administrativo permitir a uma pessoa com razoável discernimento encontrar uma prova que sustente a decisão da Administração, então se considera a escolha administrativa apoiada em “prova substancial”.³³⁴

Há certo interesse do Poder Judiciário em manter borrado o conceito de “prova substancial”, pois sem uma definição estática, o julgador terá liberdade para eventual manipulação.³³⁵

b) Revisão arbitrária e inconsistente (*arbitrary and capricious review*): trata da espécie de revisão que incide nos casos de decisões administrativas tomadas em procedimentos informais de adjudicação (*adjudication*) e criação de regras (*rulemaking*).³³⁶

O *standard* de revisão está previsto na *Administrative Procedure Act*³³⁷ e sua função é instruir o Poder Judiciário a anular uma decisão administrativa quando se mostrar “arbitrária, inconsistente, tomada com abuso de discricionariedade ou em desacordo com a lei”. Além disso,

³³² WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy, p. 277.

³³³ Ibid.

³³⁴ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**. 4. ed., p. 295.

³³⁵ WARREN, Kenneth F. Op cit, p. 278.

³³⁶ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. Op. cit., p. 303.

³³⁷ “To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall:

[...]

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be

[...]

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; [...].”

salienta Louis Virelli, como abordagem rigorosa de revisão, tem como objetivo proteger o público de atuações administrativas enviesadas por influências políticas.³³⁸

A partir dos casos *Overton Park v. Volpe* de 1973 e *Motor Vehicles Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* de 1983, a Suprema Corte, pautada nesse *standard*, estabeleceu a necessidade de uma investigação cuidadosa (“*searching and careful*”) das justificativas fáticas apresentadas pela Administração.³³⁹

Em *Overton Park*, a Suprema Corte decidiu que a Administração Pública deve instaurar processos administrativos também nos casos de atuação informal e basear a sua decisão nas provas contidas no processo. Em *State Farm*, a mesma Corte exigiu que o Poder Judiciário procedesse a um exame mais robusto dos casos em que se optou pelo procedimento informal para criação de regras (*rulemaking*).³⁴⁰

Os julgamentos da Suprema Corte aqui mencionados evidenciaram um movimento destinado a evitar a captura da Administração por interesses privados.

Patrick Garry³⁴¹ invocando essa motivação para aumentar o escrutínio sobre as ações administrativas afirma competir ao Poder Judiciário a correção pontual e o monitoramento da Administração para impedi-la de se tornar procuradora de agentes privados que estaria encarregada de regular. Cuida-se, portanto, de atuação de controle pautada em suspeição e em desconfiança na atividade administrativa.

Apesar da exigência de uma maior investigação das questões fáticas, as decisões da Suprema Corte não autorizaram o controle judicial a substituir a escolha da Administração pelas suas opções.³⁴²

O controle judicial das escolhas administrativas no Brasil não apresenta um modelo bem definido, pois praticamente todas as espécies decisões são passíveis de escrutínio judicial.

³³⁸ VIRELLI, Louis J. Deconstructing arbitrary and capricious review. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 92, p. 722-786, 2014.

³³⁹ BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; LAZARI, Igor de; SEPÚLVEDA, Antônio. Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Eletrônica Interfases*, Guarapuava, PR, UNICENTRO, 9 ago. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

³⁴⁰ Id.

³⁴¹ GARRY, Patrick M. Judicial review and the “hard look”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 13-39, 2017.

³⁴² BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; LAZARI, Igor de; SEPÚLVEDA, Antônio. Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Eletrônica Interfases*, Guarapuava, PR, UNICENTRO, 9 ago. 2019.

Um esforço de comparação do sistema adotado nos Estados Unidos permite afirmar que a modalidade (*arbitrary and capricious test*) é a que mais se assemelha ao controle judicial brasileiro.³⁴³

c) Revisão *De Novo* (*De Novo review*)³⁴⁴: refere-se ao *standard* de revisão que tem como objetivo alcançar a declaração de nulidade da decisão administrativa.³⁴⁵

No caso de revisão de novo, o Poder Judiciário não confere caráter definitivo às avaliações de direito e de fato realizadas pela Administração.

Sob o modelo *de novo*, toda interpretação e aplicação legais realizadas pela Administração serão passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, que poderá, inclusive, proceder a uma nova instrução processual.³⁴⁶

De modo geral, no modelo de revisão judicial *de novo* a delegação legislativa para interpretação legal seria capturada pelo Poder Judiciário³⁴⁷ e estabelecida com ares de definitividade.

O *standard* de controle judicial é pouco utilizado pelo Judiciário porque há muito custo envolvido na revisão das questões de fato e de direito. Devido ao ônus decorrente da recriação fática e jurídica, essa modalidade surge como opção somente quando o Judiciário entender que a Administração violou um direito fundamental de forma clara e deliberada. Não sendo um caso que indique tal acinte, para apreciar a escolha administrativa o controle judicial levará em conta os parâmetros revisionais da “prova substancial” e da espécie “arbitrária, inconsistente e abuso de discricionariedade” (*arbitrary and capricious review*).³⁴⁸

³⁴³ BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; LAZARI, Igor de; SEPÚLVEDA, Antônio. Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Eletrônica Interfases**, Guarapuava, PR, UNICENTRO, 9 ago. 2019.

³⁴⁴ “To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall -

(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be -

(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.”

³⁴⁵ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**. 4. ed., p. 313.

³⁴⁶ WOOLHANDLER, Ann. Judicial deference to administrative action - a revisionist history. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 13-71, 2017.

³⁴⁷ Id.

³⁴⁸ WARREN, Kenneth F. **Administrative law in the political system**. Law, politics and regulatory policy. 6. ed., p. 280.

d) Princípio da deferência (*the deference principle*): Kenneth Warren considera esta hipótese revisional um princípio básico do direito administrativo norte-americano.³⁴⁹ Com base na separação de poderes e na presunção de especialidade administrativa, o controle judicial diminui a sua intensidade para verificar somente eventual correção procedimental da tomada de decisão, esquivando-se de avaliar as conclusões fáticas e o seu enquadramento legal.

A Suprema Corte norte-americana estabeleceu alguns modelos de deferência e eles se distinguem pela intensidade de sua incidência em questões procedimentais e em avaliações fáticas e jurídicas.

As principais doutrinas de deferência às escolhas da Administração Pública serão o objeto de análise da próxima seção de estudo.

2.4 A ORIGEM DA DEFERÊNCIA ÀS ESCOLHAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As leis, considerado um panorama mais amplo, representariam a materialização da política em palavras. As palavras podem, esporadicamente, trazer dificuldades quanto ao entendimento e à aplicação, e mesmo quando têm um “núcleo” de fácil percepção, às vezes, podem apresentar alteração de significado quando sujeitas à variação em diferentes contextos, temporal ou espacial. Esse fenômeno ocorre quando as palavras estão confinadas em ambientes técnicos e/ou científicos. Nesse caso, o significado poderá ficar restrito a uma audiência altamente qualificada, que terá preponderância na determinação de seu conteúdo.³⁵⁰

A potencial variação de significado de uma palavra gera desacordo quando dois ou mais atores passam a disputar a primazia na determinação do seu conteúdo.

Ao Poder Legislativo cabe escolher as palavras que concretizam uma política. A interpretação do conteúdo das palavras para fins de aplicação, não raro, deflagra controvérsia entre a Administração (Poder Executivo) e o Poder Judiciário.

Compete ao Judiciário dizer qual o significado da palavra usada pelo legislador. No entanto, diante de situações peculiares, é o Judiciário que pode prestar deferência à escolha

³⁴⁹ WARREN, Kenneth F. **Administrative law in the political system**. Law, politics and regulatory policy. 6. ed., p. 275-276.

³⁵⁰ LARKIN JR, Paul J. Agency deference after *Kisor v. Wilkie*. **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Washington, v. 18, p. 105-147, 2021.

interpretativa realizada pela Administração. A deferência caracteriza um comportamento judicial tendente a respeitar a opinião de outro ente.

A ideia de deferência carrega dois pontos fundamentais: alocação de autoridade a um ente específico para fazer escolhas públicas³⁵¹, e manutenção da escolha por outra autoridade com competência revisional, que deliberadamente afasta a sua própria opção.³⁵²

A doutrina americana não chega a um consenso sobre o momento exato do surgimento da ideia de deferência enquanto ferramenta do controle judicial, apenas aponta os seguintes marcos históricos: a) a fundação da República, quando a deferência era analisada pelo prisma do direito tributário³⁵³; b) desde a criação da *Interstate Commerce Commission*, considerada a primeira agência regulatória dos Estados Unidos³⁵⁴; c) da época do programa de recuperação econômica *New Deal* (1933-1937), momento de expansão da burocracia federal, com a criação de várias agências regulatórias³⁵⁵; d) Antonin Scalia, em seu voto dissidente no caso *Perez vs Mortgage Bankers Association*, trata a deferência como atemporal, produto de uma “longa história do controle judicial da Administração, onde a interpretação da ambiguidade legislativa foi deixada ao seu encargo”³⁵⁶.

Aditya Bamzai³⁵⁷, partindo da observação de Antonin Scalia³⁵⁸ de que a deferência tem assento ao “longo da história do controle judicial da Administração”, pôs-se a pesquisar o local da história onde nasceu a ideia.

A ambiguidade legislativa decorreria de três aspectos apanhados da história³⁵⁹: a) a ambiguidade é uma dificuldade inerente à linguagem humana o que torna constante a

³⁵¹ DALY, Paul. **A theory of deference in administrative law**. Basis, application and scope. Basis, application and scope. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 9.

³⁵² HORWITZ, Paul. Three facts of deference. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 83, p. 1061-1146, 2008.

³⁵³ PARILLO, Nicholas R. A critical assessment of the originalist case against administrative regulatory power: new evidence from the federal tax on Private Real Estate in the 1790s. **Yale Law Journal**, New Haven, v 130, p. 1288-1455, 2021.

³⁵⁴ SKOWRONEK, Stephen. **Building a new american state**: the expansion of national administrative capacities (1877-1920), p. 139.

³⁵⁵ METZGER, Gillian E. The Supreme Court, 2016 Term – Foreword: 1930s Redux: The Administrative State under siege. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 131, p. 01-95, 2017.

³⁵⁶ “As I have described elsewhere, the rule of Chevron, if it did not comport with the APA, at least was in conformity with the long history of judicial review of executive action, where ‘[...] statutory ambiguities [...] were left to reasonable resolution by the Executive’.” UNITED STATES. Suprem Court. **Caso Perez v. Mortgage Bankers Association**, 575 U.S. 2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-1041_0861.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.

³⁵⁷ BAMZAI, Aditya. The origins of judicial deference to executive interpretation. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, p. 15–107, 2021.

³⁵⁸ O professor foi assessor do Ministro na Suprema Corte. Informação disponível no currículo do professor (<https://www.law.virginia.edu/faculty/profile/ab3sy/2639868>). Acesso em: 22 abr. 2022.

preocupação com a imprecisão na forma como o autor do texto se expressou. Some-se a esse fenômeno o fato de que os documentos legais são criados para regular circunstâncias futuras, que não poderiam ser integralmente previstas; b) outra fonte de geração de ambiguidade decorre das alterações nos usos convencionais da linguagem ao longo do tempo (alteração semântica). É próprio da linguagem humana alterar o seu conteúdo, seja para ampliá-lo, seja para reduzi-lo. Um texto legal poderia ter seu significado como inequívoco no momento de sua promulgação, porém, com o passar dos anos, estaria sujeito a um ofuscamento devido à mutação do sentido de suas palavras; c) há ambiguidade quando um texto legal é elaborado por mais de um autor. A existência de vários “autores” não significa que todos expressavam a mesma ideia na ocasião de criação do texto. Quando há muitas mãos na confecção do documento legal, não há possibilidade de se estabelecer uma certeza quanto ao real sentido da palavra empregada.

O objetivo da interpretação jurídica seria mitigar as três dificuldades apontadas. Juristas da Antiguidade vislumbrando essa complexidade criaram “regras de interpretação” (*canons of construction*). Duas dessas regras de interpretação foram centrais na configuração da deferência judicial³⁶⁰: a) *contemporanea expositivo* (*contemporanea expositio est optima et fortissima in lege*): essa regra nascida no início do século XV significava “confiança na compreensão contemporânea de um texto”. Os primeiros juristas a analisar e comentar o texto legal foram, muitas vezes, os mais capazes de entender a intenção dos seus redatores. A ideia era facilitar aos intérpretes posteriores descobrir o significado original da lei. Esta regra não era destinada apenas à interpretação de leis, era considerada regra geral de interpretação, aplicável a todos os tipos de instrumentos jurídicos; b) *interpress consuetudo* (*optimus interpres legum consuetudo*): “confiança no entendimento costumeiro do texto”. Atribui-se ao jurista romano Julius Paulus Prudentissimus – especialista na interpretação do Digesto de Justiniano – a criação dessa regra interpretativa, em torno do século III. Interpreta-se uma lei de acordo com o seu significado costumeiro, isto é, confia-se no entendimento repetido ao longo do tempo.

A verdade é que essas regras de interpretação balizaram a atuação da Suprema Corte durante o século XIX. Não havia deferência direta à escolha administrativa. O controle judicial

³⁵⁹ BAMZAI, Aditya. The origins of judicial deference to executive interpretation. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, p. 15–107, 2021.

³⁶⁰ Id.

para resolver uma ambiguidade legal examinava o momento em que a Administração realizava a interpretação e avaliava a estabilidade desta opção interpretativa ao longo do tempo.³⁶¹

A propósito, vale mencionar alguns exemplos de julgados da Suprema Corte que corroboram a investigação de Aditya Bamzai: a) *Edward's Lessee v. Darby*³⁶², julgado em 1827, refere-se à regra da *contemporanea expositivo*; b) *Stuart v. Laird*, de 1803, caso em que se observou *interpress consuetudo*.³⁶³

A partir das regras de interpretação mencionadas (*contemporanea expositivo* e *interpress consuetudo*), evoluiu-se para uma ideia de deferência que consolida uma postura autocontida do controle judicial devido ao respeito que tributa à delegação legislativa para resolução de ambiguidades e pelo reconhecimento da capacidade institucional alocada na Administração.³⁶⁴

2.5 PRINCIPAIS TEORIAS DE DEFERÊNCIA CRIADAS PELA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

2.5.1 Deferência *Skidmore*

No precedente *Skidmore v. Swift & Co. (323 U.S. 134)*³⁶⁵, cujo julgamento ocorreu em 1944, a Suprema Corte reconheceu que a Administração é dotada de expertise institucional para

³⁶¹ BAMZAI, Aditya. The origins of judicial deference to executive interpretation. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, p. 15–107, 2021.

³⁶² “In the construction of a doubtful and ambiguous law, the cotemporaneous construction of those who were called upon to act under the law, and were appointed to carry its provisions into effect, is entitled to very great respect.” (*Edward's Lessee v. Darby*, 25 U.S. (12 Wheat.) 206, 210, 1827. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/25/206>. Acesso em: 22 abr. 2022).

³⁶³ “Practice and acquiescence under [a statute] for a period of several years, commencing with the organization of the judicial system, affords an irresistible answer, and has indeed fixed the construction. It is a contemporary interpretation of the most forcible nature. This practical exposition is too strong and obstinate to be shaken or controlled. Of course, the question is at rest, and ought not now to be disturbed.” (*Stuart v. Laird*, 5 U.S. (1 Cranch) 299, 309, 1803. Disponível em: <https://akhilamar.com/wp-content/uploads/2021/10/Stuart-v.-Laird.pdf>. Acesso em 22 abr. 2022).

³⁶⁴ Antonin Scalia reconhece a vinculação do controle judicial à escolha administrativa: “[...] but to say that those views, if at least reasonable, will ever be binding—that is, seemingly, a striking abdication of judicial responsibility” (Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, n. 3, p. 511-521, 1989).

³⁶⁵ UNITED STATES. Suprem Court. **Skidmore v. Swift & Co.** (323 U.S. 134), 1944. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep323/usrep323134/usrep323134.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

proceder a escolhas públicas e que, por isso, o seu posicionamento estava a merecer “consideração” por parte do controle judicial.³⁶⁶

O caso versava sobre direito do trabalho, especificamente sobre o recebimento de horas extras quando o empregado permanecesse nas instalações da empresa à sua disposição (sobreviço).

Jim Skidmore e outros empregados da fábrica de empacotamento da *Swift & Co.*, localizada na cidade de Fort Worth, Texas, exerciam a atividade de bombeiros. Atuavam em favor do empregador durante o regime normal de trabalho e, além disso, de três a quatro noites ficavam de sobreviço na planta para o caso de eventual acionamento do alarme de incêndio. Como as instalações eram providas de dormitórios climatizados e de equipamentos de lazer (natação, dominó e rádio), o empregador não considerava trabalhadas as horas em que não havia ocorrência de incêndio.

Os empregados ajuizaram ação objetivando o pagamento de horas extras quando estavam de sobreviço na empresa. O empregador retorquiu afirmando que no período reclamado não ocorrera nenhum episódio ígneo, principalmente porque o “*Interpretative Bulletin n. 13*” da *Wage and Hour Division*, órgão do *Department of Labor* – agência com atribuição para regulação das relações laborais – expedira instrução para orientar que a hipótese não se tratava de caso de pagamento de horas extras.

O “*Interpretative Bulletin n. 13*”, apesar de não ser regra vinculante, era um ato administrativo que regulava a aplicação dos artigos da *Fair Labor Standards Act* (FLSA), lei trabalhista que identificava os casos que seriam considerados como “tempo à disposição do empregador” para fins de pagamento de horas extras.³⁶⁷

A pretensão dos empregados não foi acolhida nem na primeira nem na segunda instância de julgamento.

Ao analisar o recurso, a Suprema Corte reverteu as decisões anteriores, consignando que eram equivocadas devido à ausência de legislação dispondo sobre o pagamento de horas extras

³⁶⁶ A utilização da expressão “consideração” e não “deferência” é um recurso retórico e se deve ao cuidado que teve a Suprema Corte para não acirrar o caloroso debate que se travava à época sobre a preservação da independência judicial. VALLE, Vanice. Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 280, p. 137–164, 2021.

³⁶⁷ Id.

no caso de sobreaviso e por tal razão a questão deveria ser examinada de acordo com o contexto fático: verificar se existia alguma espécie de tratativa entre as partes da relação de trabalho.

Apesar disso, sob a forma de *obiter dictum*³⁶⁸, a Suprema Corte reconheceu que a orientação da *Wage and Hour Division*, que atuara como *amicus curiae*, tinha grande poder persuasório e era merecedora de “consideração” porque tomada com base no conhecimento especializado do ente administrativo, ficando o seu “peso” condicionado à profundidade da investigação fática, à motivação apresentada e à sua consonância com os pronunciamentos em casos anteriores.³⁶⁹

Para além de ser o primeiro caso de reconhecimento explícito de um modelo deferencial, a importância do caso *Skidmore* se deve ao estabelecimento de um padrão para toda sorte de manifestação administrativa (ex.: manuais, orientações gerais)³⁷⁰, sem necessidade de se ter um prévio processo administrativo (*rulemaking process*). Esse precedente dá ampla liberdade ao controle judicial para avaliar pontualmente o nível de deferência a ser concedido, exigindo apenas uma justificativa escorada em três critérios: motivação, investigação fática e consonância com decisões anteriores.

Há três motivos para considerar *Skidmore* um modelo apropriado de deferência: a) primeiro porque reconhece a força da separação de poderes, conferindo liberdade ao controle judicial para escrutinar as escolhas administrativas, mas, ao mesmo tempo, dá valor à experiência e à especialização da Administração, facultando aos juízes se deixarem persuadir por uma decisão bem fundamentada; b) segundo porque *Skidmore* serve de estímulo à Administração para fundamentar suas escolhas de forma clara e inequívoca, uma vez que essas razões servirão para persuadir o Judiciário acerca da qualidade de sua atuação finalística; e c) terceiro porque

³⁶⁸ Segundo Thomas da Rosa Bustamante, *obiter dictum* “são argumentos que podem ou não ser aceitos como razões para pronunciamentos futuros. Eles carecem de ‘força de precedente’ porque apesar de estarem contidos em decisões judiciais vinculantes não constituem a parte vinculante dessas decisões. Bem entendidos, *obiter dicta* seriam meros repositórios de razões auxiliares que discorrem sobre questões ainda não decididas pelos tribunais” (*Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista de Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 14, p. 707-745, 2018).

³⁶⁹ Excerto mais importante do acórdão: “we consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority; do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control”.

³⁷⁰ “*Skidmore v. Swift & Co.*: adopts a standard of review that accounts for agency expertise and experience when Congress has not delegated interpretive lawmaking authority under statutes.” MANNING, John F. *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*. **Columbia Law Review**, New York, n. 96, p. 612-696, 1996. p. 681.

Skidmore propõe o reconhecimento de que um controle judicial generalista muitas vezes não dispõe do conhecimento e da experiência necessários para decidir sobre o caso.³⁷¹

A regra deferencial de *Skidmore* serviu como critério preponderante para o controle judicial da Administração Pública até a superveniência do caso *Chevron* (1984), quando se instalou a dúvida quanto à persistência de sua validade, que somente veio a ser reafirmada em 2001, no julgamento do caso *United States v. Mead Corp.*, 533, US 218.

2.5.2 Deferência *Chevron*

O precedente *Chevron* representou um ponto de virada no comportamento deferencial. Antes dele, o controle judicial justificava a deferência que tributava à Administração com base em razões pragmáticas sobre o caso concreto. Depois do caso *Chevron*, passou-se a deferir em favor das escolhas administrativas com a justificativa de que ambiguidades legais corresponderiam a uma delegação implícita do Legislativo.³⁷²

2.5.2.1 A situação fática

A situação fática subjacente versava sobre questionamento acerca da competência da Administração para interpretar diretamente ambiguidade de lei e criar regra que deveria ser vinculante. Mas, a quem caberia suprir a ambiguidade legal: ao Judiciário ou à Administração?

Em 1970, o Congresso norte-americano promulgou a *Clean Air Act*, uma lei para regular o controle da poluição atmosférica. A lei previa um conjunto de prazos para *Environmental Protection Agency – EPA* (agência responsável pela proteção ambiental) “promulgar *standards* de qualidade do ar a serem implementados pelos estados e *standards* nacionais para poluentes do ar perigosos”³⁷³. Alguns estados, contudo, não cumpriram os prazos de implantação da política ambiental.

³⁷¹ MANNING, John F. Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules. *Columbia Law Review*, New York, n. 96, p. 686-690, p. 1996.

³⁷² MERRILL, Thomas W. The story of chevron: the making of an accidental landmark. In: STRAUSS, Peter L (coord.). *Administrative law stories*.

³⁷³ WEDY, Gabriel. Um histórico sobre o direito ambiental nos Estados Unidos. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jun. 2016.

Em 1977, o mesmo Congresso emendou a *Clean Air Act* para tornar mais rigorosa nos estados inadimplentes (*nonattainment States*) a concessão de permissões àqueles que desejassem construir ou modificar uma significativa “fonte estacionária” (*stationary source*).

Em 1980, a *Environmental Protection Agency – EPA* regulamentou as emendas de 1977 à *Clean Air Act*, quando definiu o conceito de “fonte estacionária” como se fosse um único edifício ou chaminé.

Com a inauguração do governo Ronald Reagan, a *Environmental Protection Agency – EPA* revogou o normativo em 1981 e expediu nova regulamentação para considerar como “fonte estacionária” uma planta industrial inteira, o que daria maior flexibilidade às empresas, pois “criaria uma espécie de bolha sobre a planta, permitindo que as empresas construíssem novos aparelhos poluidores ou modificassem os antigos, desde que não ultrapassassem o limite legal total”³⁷⁴. Essa alteração do normativo permitiu que empresas se esquivassem do rigoroso processo de licenciamento para construir um novo dispositivo emissor de poluição em sua planta.

A entidade de defesa ambiental *Natural Resources Defense Council* ajuizou ação para reverter a nova regra estabelecida em 1981 pela *Environmental Protection Agency – EPA*.

O Tribunal Federal do *D.C. Circuit* reconheceu que o Legislativo não havia regulado o conceito de “fonte estacionária”. No entanto, mesmo deixando a cargo da Administração fazê-lo, decidiu anular a regra de 1981 porque entendera ser incompatível com a intenção legislativa das emendas de 1977 à *Clean Air Act*, que objetivavam forçar os estados recalcitrantes a tomarem as medidas exigidas para o controle de poluição do ar.

A questão jurídica que chegou à Suprema Corte consistia em saber se era válida a alteração de regulação promovida pela Administração em 1981, isto é, saber se a expressão “fonte estacionária” prevista na *Clean Air Act* poderia ser considerada uma planta industrial ou deveria ser um único edifício ou uma chaminé?

2.5.2.2 A decisão da Suprema Corte

³⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**. Resgatando o Estado Administrativo, p. 167.

A Suprema Corte reverteu a decisão da instância inferior e estabeleceu uma doutrina de deferência que, construída sob um modelo formal de fácil aplicação, alteraria substancialmente a atuação do controle judicial das escolhas administrativas.³⁷⁵

Em decisão unânime capitaneada pelo Ministro John Paul Stevens, a Suprema Corte estabeleceu um critério de análise deferencial consubstanciado em “dois passos”³⁷⁶:

Quando uma corte revisa a interpretação da administração acerca de uma lei, ela é confrontada com duas questões. Primeiro, sempre, é a questão se o Congresso se manifestou expressamente sobre a questão específica sob análise. Se a intenção do Congresso é clara, este é o fim do debate; para a corte, como também para administração, devem dar efetividade à intenção inequívoca decorrente da expressão do Congresso. Se, no entanto, a corte determina que o Congresso não abordou diretamente a questão específica sob debate, a corte não deve simplesmente impor sua própria interpretação da lei, como seria necessário na ausência de interpretação administrativa. Ao contrário, se a lei é silente ou ambígua com respeito ao assunto tratado, a questão transferida à corte é se a interpretação dada pela administração é razoável.

No primeiro passo, compete ao controle judicial interpretar a lei para verificar se o Poder Legislativo se manifestou de forma clara, ambígua ou silenciou sobre a questão posta. Sendo a lei clara, o controle judicial terá liberdade para impor a opção feita pelo legislador, sem prestar deferência alguma à escolha administrativa.

Saliente-se que o primeiro passo sempre será de competência exclusiva do Poder Judiciário, a quem cabe definir o que seria um comando normativo “claro”. Esse é o grande “campo de batalha” de *Chevron*: a disputa sobre a clareza ou não da lei.

Em nota de rodapé do acórdão, a Suprema Corte indica que a aferição da clareza da lei será alcançada com a utilização das “ferramentas tradicionais de interpretação legal”³⁷⁷.

Antonin Scalia entende como “claro” o significado textual da lei e seu relacionamento com outras leis.³⁷⁸

³⁷⁵ Cass Sunstein, em 1990, afirmava que “Chevron prometia ser o pilar do direito administrativo por muitos anos. Tornou-se uma espécie de Marbury, ou um contra-Marbury, para Administração” (Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, New York, n. 90, p. 2071-2120, 1990).

³⁷⁶ Trecho do acórdão: “When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. 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 Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statutory 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.”

³⁷⁷ Trecho do acórdão: “if a court, employing traditional tools of statutory construction, ascertains that Congress had an intention on the precise question at issue, that intention is the law and must be given effect.”

Matthew Stephenson e Adrian Vermeule reconhecem que um comando legal fornece várias possibilidades de interpretação, o que acabaria por gerar uma “zona de ambiguidade”, um *locus* onde estariam inclusas algumas opções passíveis de adoção; umas porque se encaixariam diretamente na previsão legal; outras porque não poderiam ser consideradas como claramente proibidas.³⁷⁹

As hipóteses inseridas na “zona de ambiguidade” dependerão de outros fatores para serem selecionadas: a confiança da Corte na expertise do ente administrativo; a consideração pelos encargos de políticas públicas atribuídas à Administração; e a avaliação acerca da importância da questão submetida à interpretação³⁸⁰.

Fato é que Suprema Corte e doutrina não fornecem parâmetros seguros para identificar se a lei é clara ou não, o que inevitavelmente acaba por conceder larga discricionariedade ao Poder Judiciário para aferir esse requisito a cada julgamento.

No caso de *Chevron* a lei não conceituou “fonte estacionária”³⁸¹, o que fez a Suprema Corte reconhecer que não haveria clara determinação legislativa a ser executada pelo controle judicial. Não havendo clareza na lei quanto ao seu significado certo, haverá silêncio ou ambiguidade, o que demandará a ativação do segundo passo de *Chevron*.

Na segunda fase, o Poder Judiciário verificará se a interpretação da lei adotada pela Administração seria “razoável”³⁸².

Com efeito, “razoável” seria uma entre todas as possíveis opções de interpretação, não necessariamente aquela que o Judiciário entenda ser a melhor. É aqui que se identifica o núcleo

³⁷⁸ “One who finds more often (as I do) that the meaning of a statute is apparent from its text and from its relationship with other laws, thereby finds less often that the triggering requirement for Chevron deference exists.” SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, n. 3, p. 511-521, 1989.

³⁷⁹ STEPHENSON, Matthew; VERMEULE, Adrian. Chevron has only one step. **Virginia Law Review**, Charlottesville, n. 95, p. 597-609, 2009. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁸⁰ Id.

³⁸¹ Trecho do acórdão: “although recognizing that the amended Clean Air Act does not explicitly define what Congress envisioned as a “stationary source” to which the permit program should apply, and that the issue was not squarely addressed in the legislative history [...]”

³⁸² No acórdão a Suprema Corte utilizou a expressão “permissible”, a qual se traduz neste estudo como “razoável”, como o fazem Thomas Merrill (The story of chevron: the making of an accidental landmark. *In*: STRAUSS, Peter L (coord.). **Administrative law stories**), Cass Sunstein (Law and Administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, n. 90, p. 2071-2120, 1990), Antonin Scalia (Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, n. 3, p. 511-521, 1989).

da deferência: mesmo que não seja a melhor escolha aos olhos do controle judicial, deverá reconhecer como válida a alternativa eleita pela Administração.

Uma interpretação “razoável” da lei não se traduz em autorização para que a Administração faça o que bem entender. Cass Sunstein³⁸³ entende como razoável a interpretação que não é arbitrária (*arbitrary*) ou inconsistente (*capricious*), de acordo com o parâmetro revisional estabelecido pela *Administrative Procedure Act*. Para não se enquadrar no modelo de revisão mencionado, o controle judicial investigará se a Administração fundamentou detalhadamente a sua decisão, revelando os fatores que considerou relevantes para decidir o caso.

Para o entendimento do que vem a ser uma decisão administrativa razoável, Cass Sunstein³⁸⁴ sugere a utilização do precedente *Motor Vehicle Manufacturers’ Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*³⁸⁵, que definiu os critérios do que seria uma atuação administrativa “arbitrária e inconsistente” (*arbitrary and capricious*).³⁸⁶

A propósito, uma decisão “arbitrária e inconsistente” ocorre quando a Administração: a) errou ao considerar aspectos importantes do caso; b) justificou de forma contrária aos fatos e às provas do processo administrativo; c) a maneira como a questão fora decidida é tão implausível que não poderá ser atribuída a uma diferença de opinião ou ao produto da perícia da agência.³⁸⁷⁻

388

Sobre a questão posta em *Chevron*, diante da escolha de qual seria o conceito de “fonte estacionária”, uma planta industrial ou “um único edifício ou uma chaminé”, a Suprema Corte

³⁸³ SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, n. 90, p. 2071-2120, 1990.

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ UNITED STATES. Suprem Court. **Motor Vehicle Manufacturers’ Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.**, 463 U.S. 29 (1983). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep463/usrep463029/usrep463029.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

³⁸⁶ Nesse precedente inaugurou o que a doutrina denominou de “hard look review”. “In its 1983 decision in the State Farm case, the Supreme Court firmly endorsed the idea that arbitrariness review requires courts to take a ‘hard look’ at agency decisions.” MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. **University of Chicago**, Chicago, Public Law Working Paper n. 188, p. 761-814, 2007. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁸⁷ Trecho do acórdão: “the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise”.

³⁸⁸ ARDENTE, Luciana Silveira; LIMA, Gianne. Agências reguladoras e decisões arbitrárias – o caso State Farm. In: BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves et al. (org.). **SCOTUS: A Suprema Corte norte-americana e o Estado Administrativo: precedentes selecionados**. Rio de Janeiro: Letaci, 2019. p. 61-72.

entendeu que a Administração escolheu uma alternativa razoável dentro do espectro de opções permitidas pela *Clean Air Act*.

2.5.2.3 Decompondo os fundamentos do precedente *Chevron*

Thomas Merrill³⁸⁹ designa *Chevron* como o precedente criador de uma fórmula de “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) de interpretação, isto é, com a manifestação expressa do Legislativo sobre o assunto, a Administração não teria nenhum grau de deferência (passo 1); do contrário, entendendo a Corte que a interpretação questionada é “razoável”, a escolha administrativa teria máxima deferência.

Para chegar ao modelo formal de *Chevron* a Suprema Corte se pautou em três argumentos fundamentais: a) a especialização da Administração (sua capacidade institucional); b) a delegação legislativa implícita no caso de silêncio ou ambiguidade do texto normativo; e c) a ideia de que a Administração teria representatividade democrática indireta a sujeitaria ao *accountability* eleitoral.

2.5.2.3.1 Especialização da atividade (capacidade institucional)

O fato de a Administração contar com um corpo burocrático profissional e especializado em seus diversos campos de atuação determina a sua expertise para tratar de assuntos e leis complexos, que exigem saberes para além da perícia jurídica. Por essa razão, a Administração estaria “mais bem equipada” para interpretar as ambiguidades legislativas. Também se pode dizer que a Administração Pública estaria mais apetrechada para decidir sobre a interpretação da lei porque sua expertise é obtida em razão do amplo acesso que tem a informações específicas sobre a atividade regulada, decorrente do contato habitual com a matéria e com os atores interessados.³⁹⁰

³⁸⁹ MERRILL, Thomas. The story of chevron: the making of an accidental landmark. In: STRAUSS, Peter L (coord.). **Administrative law stories**.

³⁹⁰ CRIDDLE, Evan J. Chevron's Consensus. **Boston University Law Review**, Boston, v. 88, p. 1271-1325, 2008. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

Cass Sunstein³⁹¹ apresenta três argumentos que evidenciam o motivo pela qual a escolha administrativa é considerada melhor se comparada com a decisão do controle judicial:

a) o processo de tomada de decisão é dificultoso porque exige a coordenação de várias leis incidentes sobre o caso, o que demanda uma experiência incomum para produzir um resultado capaz de refletir uma interpretação conjunta de todo o material legislativo. A Administração, com sua obrigação de implementar uma variedade de leis, estaria mais adaptada para responder a dificuldades dessa ordem do que o Judiciário;

b) a modernidade líquida, caracterizada por constantes alterações e imprevisibilidades³⁹², exige flexibilidade para modificar o curso das ações promovidas pelo Poder Público. O Legislativo não tem condições de prever todas as hipóteses de incidência da legislação nem dispõe de um processo legislativo célere para regular as exigências supervenientes. Ao expedir comandos legais com certa ambiguidade (para servirem como “guias”), o legislador confere à Administração a tarefa de atualizar o sentido das leis para enfrentar as novas imposições da realidade. O Poder Judiciário, que somente se manifesta após ser provocado e após uma lenta marcha processual, tem dificuldade de alterar posicionamentos (coisa julgada material), o que o desabilita a corrigir os rumos da entrega de serviços públicos. A Administração, por não estar sujeita a tais entraves, mostra-se mais apta a promover respostas rápidas³⁹³;

c) em algumas oportunidades, as escolhas públicas podem gerar efeitos sistêmicos complexos. Problemas imprevisíveis são consequências (efeitos) comuns de uma escolha pública. Se comparada com o Judiciário, a Administração dispõe, *a priori*, de maior capacidade institucional para prever possíveis efeitos adversos decorrentes da sua escolha e, por isso, terá mais aptidão para contê-los de maneira antecipada.³⁹⁴

³⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, n. 90, p. 2071-2120.

³⁹² “Trata-se, portanto, de uma época de liquidez, de volatilidade, de incertezas e de insegurança, ou seja, quando a rigidez e os referenciais morais da época anterior – período denominado por Zygmunt Bauman como ‘Modernidade Sólida’ – são retirados de palco para dar espaço à lógica da hipervalorização do presente, do momento agora, do hiperconsumo, do gozo, do efêmero e da artificialidade.” DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. **A teoria dos precedentes judiciais na modernidade líquida: reflexões sobre os direitos da personalidade e liberdade de expressão à luz do direito ao esquecimento na era digital no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Ceará. Fortaleza, 2019. p. 30. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/40387>. Acesso em: 25 abr. 2022.

³⁹³ Trecho do acórdão de *Chevron*: “An initial agency interpretation is not instantly carved in stone. On the contrary, the agency, to engage in informed rulemaking, must consider varying interpretations and the wisdom of its policy on a continuing basis. Moreover, the fact that the agency has adopted different definitions in different contexts adds force to the argument that the definition itself is flexible [...]”.

³⁹⁴ Trata-se de manifestação expressa no acórdão de *Chevron*: “In these cases the Administrator's interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests and is entitled to deference: the regulatory

2.5.2.3.2 *Delegação legislativa implícita*

No julgamento de *Chevron* a Suprema Corte reconheceu que o Legislativo pode delegar à Administração de maneira expressa ou implícita a tarefa de interpretar o comando legal para aplicá-lo da forma que considerar mais adequada. A inovação está no reconhecimento da delegação implícita, realizada sob a forma de inserção de expressões ambíguas³⁹⁵ no texto da lei.

Com o caso *Chevron* a Corte aprofundou a tese da delegação congressional à Administração, distinguindo-a em duas formas: “expressa” e “implícita”, ambas motivadas por razão de deferência.³⁹⁶

Portanto, sob a formulação de *Chevron*, o Poder Judiciário deve prestar deferência a uma escolha administrativa fundada em linguagem legislativa ambígua porque se trata de delegação desejada pelo próprio legislador, que assim agiu para conceder ampla discricção à Administração.³⁹⁷

2.5.2.3.3 *Representatividade democrática indireta*

A Suprema Corte reconheceu a existência de um elemento político na exigência de deferência às escolhas realizadas pela Administração.

O acórdão frisou a legitimidade democrática da Administração para realizar escolhas, eis que, apesar de não existir uma responsabilização direta do gestor público perante o eleitor, o Chefe do Poder Executivo, representante da ordem administrativa, está sujeito a essa espécie de *accountability*.³⁹⁸

scheme is technical and complex, the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion, and the decision involves reconciling conflicting policies.”.

³⁹⁵ Trecho de *Chevron*: “If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.”.

³⁹⁶ CRIDDLE, Evan J. *Chevron's Consensus*. **Boston University Law Review**, Boston, v. 88, p. 1271-1325, 2008.

³⁹⁷ HICKMAN, Kristin E.; NIELSON, Aaron L. *Narrowing Chevron's domain*. **Duke Law Journal**, Durham, v. 70, p. 931-1013, 2021. Disponível em: www.ssrn.com/index.cfm/en/. Acesso em: 21 abr. 2022.

³⁹⁸ Trecho do acórdão de *Chevron*: “In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of

A razão deferencial se justifica pela ligação funcional dos gestores públicos com o Chefe do Executivo. Em outras palavras, como a obrigação constitucional de dirigir a Administração Pública é do Chefe do Executivo, passa a ser dele a tarefa de supervisionar a implementação de políticas públicas e de se sujeitar ao controle eleitoral pelos sucessos e falhas da atividade administrativa.³⁹⁹

A mesma característica é enfatizada pela Ministra Elena Kagan⁴⁰⁰, que identifica os gestores públicos como instrumentos de implantação das políticas públicas da agenda do Presidente da República, ou seja, aqueles se submetem ao controle deste.

Conor Casey⁴⁰¹ apresenta algumas ferramentas de controle postas à disposição do Presidente da República para compelir agências e ministérios a colocarem em marcha a sua agenda política:

a) indicar para as diretorias das agências profissionais que devem comungar o mesmo ponto de vista ideológico e aqueles com visão distinta serão retirados dos cargos;

b) criar órgãos capazes de monitorar toda a Administração, agindo retrospectivamente sobre a atuação do agente público ou prospectivamente ao direcionar a sua forma de proceder.

Um exemplo seria o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) que é um órgão que controla as regulações executadas pelas demais agências. Em 2021, o Presidente Joe Biden instruiu a agência a assegurar que as propostas de regulação beneficiem adequadamente e não onerem os mais desfavorecidos, nem as comunidades mais vulneráveis e marginalizadas⁴⁰²;

c) utilização de controle orçamentário para encaminhar maiores recursos às agências que simpatizam com a sua agenda e restringir para aquelas que se opõem.

De acordo com Eduardo Jordão, o precedente *Chevron* “ênfatiza a natureza política das decisões administrativas que envolvem interpretações de legislação ambíguas deixadas sob o

wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices-resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.”.

³⁹⁹ CRIDDLE, Evan J. *Chevron's Consensus*. *Boston University Law Review*, Boston, v. 88, p. 1271-1325, 2008.

⁴⁰⁰ KAGAN, Elena. *Presidential administration*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 114, p. 2245-2385, 2001. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol114_kagan.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁴⁰¹ CASEY, Conor. *Political executive control of the Administrative State*. How much is too much? Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3866489. Acesso em: 6 maio 2022.

⁴⁰² Id.

cuidado de uma autoridade especializada”⁴⁰³. Portanto, não se trata apenas de decidir questão a pretexto de complexidade técnica.

Cass Sunstein⁴⁰⁴ também põe em evidência a natureza política da interpretação legal feita pela Administração. Para o autor, o segundo passo de *Chevron* incorpora o reconhecimento de que, em face de uma ambiguidade, o gestor público sopesa os interesses conflitantes e decide, o que se caracteriza como atuação nitidamente política. Esse aspecto evidencia que *Chevron* tem raízes na separação de poderes porque exige do controle judicial aceitação da competência administrativa para interpretar a lei e escolher a forma de aplicá-la.

Com o mesmo fundamento, a deferência *Chevron* se justifica porque: a) as escolhas são realizadas por uma burocracia profissional que dispõe de respaldo democrático ao se sujeitar aos controles da Chefia do Poder Executivo; b) devido à separação de poderes, a Administração dispõe de competência para realizar as escolhas que julgar as mais adequadas à satisfação das exigências da sociedade.

2.5.2.4 Os efeitos da deferência *Chevron*

O caso *Chevron* não foi inovador quanto à concessão de deferência às interpretações administrativas. Esse movimento deferencial existia há muito na jurisprudência da Suprema Corte.

Segundo Aditya Bamzai⁴⁰⁵, o contexto anterior revelava uma grande confusão quanto à intensidade do controle judicial porque, como não havia um critério geral, cada julgado deferia à sua maneira.

Em 1989, Antonin Scalia⁴⁰⁶ festejou *Chevron* por ter alcançado o êxito de superar a análise casual de concessão de deferência às escolhas administrativas e ao se consolidar como regra geral para os casos de ambiguidade legislativa presumiria uma discricionariedade ampla à Administração e um controle judicial extremamente restrito.

⁴⁰³ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, p. 204.

⁴⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Chevron step zero*. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**, Chicago, Working Paper n. 91, p. 01-55, 2005.

⁴⁰⁵ “Courts and commentators tend to agree on at least one issue: prior to *Chevron*, there was widespread confusion over the proper scope of review.” BAMZAI, Aditya. *The origins of judicial deference to executive interpretation*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, p. 15–107, 2021.

⁴⁰⁶ SCALIA, Antonin. *Remarks by the honorable Antonin Scalia for the 25th anniversary of *Chevron v. NRDC**. **Administrative Law Review**, Washington, v. 66, n. 2, p. 243-253, 2014.

Portanto, um primeiro efeito de *Chevron* foi estabelecer um regramento geral e de simples aplicação o que facilitaria a previsibilidade quanto à concessão de deferência às escolhas administrativas.

Um segundo efeito foi detectado em pesquisa empírica realizada por Kent Bennett, Christina Boyd e Christopher Walker. Após analisarem mais de 1.600 casos que tramitaram nas instâncias inferiores, concluíram que *Chevron* se tornou um poderoso instrumento de contenção da influência política nas decisões judiciais.⁴⁰⁷

Não há nenhuma doutrina de deferência que se proponha a evitar que o Poder Judiciário imponha a sua visão de mundo em detrimento daquela nutrida pela Administração.⁴⁰⁸ Conforme demonstrado nas linhas anteriores, uma espécie deferencial apenas pode diminuir a influência dos vieses político-ideológicos do magistrado na elaboração e na execução de escolhas públicas.

Os dois efeitos de *Chevron* demonstram sua singularidade e sua importância para o direito administrativo norte-americano, reforçando a um só tempo a separação de poderes e a liberdade da Administração para atuar de maneira técnica e profissional.

2.5.3 Deferência *Auer*

Trata-se de deferência concedida à interpretação que a Administração (*Secretary of Labor*) fez acerca de suas próprias regulamentações sobre a *Fair Labor Standards Act* (FLSA) no caso *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452, julgado em 1997.⁴⁰⁹

Em 1988, sargentos e tenentes do Departamento de Polícia de Saint Louis, Missouri, propuseram ação contra a Administração local requerendo o pagamento de horas extras (*overtime pay*) e fundamentaram o pedido na lei *Fair Labor Standards Act* (FLSA).⁴¹⁰

⁴⁰⁷ “[...] we find that legal doctrine (i.e., Chevron deference) has a powerful constraining effect on partisanship in judicial decisionmaking. To be sure, we still find some statistically significant results as to partisan influence. But the overall picture provides compelling evidence that the Chevron Court’s objective to reduce partisan judicial decisionmaking has been quite effective. Also contrary to prior studies, we find no statistically significant whistleblower or panel effects. These findings have important implications for the current debate over the future of Chevron deference. Our findings identify a significant, overlooked cost of eliminating or narrowing Chevron deference: such reform could result in partisanship playing a larger role in judicial review of agency statutory interpretations.” BERNETT, Kent; BOYD, Christina L.; WALKER, Christopher J. *Administrative law’s political dynamics*. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, n. 71, p. 1463-1526, 2018.

⁴⁰⁸ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, p. 583.

⁴⁰⁹ UNITED STATES. Supreme Court. *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452, 1997. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep519/usrep519452/usrep519452.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

A Administração local rechaçou a pretensão alegando que os autores não teriam direito à compensação porque se enquadravam na exceção que excluía do pagamento de horas extras “servidores executivos, administrativos e profissionais”.

A *Secretary of Labor*, órgão administrativo responsável pela regulação trabalhista, regulamentou a exceção legal e decidiu que não teriam direito ao pagamento de horas extras os “servidores executivos, administrativos e profissionais” que recebessem salário em um montante mínimo especificado (*salary-basis*) por semana, não sujeitos a qualquer redução de variações na quantidade ou qualidade do serviço prestado.⁴¹¹

Os autores da ação alegaram que o Manual do Departamento de Polícia de Saint Louis permitia a redução de seus salários em razão de punição disciplinar, o que impediria de inclui-los na exceção do ato regulamentar da *Secretary of Labor*, viabilizando o direito ao pagamento de horas extras.

Em primeira instância, alguns dos contendores tiveram o direito reconhecido, mas em sede recursal a *Court of Appeals* concluiu que todos estavam incluídos no critério do *salary-basis* e, portanto, não teriam direito ao recebimento de horas extras.

A Suprema Corte analisou o recurso e manteve a decisão de segunda instância, reconhecendo que a interpretação da *Secretary of Labor* era razoável e somente deveria ser afastada se apresentasse erro claro ou inconsistência com a legislação.⁴¹²

O modelo estabelecido no caso *Auer* revela alto nível de deferência à Administração, reconhecendo a sua capacidade institucional para interpretar as suas próprias normas de regulamentação.

Na concepção de Paul Larkin Jr., com o caso *Auer*, a Administração recebe um nível extraordinário de deferência, sendo-lhe permitido dizer o que as suas próprias regras significam,

⁴¹⁰ KAYAT, Roberto; SEPULVEDA, Antônio. A deferência *Auer*. In: BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves *et al.* (org.). **SCOTUS: A Suprema Corte norte-americana e o Estado Administrativo**: precedentes selecionados, p. 91-101.

⁴¹¹ *Id.*

⁴¹² Votação unânime e acórdão redigido pelo Ministro Antonin Scalia: “Because the salary-basis test is a creature of the Secretary's own regulations, his interpretation of it is, under our jurisprudence, controlling unless 'plainly erroneous or inconsistent with the regulation'”. *Robertson v. Methow Valley Citizens Council*, 490 U. S. 332, 359 (1989) (quoting *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410, 414 (1945)). “That deferential standard is easily met here. The critical phrase ‘subject to’ comfortably bears the meaning the Secretary assigns.” UNITED STATES. Supreme Court. ***Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452, 1997**. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep519/usrep519452/usrep519452.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

impedindo o controle judicial de se imiscuir na questão fática, a não ser que a interpretação administrativa se mostre inconciliável com o texto da norma legal.⁴¹³

Adaptar superficialmente esse entendimento para o Brasil significaria o Supremo Tribunal Federal reconhecer muita deferência à maneira como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) interpreta as suas instruções normativas, realizando um controle judicial fraco, cujo exame de mérito só ocorreria no caso de os normativos violarem diretamente um dispositivo legal.

O caso *Auer* reafirmou um precedente deferencial mais antigo, julgado em 1945, o *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 US 410.⁴¹⁴

Em *Seminole Rock*, a Suprema Corte reconheceu que, na disputa sobre como a regra da própria Administração deve ser interpretada, o critério preponderante seria aquele por ela escolhido, a não ser que essa opção se mostre manifestamente equivocada ou inconsistente.⁴¹⁵

Uma comparação entre as deferências *Skidmore* e *Auer* permite inferir o seguinte: *Auer* é uma deferência autoritativa, maximalista; *Skidmore* é uma deferência “persuasiva”⁴¹⁶, minimalista.

Saliente-se que *Auer* e *Seminole Rock* autorizaram o Poder Judiciário a ceder extraordinária deferência à interpretação que a Administração faz de seus regulamentos. Em comparação com *Chevron*, seria uma deferência mais robusta.

As deferências *Auer* e *Seminole Rock* não foram superadas com o julgamento do caso *Kisor v. Wilkie*⁴¹⁷ em 2019; no entanto, pode-se dizer que essa doutrina deferencial foi reescrita.

A partir de *Kisor v. Wilkie*, para existir deferência às interpretações realizadas pela Administração relativamente a seus próprios regulamentos, o Poder Judiciário deverá analisar a configuração de certos requisitos.⁴¹⁸

⁴¹³ LARKIN JR, Paul J. Agency deference after *Kisor v. Wilkie*. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Washington, v. 18, p. 105-147, 2021.

⁴¹⁴ UNITED STATES. Suprem Court. ***Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.***, 325 US 410 (1945). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep325/usrep325410/usrep325410.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2022.

⁴¹⁵ Trecho do acórdão: “[...] the intention of Congress or the principles of the Constitution in some situations may be relevant in the first instance in choosing between various constructions. But the ultimate criterion is the administrative interpretation, which becomes of -controlling weight unless it is plainly erroneous or inconsistent with the regulation.”.

⁴¹⁶ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**. Resgatando o Estado Administrativo, p. 101.

⁴¹⁷ “JUSTICE KAGAN delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II–B, III–B, and IV, holding that *Auer* and *Seminole Rock* are not overruled”. UNITED STATES. Suprem Court. ***Kisor v. Wilkie***, 139 S.Ct. 2400, 2019. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-15_9p6b.pdf. Acesso em: 26 abr. 2022.

Antes de aplicar a deferência *Auer*, o Judiciário examinará o texto legal (no qual se baseia a norma administrativa) para constatar se ele é mesmo ambíguo. Para tal empresa serão manejadas todas as ferramentas de interpretação jurídica.⁴¹⁹

Na hipótese de se concluir que há ambiguidade na lei, a ação seguinte é verificar se a norma administrativa é “razoável”. Mas não basta ser razoável, a norma administrativa deve representar a posição oficial do ente administrativo (não apenas de um órgão seu) e precisa estar de acordo com as decisões anteriores, além de versar sobre a questão da expertise particular da agência.⁴²⁰

A alteração promovida por *Kisor v. Wilkie* afastou o recurso do acolhimento direto da posição adotada pela Administração. A partir desse precedente, em casos de escolha administrativa com base em suas regras, para haver deferência deverão estar presentes as seguintes condições: a) a lei na qual se baseou a Administração deve ser ambígua; b) a interpretação administrativa deve ser razoável, condizente com suas atitudes prévias, ser uma posição oficial e ser produto de uma habilidade particular do ente.⁴²¹

A aplicação da deferência *Auer* ficou tão dificultada com a superveniência das regras de *Kisor v. Wilkie* que o Ministro Neil Gorsuch a considerou um “zumbi”, tamanha fora a sua “mutilação” e “enfraquecimento”.⁴²²

2.5.4 Deferência *Mead*

⁴¹⁸ LARKIN JR, Paul J. Agency deference after *Kisor v. Wilkie*. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Washington, v. 18, p. 105-147, 2021.

⁴¹⁹ Trecho do voto da Ministra Elena Kagan: “[...] and before concluding that a rule is genuinely ambiguous, a court must exhaust all the traditional tools of construction [...]. For again, only when that legal toolkit is empty and the interpretive question still has no single right answer can a judge conclude that it is more one of policy than of law. That means a court cannot wave the ambiguity flag just because it found the regulation impenetrable on first read. Agency regulations can sometimes make the eyes glaze over. But hard interpretive conundrums, even relating to complex rules, can often be solved. A regulation is not ambiguous merely because discerning the only possible interpretation requires a taxing inquiry. To make that effort, a court must carefully consider the text, structure, history, and purpose of a regulation, in all the ways it would if it had no agency to fall back on [...]. Doing so will resolve many seeming ambiguities out of the box, without resort to *Auer* deference.”

⁴²⁰ LARKIN JR, Paul. J. Op. cit.

⁴²¹ “Under the Kagan opinion, an agency will receive deference for its interpretation of one of its own rules only if all the following stars align: (1) the rule must be unclear and (2) the agency’s interpretation must be reasonable, foreseeable, official, and reflect its particular knowledge and skill-set.” Id.

⁴²² Trecho do voto do Ministro Neil Gorsuch no acórdão: “[...] the doctrine of *Auer* deference ‘emerges maimed and enfeebled—in truth, zombified’.”

Em 2001, no caso *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218 (2001)⁴²³, a Suprema Corte decidiu controvérsia sobre os limites do poder regulador da *U.S. Customs Service* (Serviço de Aduana) para alterar a classificação tributária de produtos importados.⁴²⁴

A *Mead Corporation* era uma empresa que importava agendas na forma de fichários e o Serviço de Aduana, autorizado pela *Harmonized Tariff Schedule of United States* (HTSUS), classificava o material como isento de tributação.

A partir de 1994, o Serviço de Aduana alterou o seu posicionamento por meio de uma decisão escrita (*rulling letter*)⁴²⁵, sem fundamentação, e passou a tributar o bem importado pela *Mead*.

A primeira decisão (*rulling letter*) sobre a nova atitude do Serviço de Aduana foi objeto de impugnação pela *Mead* devido à ausência de fundamentação. O ente regulador anulou a impugnação, mas expediu nova orientação, dessa vez fundamentada, mantendo a posição favorável ao recolhimento do tributo.

A empresa, utilizando como justificativa a deferência *Chevron*, provocou o Tribunal de Comércio Internacional (*United States Court of International Trade – CIT*) e a decisão aduaneira foi mantida.

O Tribunal de Apelação reverteu a decisão e afastou a aplicação da deferência *Chevron* apontando especificamente para a natureza da decisão administrativa (*rulling letter*) tomada pelo ente aduaneiro.

A Suprema Corte manteve a orientação fixada no Tribunal anterior ao reconhecer que a deferência *Chevron* não se aplicava ao caso porque não havia indicação da intenção do Congresso em conferir autoridade ao Serviço de Aduana para criar regras “com força de lei”.

⁴²³ UNITED STATES. Suprem Court. **United States v. Mead Corporation**, 533 US 218, 2001. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep533/usrep533218/usrep533218.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁴²⁴ BARBOSA, Carolina Almeida; SILVA JÚNIOR, Eurico Moreira da. UNITED STATES v. MEAD CORP.: A deferência judicial aos atos administrativos sem força de lei. In: BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves et al. (org.). **SCOTUS: A Suprema Corte norte-americana e o Estado Administrativo: precedentes selecionados**. Rio de Janeiro: Letaci, 2019. p. 103-110.

⁴²⁵ A propósito, *rulling letter* “é uma decisão escrita emitida pela *Internal Revenue Service* (Receita Federal norte-americana) em resposta a uma consulta de contribuinte, na qual é dada uma orientação sobre o significado de matéria tributária. Representa uma decisão formal, geralmente em resposta a uma consulta, contendo o entendimento sobre a lei que se aplica ao caso particular”. *Ibid.*, p. 104.

Entretanto, o julgamento permitiu a possibilidade de se aplicar a deferência *Skidmore*, analisando a capacidade de persuasão da decisão administrativa.⁴²⁶

Com o julgamento do caso *Mead*, a aplicabilidade de *Chevron* ficou condicionada a uma fase preliminar (*step zero*), momento em que o Judiciário examinaria se o Poder Legislativo teve a intenção de considerar a interpretação da Administração como dotada de “força de lei”.

Mas, quando haveria essa delegação para a Administração interpretar e decidir com “força de lei”? Segundo o próprio acórdão, essa delegação seria identificada por “vários meios”, em especial quando a Administração adota um dos seguintes procedimentos: informal de criação de regras (*notice-and-comment rulemaking*); formal de adjudicação; ou outro expediente que indique a intenção legislativa de delegar essa atribuição.⁴²⁷

As escolhas administrativas que adotam *notice-and-comment rulemaking* e adjudicação formal não seriam as únicas hipóteses que permitiriam a aplicação da deferência *Chevron*, mas apenas situações em que se presumiria haver a intenção do Legislativo de delegar à Administração a criação de regra com “força de lei”⁴²⁸. Outro expediente para detectar a intenção do Legislativo de delegar tal atribuição à Administração é aquele em que o texto legal exige um procedimento administrativo formal, em especial o *rulemaking*.⁴²⁹

Thomas Merrill⁴³⁰ e Cass Sunstein⁴³¹ concordam que uma lei autoriza a Administração a escolher uma interpretação com “força de lei” quando o dispositivo legal traz em seu corpo previsão de cominação de sanção para o caso de não observância da regra administrativa.

A principal questão decidida em *Mead* é que, como a Administração se manifesta por muitos instrumentos (manuais, cartas, processos administrativos formais e informais), não serão

⁴²⁶ Trecho do acórdão: “[...] we agree that a tariff classification has no claim to judicial deference under *Chevron*, there being no indication that Congress intended such a ruling to carry the force of law, but we hold that under *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134 (1944), the ruling is eligible to claim respect according to its persuasiveness.” UNITED STATES. Suprem Court. **United States v. Mead Corporation**, 533 US 218, 2001. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep533/usrep533218/usrep533218.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁴²⁷ Trecho do acórdão: “Delegation of such authority may be shown in a variety of ways, as by an agency's power to engage in adjudication or notice-and-comment rulemaking, or by some other indication of a comparable congressional intent.” Id.

⁴²⁸ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, p. 335.

⁴²⁹ Trecho do acórdão: “[...] it is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when it provides for a relatively formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force.”

⁴³⁰ MERRILL, Thomas J. The Mead doctrine: rules and standards, meta-rules and meta-standards. **Columbia Law School Working Paper**, New York, p. 807-834, 2002. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2401/. Acesso em: 28 abr. 2022.

⁴³¹ SUNSTEIN, Cass R. *Chevron step zero*. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**, Working Paper n. 91, p. 01-55, 2005.

todas as espécies que receberão o tratamento deferencial previsto na regra de *Chevron*. Apesar disso, as escolhas sem “força de lei” não deixarão de receber deferência, porém serão analisadas segundo os parâmetros de *Skidmore*, uma doutrina minimalista.

Antonin Scalia queixou-se da decisão tomada no caso *Mead*, considerando-a um retrocesso ao período anterior a *Chevron*, uma renúncia à previsibilidade de uma regra geral e de fácil aplicação em favor de um emprego casuístico de deferência.⁴³² Em seu voto dissidente⁴³³, ressaltou as consequências negativas para a Administração uma vez que o precedente incentivaria o emprego de processo administrativo formal para tomada de decisão, mais custoso e cerceador da flexibilidade adaptativa estimulada por *Chevron*.

As observações de Antonin Scalia se expandiram pela doutrina norte-americana, com Cass Sunstein considerando que *Mead* estabeleceu um “esquema complexo e um guia conflitante”⁴³⁴. Lisa Bressman⁴³⁵, por sua vez, criou o termo “fuga de *Chevron*” (*Chevron avoidance*) para identificar uma prática percebida nos tribunais inferiores. Diante da dificuldade de preencher os critérios exigidos por *Mead*, os juízes evitavam fazer uso da deferência *Chevron* e aplicavam diretamente *Skidmore*.

Para Kristin Hickman e Aaron Nielson⁴³⁶, o caso *Mead* não só não obteve êxito em limitar a aplicação da deferência *Chevron*, como também causou mais problema ao permitir a sua expansão aos casos de processos administrativos de adjudicação, o que só conseguiu alimentar as críticas anti-*Chevron*. Objetivando a manutenção de *Chevron*, os autores sugerem que sua aplicação fique condicionada somente aos casos de criação de regras (*rulemaking*).

⁴³² SCALIA, Antonin. Remarks by the honorable Antonin Scalia for the 25th anniversary of *Chevron v. NRDC*. **Administrative Law Review**, Washington, v. 66, n. 2, p. 243-253, 2014.

⁴³³ UNITED STATES. Suprem Court. **United States v. Mead Corporation**, 533 US 218, 2001. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep533/usrep533218/usrep533218.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁴³⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Chevron step zero*. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**, Working Paper n. 91, p. 01-55, 2005.

⁴³⁵ BRESSMAN, Lisa Schultz. How *Mead* has muddled judicial review of Agency Action. **Vanderbilt Public Law Research**, Nashville, Paper n. 05-07, p. 1443-1492, 2005. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

⁴³⁶ HICKMAN, Kristin E.; NIELSON, Aaron L. Narrowing *Chevron*'s domain. **Duke Law Journal**, Durham, v. 70, p. 931-1013, 2021.

2.6 SÍNTESE DO CAPÍTULO

O estudo desenvolvido neste capítulo iniciou demonstrando a aproximação entre os direitos administrativos brasileiro e norte-americano como fator viabilizador da utilização da experiência anglo-americana como inspiração para fundamentar uma doutrina de deferência específica para aplicação no Brasil.

Objetivando proceder a uma análise comparativa, foram rapidamente descritas a organização administrativa nos Estados Unidos da América e as formas jurídicas com as quais a Administração Pública interfere na vida de seus cidadãos.

De maneira sucinta, cuidou-se da apresentação dos *standards* aplicados ao controle judicial das escolhas da Administração com o objetivo de situar o leitor no contexto das doutrinas de deferência. Com esse mister, foram analisadas as espécies de deferência mais relevantes da jurisprudência da Suprema Corte (*Skidmore*, *Chevron*, *Auer* e *Mead*), com especial atenção ao caso *Chevron* devido à sua repercussão na doutrina nacional.

O capítulo seguinte se propõe a analisar a existência de uma possível deferência concebida a partir de elementos normativos extraídos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e verificar se há algum ponto de contato com o precedente *Chevron*.

3 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO COMO DEFERÊNCIA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste último capítulo, busca-se responder ao problema que motivou o presente estudo: os artigos 20, 21 e 22 inseridos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018 são dotados de enunciados⁴³⁷ capazes de formatar uma norma de deferência a ser aplicada no controle judicial das escolhas públicas realizadas pela Administração?

A propósito, falar em deferência significa evidenciar um comportamento judicial de autorrestrição consistente no respeito à escolha feita por outro ente, não só em razão de competência legal para assim agir, mas também porque se percebe nessa escolha um peso decorrente de dois fatores: a) da autoridade que provém de sua especialização funcional ou política; e b) da razoabilidade da escolha tomada.⁴³⁸

Parte da doutrina⁴³⁹ vem-se manifestando favoravelmente ao reconhecimento de um regime de deferência implantado no país com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, extraída a partir dos enunciados normativos do artigo 22 (“serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor” e “exigências das políticas públicas a seu cargo”).

⁴³⁷ Um enunciado ou uma oração “é uma sequência significativa de palavras. Um enunciado é sempre composto de palavras que possuem significado, mas o próprio enunciado como um todo tem o seu próprio sentido, resultado dos significados das palavras combinadas entre si de certo modo. Podemos, com seu uso, descrever algo, expressar um sentimento, dar uma ordem, questionar, pedir, formalizar um ato etc.”. BORTOLON, Nicolas Bortilotti. Texto de lei e norma jurídica: uma distinção necessária no caminho da interpretação do direito. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, v. 10, p. 114-142, 2017.

⁴³⁸ DALY, Paul. **A theory of deference in Administrative Law**. Basis, application and scope, p. 7-9.

⁴³⁹ FREITAS, Rafael Vêras; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 33-35; MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**. São Paulo: RT, 2019. p. 68-69; VALLE, Vanice Regina Lirio do. Escolhas administrativas processualmente adequadas e deferência judicial. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020; MAFRA, Gabriela Schmitz. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Análise da deferência judicial segundo os artigos 20, 21 e 22 da LINDB. Florianópolis: Habitus, 2022.

Há autores⁴⁴⁰ que vão além da identificação de uma exigência de deferência prevista no citado artigo 22 ao reconhecerem inclusive uma similaridade deste dispositivo legal com o precedente *Chevron* da Suprema Corte norte-americana, devidamente conformado à realidade nacional.

Portanto, é necessário imergir no conteúdo dos referidos artigos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para verificar (a) se existe configuração de um regime deferencial próximo à estrutura formal de *Chevron* com adaptações, ou (b) se houve apenas avanço em direção a um espírito de deferência pelo controle judicial por meio da imposição de ônus de justificação para alteração das escolhas realizadas pela Administração.

3.2 A ALTERAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO COMO REAÇÃO LEGISLATIVA AO CONTROLE JUDICIAL INTENSO

Em maio de 2012, depois de palestrar em um seminário realizado na cidade de Salvador-BA, sobre a necessidade de se aumentar a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito administrativo, Carlos Ari Sunfeld começou a rascunhar aquilo que viria a se tornar a Lei n. 13.655/2018.⁴⁴¹

Os estudos anteriores conduzidos por Carlos Ari Sunfeld na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e no Grupo Público da Fundação Getúlio Vargas - Direito São Paulo já tinham diagnosticado os problemas institucionais decorrentes da intervenção do controle sobre a atuação da Administração Pública, a saber: a) a fragmentação do sistema administrativo brasileiro – dividido em entidade estatais da federação (vertical) poderes e em órgãos independentes (horizontal) – produz um direito sem coordenação, cujo efeito se revela na ação do controle judicial, transformando-o em uma ferramenta incapaz de obter ganhos sistêmicos⁴⁴²; e b) tal como exercido, pautado em argumentos de princípio e em voluntarismo, o controle judicial influi

⁴⁴⁰ MEDEIROS, Isaac Kofi; NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina *Chevron* e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020; JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022; PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209–249, 2020.

⁴⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 11.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 13-14.

diretamente na tomada de decisão do gestor público e isso pode impedir, exigir, alterar, onerar e até mesmo substituí-lo. O controle judicial, na prática, acabaria por administrar a coisa pública⁴⁴³; c) o controle judicial tem à sua disposição ferramentas para punir ou responsabilizar os gestores, o que, no fundo, funcionaria como uma maneira de influir na conduta dos agentes da esfera administrativa. Essa realidade tem como efeito positivo afastar os agentes carregados de más intenções e também, quando exercido em excesso, impedir a atuação dos mais qualificados, desestimulando-os e até paralisando-os.⁴⁴⁴

O controle judicial, não raro, minimiza todos esses efeitos ao evocar a máxima do “quem não deve, não teme”⁴⁴⁵.

Além dos problemas de natureza institucional, Carlos Ari Sundfeld também percebeu características subjetivas no controle judicial: a) a magistratura tem garantias constitucionais de independência e uma série de proteção de ordem jurídico-funcional para evitar retaliações de toda ordem. Esse escudo jurídico habilita o julgador a “agir segundo suas visões”, sem que haja preocupação com a reação dos gestores e da opinião pública; b) juízes têm poder formal, ou seja, dispõem de capacidade para produzir decisões públicas, das quais os gestores não têm condições de escapar; c) os juízes costumam ser mais bem remunerados do que os administradores públicos.⁴⁴⁶

A junção dos problemas de ordem institucional com as características subjetivas produz uma consequência incontestável: “a relação de controle é desigual, com vantagem para os controladores, pois os gestores são individualmente mais frágeis”⁴⁴⁷.

Diante de um cenário de desequilíbrio era necessário apresentar uma resposta legislativa para balancear a relação entre controlador e controlado, de modo que o lado mais forte receberia um ônus maior para tornar a competição menos desigual.

A ideia de Carlos Ari Sundfeld, arquitetada em conjunto com Floriano de Azevedo Marques Neto, seria a inserção, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de normas capazes de tornar “mais segura a atuação dos gestores e dos parceiros privados, sem comprometer a eficiência da atividade administrativa e o papel do controle público”⁴⁴⁸.

⁴⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 15.

⁴⁴⁴ Id.

⁴⁴⁵ Id.

⁴⁴⁶ Id.

⁴⁴⁷ Id.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 34.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro seria o local adequado por ser uma “lei bússola”⁴⁴⁹, uma espécie legislativa que define a forma de funcionamento de todo o ordenamento e que teria condição de abrigar dispositivos que funcionassem como “parte geral” do direito público⁴⁵⁰ sem sofrer desnaturalização.

O pragmatismo foi a vertente filosófica que subsidiou a confecção dos novos artigos que viriam a ser inseridos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁴⁵¹

Thamy Pogrebinski⁴⁵², ao estudar as ideias dos três principais defensores do pragmatismo (John Dewey, Charles Sanders Pierce e William James), sintetizou as principais características dessa matriz filosófica – antifundamentalismo, consequencialismo e contextualismo.

Antifundamentalismo é uma rejeição de “quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas”⁴⁵³. Rejeita-se também a ideia de que o “pensamento seja passível de uma fundamentação estática, perpétua, imutável”⁴⁵⁴. O antifundamentalismo é um “antídoto contra o fetiche das teorias”⁴⁵⁵; corresponde a um posicionamento aberto a “novas possibilidades, tentativa, erro, correção, autocorreção”⁴⁵⁶.

Ao impor freios ao controle judicial desmedido sobre a Administração, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigos 20, 21 e 22, por exemplo) objetiva acabar com o mito do “quanto mais controle, melhor”⁴⁵⁷, que apesar de pouco externado pelos órgãos de controle de vez em quando emerge de forma sincera e bem evidente.⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹

⁴⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LIND, p. 35.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 40.

⁴⁵¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 43-61, 2018; JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 63-92, 2018.

⁴⁵² POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. Teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 26.

⁴⁵³ Id.

⁴⁵⁴ Id.

⁴⁵⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 37.

⁴⁵⁶ Id.

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. **Revista Eletrônica Zênite Fácil**, Curitiba, p. 1-22, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 19 maio 2022.

⁴⁵⁸ Como já se pronunciou Vital do Rêgo, Ministro do Tribunal de Contas da União: “[...] mesmo que houvesse a superveniência de controle, isso não seria problema, porquanto o controle nunca é demasiado quando se trata de gasto público. Não é por outro motivo que, no âmbito do Poder Judiciário, por exemplo, temos os controles internos de cada tribunal, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Contas da União, todos eles exercendo alguma

O consequencialismo insiste na fixação de um olhar para o futuro. O passado será utilizado apenas como método de previsão do futuro.⁴⁶⁰ É com o exercício de antecipação de consequências futuras que se produz conhecimento.⁴⁶¹ A ideia é priorizar as consequências de atos, teoria ou conceitos⁴⁶² e focar na realidade por meio de “um processo mental de adiantamento e avaliação das consequências”⁴⁶³: decisões devem ser tomadas a partir das consequências que pretendem alcançar.

Os novos artigos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se preocupam com a realidade do controle judicial e com as consequências que a sua atuação provoca na Administração. Um exemplo de positivação do consequencialismo está no artigo 20, que invalida decisões de controle (e administrativas também) que evocarem “valores jurídicos abstratos” sem uma correspondente “consequência prática”.

No campo do contextualismo, dá-se prevalência ao contexto (social, político, histórico, cultural) da investigação.⁴⁶⁴ Qualquer espécie de interpretação ou decisão deve ser tomada de modo a se adequar ao contexto, tendo necessariamente que observar as influências de diversas ordens. Não há como decidir com base em cenários ideais se o contexto apresenta características próprias às quais a decisão deve se adequar.

Ao comentar o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Eduardo Jordão ressalta a sua característica “antirromântica”, pois objetiva combater duas idealizações: a)

espécie de controle”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 1.407/2016**. Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 1º jun. 2016. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 19 maio 2022.

⁴⁵⁹ Ou, como discorre o então Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, cujas palavras assustam pelo grau de sinceridade: “[...] não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 279.889**. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 14 ago. 2002. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 19 maio 2022.

⁴⁶⁰ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. Teoria social e política, p. 38.

⁴⁶¹ Id.

⁴⁶² MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo, p. 38.

⁴⁶³ Id.

⁴⁶⁴ Id.

a de que o direito é completo, um instrumento apto a resolver toda sorte de problema; b) a de que não só a Administração, mas também o Judiciário e demais órgãos de controle são capazes de satisfazer plenamente os grandes projetos do direito público nacional.⁴⁶⁵

Uma vez estabelecidos os objetivos que se deseja alcançar, a tarefa de converter a ideia em legislação foi encampada pelo então Senador Antônio Anastasia, que além de professor de direito administrativo, já havia vivenciado os problemas provocados pelo controle judicial excessivo em seus dois mandatos como Governador do Estado de Minas Gerais,

Em 2015, o Projeto de Lei n. 349/2015 foi apresentado no Senado Federal com a seguinte justificativa, elaborada pelo citado Senador da República:

A orientação geral do projeto de lei é consolidar e melhorar as regulações e controles públicos existentes e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos. Não é um assunto apenas para profissionais do Direito, mas para toda a sociedade.⁴⁶⁶

Durante a tramitação do Projeto de Lei na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, a Senadora Simone Tebet⁴⁶⁷, então relatora da proposição legal, destacou a falta que um Código de Direito Administrativo fazia ao ordenamento brasileiro. Na opinião da senadora, a inexistência de referido código se devia a dois fatores: a) predileção por tratar os temas da disciplina de forma isolada; e b) receio de influir nas esferas de autonomia dos demais entes federativos. Salientou ainda que o Projeto de Lei, ao inserir normas gerais na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, solucionaria a carência de uma legislação capaz de uniformizar a base de criação e de aplicação do direito administrativo, cuja “coerência sistêmica” teria como resultado último “trazer mais segurança jurídica no sentido não só da previsibilidade das decisões, mas também da proteção às legítimas expectativas dos que têm relação jurídica ou fática com a Administração Pública”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, volume especial, p. 63-92, 2018.

⁴⁶⁶ ANASTASIA, Antônio. Apresentação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (org.). **Segurança jurídica e qualidades das decisões públicas**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 6.

⁴⁶⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer n. 22/2017**. Relatora Senadora Simone Tebet. 29 mar. 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁴⁶⁸ Id.

Durante a tramitação do Projeto de Lei n. 349/2015 (e Projeto de Lei n. 7.448/2017 na Câmara) foram realizadas audiências públicas para ouvir especialistas sobre o tema. Os debates no parlamento ocorreram até a aprovação final, em 15 de setembro de 2017.⁴⁶⁹

Depois de apreciados os recursos regimentais no âmbito da Câmara dos Deputados, o projeto de lei aprovado pelas duas casas legislativas foi então encaminhado para sanção presidencial em 5 abril de 2018.

Entre os meses de março e abril de 2018 os órgãos de controle (Tribunal de Contas da União e seus congêneres estaduais, os Ministérios Públicos e o Judiciário) e suas associações marcaram posição contrária⁴⁷⁰ ao projeto de lei e se manifestaram pelo veto presidencial, argumentando que os dispositivos enfraqueceriam as atividades de combate à corrupção.⁴⁷¹

Em 25 de abril de 2018, o Presidente da República sancionou parcialmente a Lei n. 13.655, valendo lembrar que nenhum dos sete vetos foi capaz de descaracterizar o objetivo principal do empreendimento legal iniciado no Senado Federal.

Uma vez promulgada a Lei n. 13.655/2018, Carlos Ari Sundfeld e José Guilherme Giacomuzzi apresentaram à comunidade acadêmica um texto para revelar o “espírito” da nova lei: um verdadeiro chamado, ressaltando que era “necessário olhar ao mundo real, e não ao céu dos princípios, para decidir sobre a vida concreta”⁴⁷².

A conclamação ao apego à realidade requer o distanciamento de idealizações quanto ao direito, quanto à Administração Pública e quanto à capacidade de os princípios jurídicos servirem como ferramentas saneadoras de todos os males do mundo contemporâneo.⁴⁷³ A intenção da Lei n. 13.655/2018 seria “trazer quem ‘decide’ ao mundo real”⁴⁷⁴ para evitar a sustentação de dois mitos: a) mito da infalibilidade dos princípios como instrumento essencial de um controle judicial destinado a concretizar sozinho todas as promessas constitucionais de 1988; e b) convicção “de

⁴⁶⁹ Data de leitura e aprovação do Parecer do Deputado Paulo Abi-Akel sobre a constitucionalidade da matéria e aprovação quanto ao mérito na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal. Informação disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁴⁷⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Câmaras de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica Conjunta n. 01/2018**. Brasília, DF, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>. Acesso em: 19 maio 2022; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Gabinete do Presidente. **Análise Preliminar do Projeto de Lei n. 7.448/2017**. Disponível em: [conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf). Acesso em: 19 maio 2022.

⁴⁷¹ No primeiro semestre de 2018 o país assistia ao momento auge da Operação Lava Jato com a prisão do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva (7 de abril de 2018).

⁴⁷² GIACOMUZZI, José Guilherme; SUNDFELD, Carlos Ari. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 62, p. 39-42, 2018.

⁴⁷³ Id.

⁴⁷⁴ Id.

que as Administrações Públicas abrigavam a banda podre, clientelista e oportunista do Estado, que estaria dentro dele para usar recursos públicos em objetivos ilícitos”⁴⁷⁵, o que levaria à persistente conclusão de que o gestor estaria de má-fé quando a escolha pública divergisse do posicionamento do controlador.⁴⁷⁶

A Lei n. 13.655/2018 primou por estabelecer uma clara divisão de funções: a Administração faz as escolhas públicas e o controle judicial exerce um exame de adequação da opção adotada com os parâmetros legais.

O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) fez questão de evidenciar essa divisão em uma de suas conclusões apresentadas no primeiro encontro pós-alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁴⁷⁷

Enunciado n. 13: A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor.

Apesar de ter o controle excessivo e voluntarioso como alvo, a Lei n. 13.655/2018 não retirou nenhuma competência ou instrumento dos entes controladores, nem sequer os limitou, apenas exigiu um compartilhamento de responsabilidades e um ônus de justificação maior no caso de interferência nas escolhas realizadas pela Administração.

Não é demais lembrar que a Lei n. 13.655/2018 não se dedica ao gestor de má-fé, mas sim ao gestor de boa-fé, aquele “cujo comportamento honesto não é tutelado pelo direito e termina por receber o mesmo tratamento jurídico do sujeito mal-intencionado”. A referida lei ainda presta um grande serviço pois ao evitar a paralisia administrativa acaba fomentando a inovação no âmbito da Administração Pública. Ao racionalizar as hipóteses de responsabilização dos agentes administrativos, fazendo-a incidir somente nos casos de dolo ou erro grosseiro⁴⁷⁸, a

⁴⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 30.

⁴⁷⁶ Id.

⁴⁷⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no direito administrativo**. Tiradentes, MG, 2019. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-alindb>. Acesso em: 17 maio 2022.

⁴⁷⁸ “Artigo 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

lei concede liberdade ao gestor de boa-fé para lançar mão de experimentalismos com menos receio de sofrer implicações decorrentes de eventuais equívocos involuntários.⁴⁷⁹

Ao reclamar maior apego à realidade, desmitificando os princípios como pedra filosofal da validade das escolhas administrativas, percebe-se que faz sentido a constatação de Carlos Ari Sundfeld: “há uma mutação em curso no Direito Administrativo brasileiro, e a LINDB tem tudo a ver com ela”⁴⁸⁰.

3.3 INOVAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO DIRIGIDAS AO COMPORTAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL

A Lei n. 13.655/2018 inseriu duas inovações que alteraram de forma significativa o comportamento do controle judicial no país, direcionando-o a um modelo deferencial de atuação controladora.

Antes da alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o controle judicial tinha liberdade para alterar, anular ou substituir a escolha administrativa. A única limitação era a obrigatoriedade constitucional⁴⁸¹ e legal⁴⁸² de apresentar uma fundamentação genérica.

⁴⁷⁹ “Na inovação, espera-se o erro, desde que não seja grosseiro, pois é assim que problemas são identificados e endereçados. Incrementalmente, a gestão pública se torna melhor.” PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209–249, 2020.

⁴⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 11.

⁴⁸¹ “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.” (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988).

⁴⁸² “§ 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.” (artigo 489 do Código de Processo Civil).

Com o surgimento da nova legislação em 2018, o processo de tomada de decisão judicial de controle passa a ter a incumbência de apresentar uma fundamentação qualificada, consistente no ônus de a) contextualizar a sua análise e de b) apresentar as consequências que seriam decorrentes da decisão controladora.

3.3.1 Análise de consequências

A primeira novidade trazida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi a obrigação de o controle judicial motivar a sua intervenção em razão das consequências⁴⁸³ que, segundo o entendimento do julgador, a decisão controladora provocará na atividade administrativa pública.

O consequencialismo, uma das características do pragmatismo, configura uma postura “que prioriza as consequências do ato, teoria ou conceito”⁴⁸⁴. Na sua vertente jurídica, o consequencialismo vem a ser uma “postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa”⁴⁸⁵.

Ao impor que o controle judicial motive a sua atuação indicando quais seriam as consequências da decisão administrativa tomada, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pretende dar conhecimento ao gestor da real intenção que move o ente controlador. Essa transparência facilitaria não só o cumprimento da ordem judicial, mas também o ajuste de eventuais efeitos sistêmicos.

A análise das consequências do ato administrativo ocorre em dois momentos do controle judicial: um, antes de o juiz decidir pela anulação da escolha; outro depois de ter decidido alterar a opção administrativa.

⁴⁸³ A mesma obrigação de justificar as consequências é aplicada ao gestor público na ocasião da eleição de sua escolha.

⁴⁸⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo, p. 38.

⁴⁸⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 43-61, 2018.

3.3.1.1 Análise consequencial prévia

O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁸⁶ exige que o controle judicial apresente as “consequências práticas da decisão” sempre fundamentado em algum “valor jurídico abstrato” (princípio, conceito indeterminado ou afim). Significa dizer que o juiz, antes de efetivamente decidir, está obrigado a ponderar quais serão as consequências de sua interferência na Administração Pública. Trata-se de imposição legal que deseja um comportamento prudencial do Judiciário consistente na avaliação prévia da necessidade de intervir ou não na escolha do gestor público, pois qualquer intervenção efetiva terá o potencial de produzir consequências indesejáveis no âmbito da Administração.⁴⁸⁷

A determinação para que o juiz apresente as “consequências práticas da decisão” funciona como advertência: se desejar alterar a escolha administrativa tão somente com base em “valor jurídico abstrato” deverá invocar as consequências da sua opção, isto é, considerar, ainda que superficialmente, a influência que sua intervenção provocará nas esferas política, social e econômica.

Os “valores jurídicos abstratos” correspondem a princípios ou normas muito indeterminados⁴⁸⁸, “aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração” (artigo 3º, §1º, do Decreto n. 9.830/2019)⁴⁸⁹, abrangendo regras e qualquer outra espécie normativa que apresente conceitos jurídicos indeterminados.⁴⁹⁰

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro enfrentou o principal problema do controle judicial pátrio: a utilização de uma retórica de princípios (“valores jurídicos abstratos)

⁴⁸⁶ “Artigo 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.”

⁴⁸⁷ “Enquanto os juristas debatem se as decisões judiciais deveriam ou não preocupar-se com consequências, economistas e jus economistas afirmam categórica e positivamente que as decisões judiciais têm consequências, que goste ou não [...]” YEUNG, Luciana. Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e efeitos bumerangue. *In*: YEUNG, Luciana (org.). **Análise econômica do direito**. Temas contemporâneos, p. 337.

⁴⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 44.

⁴⁸⁹ BRASIL. Poder Executivo. **Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁴⁹⁰ Enunciado n. 06: “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.”. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no direito administrativo**. Tiradentes, MG, 2019. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-alindb>. Acesso em: 17 maio 2022.

como meio de capturar a competência da Administração para realizar escolhas públicas (seja na elaboração de políticas, seja na própria condução da máquina estatal).⁴⁹¹⁻⁴⁹²

Gestores públicos e juízes não exercem a mesma função. A Administração é a principal receptora dos comandos legislativos, cabendo-lhe interpretar a lei e aplicá-la. Na tarefa interpretativa, a Administração não se vale somente do direito, ela vai além e analisa a questão posta com base em outros saberes científicos. Trata-se de tarefa mais complexa que à relativa ao controle judicial, que tem uma função exclusivamente comparativa: examinar a decisão administrativa sob a lente de um parâmetro legal. A atividade judicial fica circunscrita no panorama jurídico, permanecendo alheia ao enfrentamento do caso do ponto de vista de outras ciências. Se o juiz desejar substituir a escolha administrativa apenas com suporte em razões jurídicas, que se proponha ao menos a fazer um esforço de concretude da sua opção, até mesmo para auxiliar o gestor na continuidade da execução da política atingida pela decisão.

Cuidadoso, o legislador não impediu o controle judicial de se apoiar em princípios para decidir, apenas agregou uma motivação condicional: expor as consequências práticas de sua opção. A Administração, quando faz escolhas, tem de avaliar as implicações de sua decisão. Essa exigência do artigo 20 equaliza a relação de controle porque impõe aos controladores judiciais um modo de pensar como políticos e como gestores⁴⁹³.

Com a superveniência do artigo 20, o controle judicial não pode simplesmente invocar um princípio como fundamento exclusivo de sua decisão. Agora é necessário motivar a escolha de maneira adequada, esclarecendo “os efeitos concretos e gerais da decisão e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cuja escolha deve ser ponderada e exposta”⁴⁹⁴. Mas por que se faz tal exigência legal? A resposta: porque é dessa forma que decidem a Administração e os encarregados da elaboração de políticas, eles primeiramente diagnosticam um problema público e se põem a cogitar possíveis soluções; depois, formulam uma previsão de custos e anteveem as consequências de optar por uma das vias possíveis; ao final, submetem a escolha ao escrutínio público e à avaliação dos órgãos de controle.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 44.

⁴⁹² O art. 20 visa impedir que, por intermédio da utilização de conceitos vagos, sobretudo os controladores, substituam-se às competências da Administração Pública, sem assumir os ônus que são próprios ao administrador. FREITAS, Rafael Vêras; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018**, p. 32-33.

⁴⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit. p. 44.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 46.

⁴⁹⁵ Id.

O mesmo dispositivo legal (artigo 20) da lei em comento atua para coibir o ativismo judicial. Ao exigir que, além da violação de um princípio (ou postulado afim), o controle judicial aponte uma consequência prática da decisão, haverá um acréscimo no custo de motivação para impedir que o juiz primeiro decida a seu bel-prazer e depois busque um princípio aleatório para servir de fundamento para a sua opção voluntarista⁴⁹⁶.

O requisito de indicação das consequências práticas da decisão serve ainda para possibilitar uma posterior análise de sua proporcionalidade, permitindo uma ponderação entre a opção escolhida e as alternativas disponíveis.⁴⁹⁷

A exposição de consequências permitirá a determinada instância superior de controle ou ao legislador realizar um exame comparativo com as previsões de efeitos elaboradas inicialmente pelo gestor público. O expediente de confrontação de consequências permitiria enxergar quem deteria maior capacidade institucional para resolver a questão de maneira mais prática⁴⁹⁸.

A explanação das consequências práticas não exige nenhum poder sobrenatural do controle judicial nem informações extraprocessuais; restringe-se tão só a um “processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência”⁴⁹⁹.

Analisar consequências não é algo novo no direito brasileiro. Esse exame é realizado desde 26 de maio de 1964, quando a Lei n. 4.348 passou a autorizar juízes de instâncias superiores a suspenderem liminares em mandados de segurança que ocasionassem “lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”⁵⁰⁰⁻⁵⁰¹. Nessa hipótese, para fins de suspensão

⁴⁹⁶ FREITAS, Rafael Vêras; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018**, p. 22-23.

⁴⁹⁷ “Uma motivação qualificada apresenta, de acordo com a Lei n. 13.655/2018, os seguintes elementos: (1) adequação da medida controladora — ela cabe no caso concreto?; (2) identificação das alternativas — quais são as possibilidades de resolução do caso concreto?; e (3) necessidade da medida — na comparação, ela é a menos onerosa? Trata-se da explicitação do teste da proporcionalidade com a adaptação de suas fases ao contexto do controle da ação administrativa.” PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209–249, 2020.

⁴⁹⁸ Rafael Vêras de Freitas e Floriano de Azevedo Marques Neto entendem que o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao positivar a análise de consequências, inseriu no ordenamento nacional o argumento de capacidades institucionais de Adrian Vermeule e Cass Sunstein (**Comentários à Lei n. 13.655/2018**, p. 33).

⁴⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 13-41, 2018.

⁵⁰⁰ “Artigo 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.” BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 4.348, de 26 de maio de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4348.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

⁵⁰¹ Atualmente está vigente dispositivo semelhante na Lei n. 12.016/2009: “Artigo 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à

da decisão inferior, o juiz não analisa o seu conteúdo, apenas restringe a avaliação às consequências que interferirem em valores protegidos pela lei.⁵⁰²

O Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado que a satisfação da imposição consignada no artigo 20 não apresenta dificuldades, conforme se infere nos seguintes julgados.

a) Recurso Especial n. 1.898186/CE – Tema Repetitivo n. 1.094: a questão jurídica debatida versava sobre a possibilidade de investidura em cargo público de candidato que teria titulação de nível superior na mesma área em que o concurso exigira diploma de ensino médio. O Ministro Relator, reconhecendo a possibilidade de acesso ao cargo público, apresentou os seguintes efeitos práticos da sua decisão: 1) amplia-se o universo de candidatos que poderiam aceder ao serviço público, o que permitiria a realização de um concurso mais abrangente e com maior qualidade na competição; 2) a prestação do serviço público seria potencializada com a superveniência de pessoas com maior habilidade técnica.⁵⁰³

b) Agravo Interno no Recurso Especial n 1.626.583: trata de caso relativo à proibição judicial de alocação de presos em cárcere produzido com contêineres, apresentado no primeiro capítulo desta pesquisa.⁵⁰⁴ O Ministro Relator entendeu que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina havia analisado as consequências práticas do caso, ao contrário do julgador da primeira instância.

segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.” BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

⁵⁰² MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 43-61, 2018.

⁵⁰³ “Sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão - nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) -, não se pode deixar de registrar que a aceitação de titulação superior à exigida traz efeitos benéficos para o serviço público e, conseqüentemente, para a sociedade brasileira. Destaco os seguintes: 1) o leque de candidatos postulantes ao cargo é ampliado, permitindo uma seleção mais abrangente e mais competitiva no certame; 2) a própria prestação do serviço público é aperfeiçoada com a investidura de servidores mais qualificados e aptos para o exercício da função pública.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial n. 1.898186**. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, 22 set. 2021. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 maio 2022.

⁵⁰⁴ Seção 1.2.1.

Fazendo menção expressa ao artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão da segunda instância porque avaliou concretamente a situação fática e não decidiu com base em valores abstratos.⁵⁰⁵

Apesar de o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União não ser objeto do presente estudo, é de grande valia verificar como o órgão de controle federal tem-se ajustado à exigência do artigo 20.

Uma pesquisa empírica realizada em 2021 por membros da Faculdade de Direito da FGV-SP constatou que o Tribunal de Contas da União foi capaz de produzir análises que se “aprofundaram nas consequências práticas que podem decorrer de suas escolhas decisórias”⁵⁰⁶. Além desse aprofundamento, em alguns casos, o tribunal foi além do requisito legal e se esforçou para também “antever eventuais reflexos que ultrapassavam os efeitos diretos dessas decisões”⁵⁰⁷.

A seguir, apresentam-se dois exemplos de aplicação prática do artigo 20 pelo Tribunal de Contas da União:

a) Acórdão n. 2.877/2019 – Plenário: o Tribunal analisou os registros de uma auditoria operacional que investigou a eficiência do custeio de políticas energéticas do país. Além das falhas de planejamento e de governança detectadas, impuseram-se algumas determinações ao Ministério de Minas e Energia.

Em sede de embargos de declaração, o órgão administrativo questionou duas exigências do Tribunal alegando que elas pecavam por não trazer uma análise específica das consequências

⁵⁰⁵ “A situação fática minuciosamente descrita pelo Tribunal de origem contrasta, em certa medida, com aquela descrita pelo Ministro Marco Aurélio, ao votar pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário. Ou seja, apesar da utilização de celas contêineres, há camas individuais, televisores e ventiladores, e não há registros de epidemias ou infestações de insetos. A Corte local, após inspeção judicial, expressamente assentou que os presos não estavam em situação degradante ou humilhante, e que manifestaram incondicionalmente a intenção de permanecerem naquele local, mais próximos de suas famílias. Apontou, ainda, que os contêineres têm sido utilizados em diversos setores da sociedade, como na construção civil e no comércio.

Portanto, não se pode decidir com base em valores abstratos sem enfrentar esses fatos. Do contrário, estar-se-ia substituindo a decisão do Administrador Público sem real motivação. Como aduzem Floriano de Azevedo Marques e Neto e Rafael Vêras de Freitas ao comentarem o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ‘a decisão fundamentada em abstrações, para além de se furtar a analisar a complexidade da questão vertida, não traduz uma avaliação prévia quanto à solução mais adequada’ (Comentários à Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, p. 22).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, **Agravo Interno no Recurso Especial n 1.626.583**. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 5 nov. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602446126&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 mar. 2022.

⁵⁰⁶ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – DIREITO SP. Relatório de Pesquisa. **Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União**. 2021. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/evento/nova-lindb-tcu-balanco-2-primeiros-anos>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁵⁰⁷ Id.

práticas da decisão (artigo 20). O Tribunal reestruturou a sua decisão para evitar consequências práticas não desejadas.⁵⁰⁸

b) Acórdão n. 3.062/2019 – Plenário: neste caso o Tribunal reconheceu que a anulação de uma licitação e a paralisação de obras em estágio avançado seriam consequências que prejudicariam sobremaneira o interesse público. O Tribunal justificou as consequências práticas que uma eventual anulação proporcionaria: (i) implicaria mais custos para manutenção do empreendimento e dos serviços até então executados, desmobilização da infraestrutura de suporte e ônus adicional para realização de nova licitação; (ii) mais custo com eventuais litígios judiciais e decisões proferidas em favor das partes; e (iii) aumento do descrédito da Administração com mais uma obra parada.⁵⁰⁹

As decisões apresentadas comprovam que a aplicação do artigo 20 não é dificultosa e que tem potencial para evitar decisões baseadas exclusivamente em opções subjetivas do controle judicial.

⁵⁰⁸ “Espera-se grande número de ações judiciais a pleitear a repetição de indébito de valores pretéritos, a partir dos fundamentos de ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão nas quotas anuais da CDE do custeio de parte dos descontos previstos no art. 13, VII, da Lei 10.438/2002 c/c Decreto 7.891 e Decreto 62.724/1968. Vislumbra-se, assim, o aumento de judicialização em um setor que já se encontra com níveis exacerbados de contendas judiciais, o que traz ainda mais preocupação para a estabilidade regulatória, necessária para que se preservem os investimentos privados neste importante setor da economia nacional.

Especialmente para regulamentar a aplicação destes dispositivos legais, recentemente foi editado o Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, dispondo claramente acerca da necessidade de serem consideradas as consequências jurídicas e administrativas de decisão que decreta invalidação de normas administrativas, prevendo para isso a necessidade de se restringir os efeitos da declaração, ou seja, uma modulação de efeitos, tal qual realizado pela Administração Pública Federal no Plano de Redução Estrutural dos subsídios da CDE já levado a cabo, como discorrido no tópico anterior.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 2.877/2019**. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 27 nov. 2019. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

⁵⁰⁹ “Nesse sentido, no exercício de avaliar o impacto das possíveis decisões e suas consequências, na esteira do determinado no art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei 4.657/1942 e suas alterações, entendo que a paralisação das obras no estágio atual poderia ocasionar mais prejuízos ao interesse público do que prováveis benefícios, tendo em vista o histórico de degradação da localidade e a pequena diferença entre as propostas de preços apresentadas pelas concorrentes.

Ademais, há de se ponderar que a anulação do certame e a consequente paralisação da obra ocasionaria custos adicionais para resguardar o empreendimento e os serviços executados, bem como os custos para a desmobilização dos equipamentos e com um novo processo licitatório, que, no fim, poderia não apresentar desconto suficiente para contrapor esses novos custos. Além disso, a proposta de anulação do certame poderia resultar em litígios judiciais e indenizações às partes, o que poderia implicar em entraves à retomada da obra.

Também há de se considerar o expressivo número de obras paralisadas no Brasil, cerca de 14 mil, conforme apresentado no Acórdão 1.079/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, que tratou de amplo diagnóstico sobre a ocorrência de obras paralisadas no Brasil. Nesse sentido, a paralisação do presente contrato se somaria aos demais casos de paralisação que oferecem ao cidadão a sensação de que o dinheiro público não é bem aplicado e que não resulta em benefícios para a sociedade.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 3.062/2019**. Relator Ministro Augusto Sherman. Brasília, 10 dez. 2019. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

Apesar do empenho legislativo, a declinação de consequências não impede que os juízes tomem decisões subjetivas; no entanto, a exigência de apresentá-las abre a possibilidade de serem posteriormente falseadas com o auxílio da ciência⁵¹⁰ e com isso revelar a real intenção do controlador.

Na análise de eventuais consequências práticas da decisão de controle judicial deverá ser considerada a hipótese de reação de outros poderes. Trata-se de fenômeno chamado de *backlash*, que pode ser exercido sobre duas vertentes: a institucional⁵¹¹ e a normativa⁵¹².

A exigência de uma análise consequencial prévia a uma simples reversão de escolha administrativa deve ser objeto de ponderação pelo controle judicial para evitar que se desencadeiem reações (*backlash*) que possam esvaziar a autoridade do julgador e comprometer a sua atuação para o futuro.

3.3.1.2 Análise consequencial posterior

A segunda análise consequencial a ser realizada pelo controle judicial ocorrerá depois de o juízo se convencer que sua decisão alterará a escolha administrativa.

O artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵¹³ trata de uma etapa posterior. Caso o controle judicial decida invalidar a opção feita pela Administração, deverá indicar as “consequências jurídicas e administrativas” de sua decisão.

⁵¹⁰ LEAL, Fernando. Consequencialismo. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. In: CARDOSO, Henrique Ribeiro; LEAL, Fernando (org.). **Direito regulatório comportamental e consequencialismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 28.

⁵¹¹ “O backlash institucional é uma reação dos Poderes Executivo e Legislativo a decisões judiciais mediante a influência em sua estrutura, forma de funcionamento, controle orçamentário, indicação de magistrados, modificação de competência ou restrição de garantias, de modo a reverter a tendência jurisprudencial ou a retirar poder decisório de tribunais. Dessa forma, os outros órgãos de Poder reagem a atos judiciais para reduzir o espaço de competência ou sua capacidade operacional.” TAVARES, Marcelo Leonardo. O backlash institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no direito previdenciário e assistencial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 233, n. p. 11-33, 2022.

⁵¹² Ocorre quando sobrevém uma legislação para superar a decisão judicial. O Poder Legislativo ou o Poder Executivo (via medida provisória) produz uma regra jurídica para neutralizar os efeitos das decisões judiciais. A característica dessa espécie de reação é que não objetiva interferir no funcionamento do Judiciário. Id.

⁵¹³ “Artigo 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

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.”

José Vicente Santos de Mendonça⁵¹⁴ conceitua consequências jurídicas como “estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988”⁵¹⁵.

As consequências administrativas seriam “estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição”⁵¹⁶.

Bom exemplo nesse sentido é o do caso apresentado no primeiro capítulo deste estudo, relativamente à suspensão de obra para construção de uma praça pública em Florianópolis. As consequências jurídicas, diante do embargo temporário da execução da obra, são: a) cessação de eficácia de autorizações e licenciamentos administrativos concedidos; b) desfazimento do termo de parceria com o agente privado; c) instauração de novo procedimento licitatório devido à desistência do parceiro privado. As consequências administrativas seriam a) custos despendidos para realização de novo procedimento licitatório; b) custos de desmobilização do parceiro privado, que já estava executando as obras iniciais; e c) remanejamento orçamentário de despesas públicas.

Em rigor, não há necessidade de o julgador indicar toda sorte de consequências jurídicas e administrativas, devendo restringir-se às mais importantes, aquelas que, sofrendo o efeito direto da invalidação, gerem menos reflexos econômicos, político-administrativos e/ou sociais⁵¹⁷.

Enquanto o projeto de lei tramitava no Senado Federal, a relatora, Senadora Simone Tebet, ressaltou em seu relatório que o Poder Legislativo estava a exigir do controle judicial a avaliação das eventuais consequências econômicas de suas decisões. Na avaliação da parlamentar, o artigo 21 institucionalizara “a necessidade de uma avaliação econômica (lato sensu) da decisão de invalidar, inclusive levando em conta seus possíveis impactos”⁵¹⁸.

Segundo entendimento de José Vicente Santos de Mendonça, consequência não é palpite, é algo que pode estar ligado diretamente à decisão do controle judicial realizado.

⁵¹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 43-61, 2018.

⁵¹⁵ Id.

⁵¹⁶ Id.

⁵¹⁷ Id.

⁵¹⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer n. 22/2017**. Relatora Senadora Simone Tebet. 29 mar. 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 13 maio 2022.

Consequências de ordem jurídica são facilmente passíveis de aferição pelos juízes, versados e acostumados com argumentações dessa natureza.

Presume-se que o controle judicial tem capacidade de analisar quais os resultados jurídicos decorrentes de determinada decisão. As consequências administrativas dizem respeito às alterações produzidas no mundo dos fatos e tal espécie consequencial não pode ser satisfeita apenas com argumentos de direito na medida em que demanda algum tipo de corroboração empírica para ser demonstrada. Evidências empíricas podem ser obtidas por meio de relatórios produzidos por fontes imparciais, notas técnicas, avaliações periciais, manuais de boas práticas e/ou pesquisas científicas.⁵¹⁹

Pode ser que a decisão oriunda do controle judicial não produza nenhuma consequência administrativa/jurídica, ou produza apenas uma e não outra. De qualquer sorte, mesmo não havendo efeitos concretos, exige-se que essa informação conste na decisão.⁵²⁰

Há ainda outro efeito que decorre da exigência de enunciação das consequências jurídicas e administrativas, quando o juiz, ao mencioná-las, declara o que realmente almeja com a sua decisão. Considerando que a decisão e as consequências sejam factíveis, o gestor público teria uma direção para continuar a desenvolver a política pública em execução. Além disso, ao expor a sua pretensão (consequências), a decisão judicial funcionaria como causa de isenção de responsabilidade do gestor em caso de futuro questionamento.

Ao servir como baliza para a continuidade da atuação do gestor público e como fator de possível eliminação de responsabilidade, o artigo 21 também funcionaria como tentativa legislativa de evitar a paralisação administrativa decorrente do controle judicial.

Novamente, da doutrina de José Vicente Santos de Mendonça⁵²¹, extrai-se que a exigência do artigo 21 poderia ser cumprida pelo controle judicial apenas de “modo retórico” e isso levaria a uma mudança de “estilo” na forma de decidir, sem a obtenção dos ganhos que foram imaginados com a declinação das consequências. Ainda que se tenha apenas a alteração do estilo de decidir, mesmo assim, poder-se-ia alcançar um ganho porque a “retórica das

⁵¹⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 43-61, 2018.

⁵²⁰ Id.

⁵²¹ Id.

consequências é melhor do que a retórica dos princípios, pois, como se aplica a estados da realidade, pode ser falseada”⁵²².

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o artigo 21 de forma a apresentar as consequências jurídicas e administrativas resultantes de decisão judicial que determina a reversão da escolha administrativa.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.852.691 (Tema Repetitivo n. 1.064), discutiu-se a possibilidade de o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) inscrever em dívida ativa o débito referente ao pagamento de benefício previdenciário que foi indevidamente recebido (sem má-fé ou fraude)⁵²³. A decisão do STJ foi no sentido de que o pagamento de benefícios em valor maior que o devido poderia ser inscrito em dívida ativa somente a partir da Medida Provisória n. 780, de 22 de maio de 2017, depois convertida na Lei n. 13.494 /2017 (antes de 22.05.2017).⁵²⁴

Além disso, em atenção ao disposto no artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Tribunal fez constar de forma expressa as consequências de sua decisão: “a nulidade dos atos administrativos praticados antes das leis autorizativas e a necessidade de seu refazimento dentro dos prazos prescricionais”⁵²⁵.

No âmbito do Tribunal de Contas da União foram identificadas duas hipóteses de aplicação do artigo 21:

1) Acórdão n. 2.079/2019 – Plenário: em caso de registro de admissão de pessoal, devido à judicialização da questão, com base no artigo 21, o Tribunal entendeu que seria melhor

⁵²² MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 43-61, 2018.

⁵²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial n. 1.852.691**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 23 jun. 2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 20 maio 2022.

⁵²⁴ A Medida Provisória n. 780/2017 promoveu a alteração da Lei n. 8.213/991 para permitir expressamente a inscrição de dívida ativa, nestes casos:

“Artigo 115. [...]”

§ 3º Serão inscritos em dívida ativa pela Procuradoria-Geral Federal os créditos constituídos pelo INSS em razão de benefício previdenciário ou assistencial pago indevidamente ou além do devido, hipótese em que se aplica o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para a execução judicial.”

⁵²⁵ No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal ressaltou com clareza o atendimento ao artigo 21: “Em atenção aos arts. 21 e 24, da LINDB, a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas já está nas teses aprovadas em repetitivo: a nulidade dos atos administrativos praticados antes das leis autorizativas e a necessidade de seu refazimento dentro dos prazos prescricionais. Não há a necessidade de estabelecimento de regra de transição, pois a segurança jurídica está aqui a militar a favor do administrado, porque o tema já havia sido objeto de julgamento em sede de repetitivo anterior, o REsp. n. 1.350.804-PR (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12.06.2013), cuja ratio decidendi foi preservada. Sendo assim, não ocorreu a “mudança posterior de orientação geral” (art. 24, da LINDB), mas sim a adoção pela Administração Pública de interpretação particular ao precedente e que lhe era mais cômoda.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.852.691**. Op. cit.

sobrestar a sua análise para depois da decisão judicial, para evitar a consequência jurídica e administrativa de eventualmente ter a Administração que lidar com ordens conflitantes⁵²⁶;

2) Acórdão n. 986/2022 – Plenário: tratou-se de processo de monitoramento de implementação de decisão anterior do Tribunal que havia ordenado a criação de quadro de pessoal próprio para Fundação Banco do Brasil e término da cessão de empregados do Banco do Brasil S.A., deixando apenas funcionários de “nível estratégico”, como "membros dos Conselhos Curador, Fiscal e da Diretoria Executiva, que atuam por meio de mandatos com prazos definidos”⁵²⁷. A decisão inicial também determinara a cessação de pagamento de divisão de lucros aos funcionários que permanecessem à disposição da Fundação.

Em decisão de 4 de maio de 2022, o Ministro Relator Antônio Anastasia acolheu pedido da Fundação Banco do Brasil para reconhecer também como funcionários de “nível estratégicos” e mantê-los no quadro da fundação os trabalhadores responsáveis pela tecnologia de informação.

Com base no artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Ministro Relator determinou a manutenção do pagamento da verba de divisão de lucros do Banco do Brasil S.A. para os funcionários da Fundação homônima, reconhecendo como consequência jurídica a propositura de ações judiciais para requerimento da parcela e como consequência administrativa o pedido de retorno dos funcionários, o que inviabilizaria a operação da entidade fundacional.⁵²⁸

As decisões apresentadas como exemplos sinalizam que uma análise de consequências nada tem de exorbitante, referindo-se tão só à nomeação pelo controle judicial de situações fáticas e jurídicas que, direta ou indiretamente, possam estar conectadas com a decisão.

⁵²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 2.079/2019**. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 4 set. 2019. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

⁵²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 986/2022**. Relator Ministro Antônio Anastasia. Brasília, 4 maio 2022. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

⁵²⁸ No mesmo acórdão, consignou o ministro relator: “20. No tocante ao pagamento da PLR, além das condicionantes jurídicas que obriga estendê-lo a todos os funcionários do Banco, incluindo os alocados à FBB, é bem verossímil a alegação de que sua eventual interrupção acarretaria demandas judiciais ou o pedido de retorno à estatal dos funcionários alocados na Fundação, com prejuízo às suas funções críticas de gerência e de tecnologia da informação, tudo culminando com risco de colapso operacional da FBB.

21. Dito isso, considero presentes, in casu, as condicionantes previstas nos arts. 21 e 22 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), nele incorporados pela Lei 13.655/2018, para, sopesando as consequências jurídicas e administrativas da determinação monitorada, evitar que sua implementação dê ensejo a ‘ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos’, ponderando-se, ainda, os ‘obstáculos e as dificuldades reais’ que imponham modulações às decisões dos órgãos de controle ou possam até obstá-las.” Id.

3.3.2 Contextualização da decisão do controle judicial

Um segundo elemento incorporado à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e destinado a influir no comportamento do controle judicial é a imposição para que se interpretem as normas de gestão pública de acordo com a primazia da realidade, ou seja, que se considerem os “obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Artigo 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.

No parágrafo primeiro a lei determina que a decisão de tornar a escolha administrativa regular deverá ater-se às “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Tal como o enunciado do caput, o complemento do parágrafo visa impelir o controle judicial a considerar a realidade na qual o gestor estava inserido.

Eduardo Jordão sugere que ambas as normas sejam interpretadas de forma conjunta⁵²⁹, apesar de terem uma diferença mínima: o caput tem abrangência geral e o parágrafo primeiro é destinado exclusivamente à instância controladora.

O artigo 22 transforma em lei algo que os responsáveis pela concreção do direito já sabiam há muito: quase sempre a “vida real não se adequa às exigências burocráticas”⁵³⁰. É por essa razão que no citado artigo o legislador determinou que a interpretação do direito administrativo deve ser realizada de maneira contextualizada, dando atenção aos fatos e às condições nos quais o gestor estava inserido.

A positivação da exigência de contextualização implica reconhecimento da racionalidade limitada de todo tomador de decisão, seja gestor público seja controlador judicial. Todos “sofrem com limitações cognitivas e informativas e não conseguem entender a complexidade que estão lidando”⁵³¹. O artigo 22 determina que o magistrado utilize as lentes do

⁵²⁹ JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022. p. 47.

⁵³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 47.

⁵³¹ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**. Conceito, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed., p. 52-53.

gestor para que possa enxergar que a escolha administrativa não representa a solução ideal, mas sim aquela que foi possível ser alcançada diante dos impedimentos resultantes do contexto fático.⁵³²⁻⁵³³

Concebe-se o artigo 22 como espécie de “pedido de empatia com o gestor público e com suas dificuldades”⁵³⁴, pois o dispositivo legal objetiva impor uma condição ao controlador: caso tenha a intenção de substituir escolhas administrativas, será necessário que “enfrente também os ônus que o administrador enfrenta [...] no sentido da necessidade de maior atenção às agruras e aos dilemas do gestor público”⁵³⁵.

Ao gestor compete inserir os “obstáculos e as dificuldades reais” na motivação de sua decisão para que possam ser avaliadas pelo controle judicial, a quem caberá a consideração sobre o emprego ou não do adjetivo “real” ao estorvo apresentado⁵³⁶. Ao controle judicial também será permitido analisar outras dificuldades que não tenham sido apresentadas pelo gestor público. Mesmo que o gestor não tenha feito constar na motivação de sua escolha as adversidades que enfrentou, caberá ao controle judicial o dever de requisitá-las.

Assim, “obstáculos e dificuldades reais” são consideradas carências: a) materiais: que vão desde a falta de equipamentos mínimos (digitais ou físicos) até a total falta de adequação de infraestrutura para realizar a tarefa administrativa; b) temporais: a ausência de prazo adequado para apresentação de uma decisão minimamente planejada ou, ainda, quando se decide com base em informações científicas disponíveis no momento da tomada de decisão; c) orçamentárias: uma mazela clássica dentro de um Estado que tem a obrigação de atender a muitas promessas constitucionais; e d) de recursos humanos: aqui a carência se refere aos aspectos quantitativo (falta de pessoal) e qualitativo (falta de qualificação dos agentes disponíveis).

⁵³² SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**. Conceito, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed., p. 52-53.

⁵³³ De forma semelhante, Adrian Vermeule trata especificamente da racionalidade limitada dos juízes: “Construed in a broad sense, this [the bounded rationality] include limits on the information-processing capacity of otherwise rational agents. Real-world decisionmakers, including judges, have limited capacity to understand and use even the information they do have. The problem of bounded information is amplified by bounded decisionmaking capacity. Bounded rationality, however, is also relevant in a more pointed sense. Judges, like other decisionmakers, are never fully rational. Like other decisionmakers, they are prey to cognitive failings, including the use of heuristics that misfire in particular cases, producing cognitive bias.” (**Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**, p. 155).

⁵³⁴ JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**, p. 46.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 46-47. No mesmo sentido, Fabrício Motta e Irene Nohara: “[...] o eixo de preocupação do ponto de vista da interpretação do direito público se deslocou da restrição da discricionariedade para o respeito ao self-restraint da Administração Pública, a fim de que os órgãos de controle não exagerem no seu múnus fiscalizatório e comecem a substituir opções legítimas tomadas pela Administração Pública determinando aquelas que entendam melhores ou mais oportunas.” (**LINDB no Direito Público**, p. 65).

⁵³⁶ JORDÃO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49.

Além dos entraves mencionados, Eduardo Jordão⁵³⁷ chama atenção para outro obstáculo a ser considerado: a “dificuldade jurídica”. Esse empecilho decorre da complexidade de interpretação de um novo dispositivo legal, de dificuldade que pode ser atribuída a uma atecnia legislativa, ou à presença de um enunciado de “valor jurídico abstrato”, ou até mesmo resultante de um embaraço provocado pela necessidade de coordená-lo com outras normas já existentes.

Exemplos de aplicação prática do artigo 22 no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Contas da União atestam a alteração de comportamento do controle judicial.

a) Em 19 de abril de 2021, em plena pandemia da COVID-19, o Superior Tribunal de Justiça invocou o artigo 22 para suspender uma liminar proferida por juízo de primeira instância que determinava a internação imediata de paciente em leito de UTI-COVID.

A situação era de carência de leitos no Estado do Mato Grosso e um juiz determinou liminarmente a internação do paciente. O Tribunal de Justiça manteve a decisão.

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça suspendeu a liminar e reconheceu a regularidade do ato (artigo 22) justificando com a seguinte circunstância prática o que limitou a ação do gestor: a falta de leitos não ocorrera “por má gestão da administração pública, e sim pelo notório reconhecimento do infeliz colapso dos leitos de UTI atualmente presenciado em diversos estados da Federação”⁵³⁸.

b) Em outro caso, o Município de Maravilha (SC), antes da pandemia da COVID-19, havia celebrado termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público para disponibilizar novas vagas em creches da rede municipal de ensino.

Com a superveniência da pandemia, o Município deixou de ofertar uma programação para abertura de novas vagas.

O juízo de primeira instância impôs multa ao Município, que recorreu ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A apelação da municipalidade foi acolhida sob o fundamento do artigo 22, reconhecendo a situação gerada pela pandemia como real dificuldade do gestor municipal.

O Superior Tribunal de Justiça, por decisão monocrática, manteve a decisão reconhecendo a incidência do artigo 22.⁵³⁹

⁵³⁷ JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**, p. 53 e Enunciado n. 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Direito Administrativo.

⁵³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2922**. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 19 abr. 2021. Disponível: stj.jus.br. Acesso em: 25 maio 2022.

⁵³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Recurso Especial n. 1956135**. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 5 nov. 2021. Disponível: stj.jus.br. Acesso em: 25 maio 2022.

c) O Tribunal de Contas da União tem manejado o artigo 22 em conjunto com o artigo 28⁵⁴⁰ para isentar alguns gestores de responsabilização.

Um caso chamou atenção pela forma como o Tribunal de Contas da União efetivamente se colocou no contexto do gestor. No Acórdão n. 2.672/2022, o órgão de controle isentou de responsabilidade um gestor da Secretária de Estado da Saúde do Distrito Federal, que não teria apresentado “documentação para inclusão e monitoramento dos pacientes, conforme os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas/MS”⁵⁴¹ e que se defendera alegando deficiências na estrutura do órgão público.

O Tribunal de Contas da União reconheceu que a omissão detectada foi resultado do contexto deficitário do órgão, revelando a existência de uma real dificuldade desse gestor:

Ademais, tendo em conta o disposto no art. 22 da LINDB, considero razoável o argumento do responsável das dificuldades então enfrentadas em virtude da estrutura do órgão sob sua coordenação e da impossibilidade de o principal gestor acompanhar, com o nível de detalhe ora exigido pelo TCU, todos os atos praticados no desempenho de rotinas internas, até mesmo pela complexidade estrutural da Secretaria de Saúde que, à época, informam as razões de justificativa, contava com mais de 160 unidades administrativas vinculadas.

O órgão controlador simplesmente se pôs no lugar do gestor público e examinou as circunstâncias fáticas e estruturais que limitaram a sua atuação, evitando assim uma decisão calcada em “valores abstratos” e em idealizações sobre o ambiente administrativo.

Os exemplos de concretização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro demonstram não só a facilidade de sua operacionalização, como também o início de uma mudança institucional do controle judicial, que passa a se preocupar com a realidade contextual da escolha administrativa e com os efeitos prospectivos de sua interferência.

A exigência de contextualização da atividade de controle dessacraliza a visão de que o gestor público toma suas decisões em um ambiente idílico, em ótimas condições estruturais e jurídicas. A análise consequencial, por sua vez, serve para deixar claro o que pretende o controle judicial ao intervir na Administração Pública.

⁵⁴⁰ “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” (Artigo 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro).

⁵⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. **Acórdão n. 2.672/2022**. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 24 maio 2022. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 2 jun. 2022.

3.4 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O PRECEDENTE *CHEVRON*

Conforme exposto no capítulo anterior, a extensão do controle judicial (*scope of judicial review*) nos Estados Unidos da América tem menos amplitude do que no Brasil. A deferência é retratada por lá como um *standard* de revisão.⁵⁴²

No controle judicial norte-americano, ao ser proposta uma demanda judicial contra a Administração, o primeiro pleito do autor da ação deve ser o afastamento da deferência. Devido ao caráter vinculante dos precedentes, o esforço preliminar deve estar centrado na tentativa de se evadir da incidência de *Chevron*. No Brasil ocorre o oposto. Parte-se da presunção de que o Poder Judiciário poderá rever toda decisão e é a Administração quem deve argumentar em favor da aplicação de deferência.

O modelo brasileiro de controle judicial da Administração é de difícil enquadramento nos *standards* norte-americanos. A modalidade que mais se aproxima⁵⁴³ é o *arbitrary and capricious test*, que permite ao Judiciário proceder a uma longa investigação acerca da matéria fática.

Ao se enquadrar o controle judicial brasileiro no *arbitrary and capricious test* haverá incompatibilidade em harmonizá-lo com a deferência *Chevron*, haja vista que este modelo deferencial é muito amplo. Aplicar a regra de *Chevron* significaria conferir à Administração uma presunção de correção de sua apreciação fática e jurídica na hipótese de interpretação de uma ambiguidade legislativa (“valor jurídico abstrato”). Essa presunção elaborada pela jurisprudência da Supreme Corte norte-americana gera um grande impedimento ao ingresso do Poder Judiciário brasileiro na análise do mérito da escolha administrativa.

Analisar o mérito da escolha administrativa não significa alterá-la ou substituí-la, mas sim permitir que o Judiciário averigue a motivação que levou a Administração a proceder daquela forma.

No Brasil essa discussão está ultrapassada desde que a doutrina e a jurisprudência nacionais acordaram sobre a possibilidade de controlar a discricionariedade administrativa. A

⁵⁴² WARREN, Kenneth F. WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. Law, politics and regulatory policy. 6. ed., p. 275-276.

⁵⁴³ BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; LAZARI, Igor de; SEPÚLVEDA, Antônio. Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Eletrônica Interfases**, Guarapuava/PR, 9 ago. 2019.

questão a ser enfrentada no Brasil não é saber se o controle judicial pode syndicar a discricionariiedade administrativa, mas sim alcançar um consenso acerca de quais circunstâncias e justificativas o juiz estará autorizado a anular uma escolha discricionária.

Além das razões anteriores, o precedente *Chevron* somente se torna medida efetiva quando há ambiguidade na lei, o que não é o caso da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que não condiciona a existência deste requisito para que o controle judicial atue de forma contextualizada e proceda a uma análise consequencial de sua intervenção.

A deferência *Chevron* é uma regra formal e de aplicação geral: havendo ambiguidade na lei, quem decide com preferência é a Administração Pública. Essa regra é alheia à intenção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que formulou critérios para uma análise deferencial informal, sujeita às circunstâncias do caso concreto.

É importante ressaltar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não afetou qualquer prerrogativa nem interferiu no controle judicial sobre as escolhas administrativas; a lei apenas reconheceu que o Poder Judiciário compartilha com a Administração o propósito de construção, em concreto, do interesse público.⁵⁴⁴

Reconhecer a aplicabilidade de *Chevron* no ordenamento brasileiro seria minimizar o papel do controle judicial⁵⁴⁵, tornando-o subsidiário em relação à atuação do gestor e desperdiçando o seu efeito preventivo de irregularidades,⁵⁴⁶

Pedro de Menezes Niebuhr, Cláudio Ladeira de Oliveira e Issac Kofi Medeiros⁵⁴⁷ vislumbram no artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reforçado pelo

⁵⁴⁴ A LINDB não elimina nenhuma carga do gestor nem transfere nenhum ônus do gestor ao controlador. Não há se falar que o controlador “fará o trabalho que deveria ter sido feito pelo gestor”. JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, 2018. No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. **O Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 39.

⁵⁴⁵ “If Chevron is revolutionary, it is because step two seems to take courts out of the statutory-interpretation game, compelling them to accept the agency’s view of statutory meaning.” HERZ, Michael. Chevron is dead; long live Chevron. **Columbia Law Review**, New York, v. 115, p. 1867-1909, 2015. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 1º jun. 2022.

⁵⁴⁶ Chevron pode encorajar a irresponsabilidade da Administração porque permitirá a esta ficar à espera de uma análise deferencial por parte do controle judicial. Isso instigará a Administração executar a lei com base na sua exclusiva vontade e não de acordo com o teor exigido pelo Legislativo. BEERMANN, Jack M. End the failed Chevron experiment now. How Chevron has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, v. 42, p. 779-851, 2010. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 1º jun. 2022.

⁵⁴⁷ MEDEIROS, Isaac Kofi; NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**.

artigo 13 do Decreto n. 9.830/2019⁵⁴⁸, a existência de um teste de deferência inspirado na doutrina *Chevron*, que indicaria “a intenção de se garantir que é o gestor, e não o Judiciário, o responsável por tomar decisões que envolvam algum grau de discernimento técnico ou de legitimidade política”⁵⁴⁹. Essa ideia traduz a positivação do argumento da capacidade institucional em favor da Administração.

É bem verdade que o requisito da capacidade institucional está inserido no espírito de *Chevron* e é uma ideia que está subjacente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigos 20 e 22), porém há fatores que impedem a utilização desse modelo como parâmetro de deferência a ser utilizado no Brasil, como especificado a seguir.

a) *Chevron* configura uma espécie deferencial considerada forte. O segundo passo configura uma presunção de correção em favor da Administração quando se estiver diante de um texto legal ambíguo. Em caso de ambiguidade, competirá exclusivamente à Administração interpretar a lei e revelar o seu alcance.⁵⁵⁰ Compete à Administração, primordialmente, a atribuição de dizer o que a ambiguidade significa. É por essa razão que Cass Sunstein denominou *Chevron* como o “anti Marbury”⁵⁵¹.

A aplicação integral da deferência *Chevron* funcionaria como alocação de autoridade. Não haveria apenas respeito à escolha da Administração, seria reconhecida também a sua prevalência em relação ao controle judicial.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não foi tão longe. O artigo 22 não reclama presunção de correção da escolha administrativa nem gera interdição de controle quando existir ambiguidade na lei. O que o citado dispositivo legal exige é um comportamento contextualizado do controle judicial e isso significa colocar-se no lugar do gestor e realizar um juízo de adequação à situação vivenciada.

⁵⁴⁸ “A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.”

⁵⁴⁹ Eduardo Jordão também exprime entendimento semelhante, mas focado na “dificuldade jurídica” enfrentada pelo gestor: “o caput do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro [...]. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verificará se a ‘dificuldade jurídica’ é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.” (Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, volume especial, p. 63-92, 2018).

⁵⁵⁰ “Chevron defines a cluster of ideas about who is entrusted with interpreting ambiguous statutes and, less obviously, about what legal interpretation actually is.” SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron. *Columbia Law Review*, Chicago, n. 90, 2071-2120, 1990.

⁵⁵¹ Id.

Não há como se extrair dos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro um *standard* formal de controle judicial das escolhas administrativas nos moldes da deferência *Chevron*. Essa lei, conforme será abordado adiante, tem aptidão para produzir uma cláusula geral de deferência por meio da interpretação coordenada de seus conceitos indeterminados, de modo a estabelecer um regime deferencial que incidirá caso a caso.

b) Os juízes norte-americanos são mais generalistas⁵⁵² do que os brasileiros. A criação de unidades jurisdicionais e turmas especializadas (Lavagem de Dinheiro, Fazenda Pública, Execuções Fiscais etc.) tornam os juízes brasileiros mais informados sobre a Administração do que os congêneres do país de referência.

Uma das razões que a Suprema Corte norte-americana sopesou para decidir o caso *Chevron* foi a falta de expertise dos juízes norte-americanos.⁵⁵³

A especialização de unidades jurisdicionais não torna os magistrados brasileiros tão especializados a ponto de competir com os conhecimentos da Administração, porém, se analisados de forma comparada aos norte-americanos, reconhece-se que os brasileiros têm mais informações de como a Administração Pública opera.

O fato de os juízes brasileiros serem menos generalistas não justifica a concessão de uma deferência tão ampla como a *Chevron*. No entanto, é importante ressaltar, essa característica dos nossos magistrados não dota o Poder Judiciário de capacidade institucional apriorística para produzir as melhores escolhas.

c) Em *Chevron* criou-se também a ficção jurídica de delegação legislativa de competência à Administração Pública para fazer livre escolha em caso de ambiguidade no texto da lei.⁵⁵⁴

⁵⁵² “Judges are generalists who deal with a variety of matters and there are very good reasons why they should do so.” CALABRESI, Guido. **The current subtle – and not so subtle – Rejection of an Independent Judiciary**. 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1408&context=jcl>. Acesso em: 1º jun. 2022. No mesmo sentido: CHENG, Edward. K. The myth of the generalista judge. **Brooklyn Law School Legal Studies**, New York, v. 81, p. 1-46 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985677. Acesso em: 1º jun. 2022.

⁵⁵³ Trecho do acórdão de *Chevron* “[...] judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government [...]”.

⁵⁵⁴ Trecho de *Chevron*: “If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.”.

A escolha administrativa ficaria condicionada ao preenchimento do requisito da razoabilidade; ou seja, se a opção administrativa é considerada razoável, então se pode dizer que goza de presunção de regularidade.

No Brasil não há nenhuma espécie de ficção jurídica de delegação legislativa. Longe disso, as delegações legislativas têm regramento próprio na Constituição Federal de 1988⁵⁵⁵. Por ordem constitucional, o juiz brasileiro não poderá deferir a escolha administrativa em razão de uma ficção jurídica prévia (delegação legislativa no caso de ambiguidade).

Portanto, havendo ambiguidade no texto da lei, caberá à Administração interpretá-la e fazer a sua escolha. Em momento posterior, o controle judicial, em um exercício de comparação com a moldura regulatória da lei e eventualmente da Constituição Federal de 1988, escrutinará a escolha a fim de examinar a sua regularidade.

A deferência decorrente da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro extrai o seu fundamento de duas ideias-força: contextualização da atividade de controle e análise consequencial.

O controle judicial prestará deferência à escolha administrativa no Brasil; primeiro porque, após analisar o contexto em que ela foi produzida, supõe-se que seja adequada; segundo porque o juiz tomou consciência de que não teria capacidade para produzir uma decisão capaz de trazer consequências menos custosas, mesmo que entenda que a sua escolha é a melhor.

d) Não há como dizer que o controle judicial da Administração Pública brasileira opera em dois momentos: primeiro há um controle de legalidade; depois um controle de razoabilidade da escolha administrativa.

⁵⁵⁵ “Artigo 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

O controle de legalidade⁵⁵⁶ sempre existirá e terá prioridade na avaliação da escolha administrativa pelo magistrado. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro “não está preocupada com o gestor de má-fé. Para este, foi construída toda uma legislação de controle”⁵⁵⁷.

Neste ponto do estudo é importante mencionar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e, conseqüentemente, o escopo da presente pesquisa estão centrados na discussão de uma escolha feita pelo gestor de boa-fé, aquele que honestamente desejou resolver um problema público, que tentou inovar, mas que teve a sua conduta questionada pelo controle judicial.

Pode-se ter a impressão de que o controle judicial se dá em duas fases apenas porque a escolha administrativa será desafiada na esfera judicial com a justificativa de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nessa hipótese, o magistrado deverá examinar primeiramente tal alegação. Em outras palavras, o controle de legalidade será uma questão prejudicial a ser vencida pelo juiz, que só depois passa a verificar a adequação da escolha administrativa observando os parâmetros da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigos 20, 21 e 22).

Com base nessa ligeira análise, pode-se dizer que o controle judicial da Administração Pública no Brasil ocorre em duas etapas e assim é porque a primeira tarefa do julgador é avaliar a regularidade da escolha quanto a sua legalidade. Entretanto, esse aspecto não se coaduna com o modelo proposto em *Chevron*.

e) A dificuldade formal é outro aspecto que atua em desfavor do reconhecimento da deferência *Chevron*, que se materializa em uma regra formal de fácil percepção. Diferentemente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apenas permite a extração de deferência das duas ideias-força que seus artigos 20, 21 e 22 carregam, mas que não demonstram propriedade para ser encaixadas em regra com estruturação formal.

f) O aspecto da formalidade também merece ser invocado nessa análise. Nos Estados Unidos da América há impeditivo para se descobrir quando a deferência *Chevron* deverá incidir.

⁵⁵⁶ Entende-se por controle de legalidade aquele que investiga a atuação administrativa a partir dos elementos competência, forma, finalidade e regularidade do processo administrativo que culminou na escolha administrativa.

⁵⁵⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209–249, 2020.

Depois do julgamento de MEAD⁵⁵⁸, em 2001, a sua aplicação ficou circunscrita às hipóteses em que o legislador delegou à Administração a tarefa de produzir escolhas “com força de lei”.

No Brasil não há restrição ao controle judicial quanto à forma legal da decisão administrativa em si.⁵⁵⁹ Como mencionado antes⁵⁶⁰, um modelo de controle judicial ideal deveria ser largo o bastante para evitar abusos da Administração e estrito o suficiente para que a atuação administrativa cotidiana não seja afetada por uma interferência judicial indesejada.

Com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode-se afirmar que o controle judicial deve comportar-se como um zelador da regularidade das escolhas da Administração, cabendo-lhe não só uma ampla análise das circunstâncias fáticas e jurídicas, mas também ter em mente que em certas situações precisa restringir a sua atuação para não solapar a competência do gestor de fazer opções administrativas.

Apesar de haver algumas discordâncias quanto à aplicação da deferência *Chevron*, no Brasil não há como escapar do ponto de contato existente entre este modelo deferencial e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: ambos reconheceram a legítima competência da Administração Pública para interpretar a lei e especificar a forma como deve ser aplicada.⁵⁶¹

Assim, reconhecer que a Administração tem competência privativa para interpretar a lei é um fato de grande significância em um país como o Brasil, acostumado a sempre esperar pelo Judiciário para saber qual sentido dar à legislação.

⁵⁵⁸ UNITED STATES. Suprem Cout. **United States v. Mead Corporation**, 533 US 218, 2001. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep533/usrep533218/usrep533218.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁵⁵⁹ Não há obstáculo ao exame do conteúdo da escolha administrativa, o que existe são alguns impedimentos para utilização de certos expedientes processuais para questionar atos administrativos específicos. Exemplo: não cabe o uso de mandado de segurança para questionar norma de caráter geral, conforme se depreende do enunciado da **Súmula n. 266** do STF e do seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 3.4432**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 7 de março de 2017.

⁵⁶⁰ WARREN, Kenneth F. **Administrative law in the political system**. Law, politics and regulatory policy, p. 274.

⁵⁶¹ “A competência para dar concretude aos preceitos normativos indeterminados ou que necessitam de integração com análises e conceitos técnicos é da Administração Pública e não do controlador ou do juiz (por corolário, do perito judicial). Esses não devem impor às situações postas em controle a sua interpretação ou seu entendimento sobre tais variáveis quando o encaminhamento atribuído pela Administração Pública nos atos autorizativos ou licenciatórios tenha sido razoável, jurídica e tecnicamente defensável.” NIEBUHR, Pedro de Menezes. A repercussão da LINDB em demandas ambientais e urbanísticas. **Jota**, São Paulo, 9 jul. 2019. Disponível em: jota.com.br. Acesso em: 17 maio 2022.

O fato é que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro conferiu peso⁵⁶² à escolha administrativa e impôs ao controle judicial o dever de analisá-la de forma contextualizada e ter prudência com as consequências de sua eventual interferência. Pode-se dizer que esse é um modelo singular de deferência e não se enquadra em nenhuma daquelas hipóteses formuladas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Um empenho de comparação dá uma boa noção de que o modelo norte-americano que mais se aproximaria das características da deferência brasileira seria o decorrente do caso *Skidmore*, que, sem oferecer uma robusta presunção de validade em favor da Administração e sem limitar a interpretação judicial, confere certo peso (importância) à posição do ente administrativo, impondo ao Judiciário o dever de “considerar” a interpretação administrativa tendo em conta três fatores: as expertises do gestor e da instituição, a abrangência da análise fática e a coerência da interpretação atual com as realizadas anteriormente.⁵⁶³

Com essa análise não se pretende afirmar que exista um enquadramento perfeito entre *Skidmore* e o modelo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas apenas reconhecer uma maior sintonia com esse modelo deferencial quando comparado com a deferência *Chevron*.

3.5 A CLÁUSULA GERAL DE DEFERÊNCIA ESTABELECIDA PELA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A Lei n. 13.655/2018 inseriu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro enunciados normativos (artigos 20, 21 e 22), que, lidos conjuntamente, sinalizam a positivação de uma cláusula geral de deferência.

⁵⁶² “A Administração Pública interpreta – e sua interpretação tem peso. A Administração Pública é a maior intérprete do direito. Administrar não é aplicar a lei de ofício. Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica, a interpretação é tarefa indissociável da implementação.” PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209–249, 2020.

⁵⁶³ ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. *William and Mary Law Review*, Williamsburg, 42, p. 1105-1147 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985677. Acesso em: 1º jun. 2022.

A cláusula geral é uma espécie do gênero “norma de tipo aberto”⁵⁶⁴ que se junta a outras duas: conceitos indeterminados e princípios. O traço comum entre elas é que todas objetivam criar normas que tenham um maior espectro de abrangência e que possam adaptar-se bem ao caso concreto.⁵⁶⁵⁻⁵⁶⁶

A distinção entre as normas de tipo aberto se dá em razão do plano em que elas estão situadas⁵⁶⁷. Conceitos indeterminados “são palavras ou expressões em larga medida incertas, vagas, cujo traço característico é estar situado no plano semântico”⁵⁶⁸ e a eles se opõem os conceitos determinados. As cláusulas gerais, enquanto técnica legislativa, têm a função de alcançar um maior espectro de aplicação. O oposto da técnica legislativa é a casuística, definida como enumeração fechada das situações fáticas em que a norma incidirá.⁵⁶⁹ Os princípios estão situados no plano normativo e seu antônimo são as regras.⁵⁷⁰

A cláusula geral se caracteriza por uma abertura semântica. Trata-se de técnica legislativa que não deseja dar uma resposta certa “a todos os problemas da realidade”⁵⁷¹, não busca regular uma matéria de forma completa e exaustiva, mas atribuir ao juiz a incumbência de identificar a hipótese de aplicação e avaliar qual seria a melhor decisão para o caso concreto.

Para Fredie Didier Júnior, a cláusula geral permitirá ao “aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a consequência jurídica que dele será extraída”⁵⁷².

⁵⁶⁴ SANT’ANA, Maurício Requião. **Normas de textura aberta e interpretação**: uma análise no adimplemento das obrigações. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2009. p. 29. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/10792>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁵⁶⁵ Id.

⁵⁶⁶ “O fenômeno da textualização normativa aberta vem atender à necessidade de construção de enunciados normativos de tipicidade e alcance amplo e flexível, que se amoldem mais facilmente ao caso concreto e acompanhem as inevitáveis evoluções sócioaxiológicas que se dão com o passar do tempo.” BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2009, p. 33. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/17749>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁵⁶⁷ SANT’ANA, Maurício Requião. Op. cit., p. 38.

⁵⁶⁸ Id.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 39.

⁵⁷⁰ Id.

⁵⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 35, p. 05-22, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁵⁷² “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.” DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 8, p. 118-130, 2010.

A importância normativa da cláusula geral se deve à sua capacidade de flexibilizar o ordenamento jurídico positivado para que nele ingressem “princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente”⁵⁷³⁻⁵⁷⁴.

Os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais têm em comum o conteúdo aberto (vago) do enunciado que carregam, mas diferem por dois motivos: o primeiro se refere à divergência de plano – enquanto o primeiro é uma questão de semântica, de linguagem, o segundo representa uma técnica legislativa para abranger o máximo de situações fáticas; a segunda distinção está na previsão de consequências: na cláusula geral “o legislador confere ao juiz o poder de determinar os efeitos jurídicos que decorrerão do enquadramento fático na hipótese normativa”⁵⁷⁵; no “conceito jurídico indeterminado não lhe é concedido semelhante poder, visto que tais efeitos estão pré-definidos no ordenamento, e com base neles o magistrado irá julgar”⁵⁷⁶⁻⁵⁷⁷. Saliente-se que, mesmo de natureza distinta, um conceito indeterminado pode ser utilizado para formar o enunciado normativo de uma cláusula geral.⁵⁷⁸

⁵⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 35, p. 05-22, 1998.

⁵⁷⁴ Para uma diferenciação entre cláusula geral e princípios: “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido (Humberto Ávila). Cláusula geral é um texto jurídico; princípio é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.”. TEODORO, Viviane Rosólia. Cláusulas gerais e conceitos vagos – O direito processual como sistema de aplicação e controle. **Revista Forense**, São Paulo, v. 429, 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/30/revista-forense-429-clausulas-gerais-conceitos-vagos/>. Acesso em: 27 maio 2022.

⁵⁷⁵ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**, p. 34.

⁵⁷⁶ Id.

⁵⁷⁷ No mesmo sentido: “Cabe a análise sobre a diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, haja vista determinada parte da doutrina negar tal distinção por considerar em ambos um alto grau de vagueza, como o ‘reenvio a standards valorativos extra-sistêmicos’. Os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato em exame, com vistas à aplicação do direito, de modo que a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Coincidindo ou não o modelo normativo e o fato, a solução já se encontrará predeterminada: ocorre uma subsunção, não havendo possibilidade de criação do direito, apenas de interpretação.” CANALI, Regina Helena Marchiori. **A cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoiética do direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2007, p. 110. Disponível em: http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/USIN_c8b3649e1bd275e8dc0162c0c32a4886. Acesso em: 26 maio 2022.

“Consideramos as cláusulas gerais uma técnica legislativa, oposta à casuística, utilizada para a formulação de normas do tipo aberto, tanto na configuração do seu suporte fático como na determinação das suas consequências, a serem preenchidos pelo magistrado diante da análise do caso concreto.” SANT’ANA, Maurício Requião. **Normas de**

O embasamento buscado na teoria do direito serve para demonstrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe de enunciados normativos que podem muito bem formar uma cláusula geral de deferência a partir dos seguintes elementos: a) análise consequencial dos efeitos contidos nos enunciados normativos dos artigos 20 (“valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas da decisão”) e 21 (“consequências jurídicas e administrativas”); e b) contextualização da decisão de controle inserida no artigo 22 (“obstáculos e dificuldades reais do gestor” e “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”).

A leitura conjunta dos enunciados normativos dos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro revela uma norma da espécie cláusula geral de deferência.⁵⁷⁹

Não há como se estabelecer deferência pela técnica legislativa da casuística, elencando cada caso que deverá ser objeto de uma apreciação judicial deferente porque, primeiro, a deferência é um comportamento judicial, uma maneira de analisar um caso pontual; segundo, o estabelecimento na lei das hipóteses merecedoras de deferência não é deferência propriamente, mas sim imunidade de controle, sujeita inclusive à decretação de inconstitucionalidade devido à amplitude do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988).

Uma cláusula geral contida na legislação, formada por conceitos indeterminados que sugerem um comportamento deferencial⁵⁸⁰, pode ser articulada pelo controle judicial para, ao sabor das circunstâncias, singularizar os casos que poderão ser enquadrados na moldura de deferência, além de costumizar os efeitos da decisão (autorrestrrição ou não).⁵⁸¹

textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações, p. 42. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/10792>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁵⁷⁸ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento:** o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro, p. 34.

⁵⁷⁹ Tem-se que normas “não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30.

⁵⁸⁰ Artigo 20: “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas da decisão”; artigo 21: “consequências jurídicas e administrativas”; artigo 22: “obstáculos e as dificuldades reais do gestor” e “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”, todos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁵⁸¹ “Distinguem-se ‘pela margem de liberdade do aplicador e pelos efeitos jurídicos’, conclui Ávila. Nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha de conteúdo e de efeitos, já nos conceitos indeterminados só há escolha substancial, de conteúdo.” BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 35.

A cláusula geral desponta como espécie normativa mais adequada para abrigar o comportamento deferencial porque, além da maleabilidade quanto à identificação da hipótese de incidência e da adequação pontual do teor da decisão, sua forma de aplicação opera pelo método da concreção⁵⁸² e não da subsunção.

A concreção é um método de aplicação do direito que não se resume a uma individuação do caso concreto, também não é “passaporte para o subjetivismo, para uma livre ‘produção de sentidos’ por parte do intérprete, para o estabelecimento, pelo juiz, de decisões *ad hoc*”⁵⁸³.

Na lição de Judith Martins-Costa, concreção é um método hermenêutico que permite a construção do significado da norma jurídica de acordo com as circunstâncias do caso concreto (elementos fáticos) e com os elementos normativos previstos no texto legal (princípios, postulados normativos e regras jurídicas consideradas relevantes para o caso em exame).⁵⁸⁴

Concretizar significa sopesar os elementos fáticos e normativos para criar uma decisão⁵⁸⁵, não há um encaixe direto entre fato e norma como acontece na subsunção. O juiz terá de complementar a cláusula geral e a sua atuação tem de ser mais qualificada, devendo buscar esse complemento no direito ou até fora dele (ex.: capacidade institucional, consequências práticas da decisão, dificuldades reais do gestor).⁵⁸⁶

A concretização normativa da cláusula geral depende muito da sensibilidade do juiz porque, como a decisão pode produzir vários efeitos, quanto maior for a sua capacidade de encontrar o resultado mais adequado para resolver um problema prático, mais razoável será a sua escolha.⁵⁸⁷

Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não há determinação para se deferir no caso X ou Y. A novidade da referida lei são os enunciados normativos que concretizam as duas exigências para o controle judicial: contextualização de sua atuação e análise consequential de suas decisões.

⁵⁸² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 35, p. 05-22, 1998.

⁵⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, v. 31, p. 135–175, 2006. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20(10).pdf). Acesso em: 31 maio 2022.

⁵⁸⁴ Id.

⁵⁸⁵ Id.

⁵⁸⁶ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 103, p. 69-94, 2006. Disponível em: <https://menkeadvogados.com.br/publicacoes/>. Acesso em: 26 maio 2022.

⁵⁸⁷ Id.

O magistrado responsável pelo controle judicial se colocará no lugar do gestor quando analisar a escolha administrativa (contextualização) e as circunstâncias que o levaram a decidir daquela forma e só depois refletirá sobre as eventuais consequências que sua interferência produzirá no mundo real. A decisão mais adequada sempre será aquela que resolva de forma prática o caso concreto e não a que mais satisfaça um princípio ou outro valor qualquer.

Se, ancorado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deferir ou não é uma liberdade do controle judicial, não se lhe permite desfazer a escolha administrativa sem um acréscimo de fundamentação no seguinte sentido: a) deverá o magistrado dizer que não havia dificuldades reais no momento da escolha; b) se desejar lançar mão de “valores jurídicos abstratos” como fundamento deverá apontar as consequências práticas; e c) caso se manifeste pela anulação da decisão, terá de declinar as consequências jurídicas e administrativas como forma de indicar a sua real intenção e instruir a Administração como proceder dali em diante.

Antes da Lei n. 13.655/2018 (que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e mesmo depois de sua promulgação não havia nem há obrigação de o controle judicial prestar deferência. No entanto, agora, caso o juiz deseje anular uma escolha administrativa e/ou fazer prevalecer a sua decisão, deverá preencher um ônus de justificação exigido pela lei (artigos 20, 21 e 22).

A partir da cláusula geral de deferência introduzida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para o exercício do controle judicial das escolhas feitas pela Administração Pública dois aspectos deverão ser observados: o contexto (político, social, econômico) vigente no momento da decisão do gestor administrativo e a aderência à legislação respectiva.

Com relação ao primeiro aspecto, devido à exigência de contextualização da atividade de controle judicial (artigo 22), caberá ao juízo primeiramente analisar como foi produzida a escolha administrativa, verificando se o gestor enfrentou dificuldades e se havia exigências de política pública que condicionaram a sua atuação. Sabedor do que efetivamente importou para que a escolha fosse modelada daquela forma, o juiz, baseado nas informações retrospectivas, fará uma análise comparativa da atuação administrativa com o parâmetro legal.

A verificação de compatibilidade não exige perfeito encaixe no modelo legal, basta que a escolha da Administração se mostre adequada para o cenário em que foi aprovada, ajustada ao espaço de legalidade traçado pelo legislador.

O juiz que se manifestar pela regularidade da escolha administrativa deverá fundamentar sua decisão com a exposição das circunstâncias que justificaram a limitação ou o condicionamento do comportamento do gestor⁵⁸⁸. Caso reconheça alguma dissonância aparentemente invencível com o parâmetro legal, o controle deverá partir para a análise da legalidade da decisão administrativa.

Uma vez convencido de que a escolha da Administração não se acomoda à legalidade, compete ao controle judicial sopesar as consequências que a sua interferência provocará no cenário jurídico-administrativo. Essa análise não poderá ficar circunscrita apenas aos efeitos sofridos pela Administração; o exame deve ser o mais abrangente possível, envolvendo todos os participantes (diretos e indiretos) da situação fática analisada.

No exemplo da decisão judicial que proibiu a instalação de presos em celas produzidas a partir de contêineres, mencionado no segundo capítulo⁵⁸⁹, não foram analisadas as consequências que atingiriam outros envolvidos, o que fez com que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵⁹⁰ a anulasse porque resultaria em efeitos mais danosos: a) superlotação em outros estabelecimentos prisionais e b) deslocamento de presos para outros lugares do Estado, com prejuízos evidentes para os familiares dos apenados.

Depois de o juízo examinar as consequências que a sua eventual intromissão impactará no ambiente geral, deverá encaminhar uma das seguintes opções: a) manter a decisão porque as consequências da anulação serão mais danosas à Administração e à sociedade; ou b) anular a escolha administrativa.

O magistrado responsável pelo controle judicial pode entender que a escolha administrativa, apesar de desamparada pela legalidade, deverá ser mantida porque seu eventual desfazimento provocará prejuízos coletivos maiores do que a sua manutenção.⁵⁹¹

Nessa hipótese, haverá deferência porque o juízo entende que não conseguirá produzir resultado melhor e não se trata de concordar com a atuação administrativa; o que há é um reconhecimento da incapacidade institucional para entregar uma alternativa considerada melhor.

⁵⁸⁸ “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.” (Artigo 22, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

⁵⁸⁹ Seção 1.2.1

⁵⁹⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Criminal. **Mandado de Segurança n. 2015.081625-8**. Relator Desembargador Rodrigo Collaço. Florianópolis, SC, 30 nov. 2015.

⁵⁹¹ Caso do julgado do Tribunal de Contas da União apresentado na Seção 3.3.11. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 3.062/2019**. Relator Ministro Augusto Sherman. Brasília, DF, 10 dez. 2019. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

A propósito, dispor de maior capacidade institucional não significa apenas ser capaz de produzir a melhor decisão, mas também diz respeito à possibilidade de produzir uma decisão que provoque menos erros.

Nada impede que o controle judicial aponte as situações que considera irregulares e advirta a Administração para evitá-las nas decisões posteriores. Essa conduta do controle pode ser extraída do artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵⁹². Agindo dessa maneira o controle judicial preveniria futuras escolhas irregulares, além de sua decisão ter um papel dissuasório e informativo para Administração Pública, que saberia como interpretar e aplicar a norma jurídica.⁵⁹³

No processo de anulação da escolha administrativa não basta o juízo invocar um princípio ou outro “valor jurídico abstrato” qualquer para justificar⁵⁹⁴ a sua decisão. Além disso, deverá apontar as consequências jurídicas e administrativas⁵⁹⁵ que vislumbrar para o caso. Em outras palavras, ao se convencer da necessidade de anular a escolha administrativa, o magistrado deverá apresentar as consequências jurídicas e administrativas que entende decorrentes de sua intervenção, independentemente de sua decisão apoiar-se em “valor jurídico abstrato”.

Quando o controle judicial invalidar a opção administrativa será caso de incidência do artigo 21, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que exige do juiz a apresentação de um “guia” de como o gestor vai executar a decisão (“consequências jurídicas e administrativas”), visando evitar que permaneça paralisado ou perdendo tempo tentando identificar uma forma de ajustar o cumprimento da ordem judicial ao contexto da política desenvolvida.

O controle judicial poderá anular total ou parcialmente a escolha administrativa, no entanto, nem a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nem a Constituição Federal de 1988 lhe outorgaram o poder de capturar esta competência da Administração.

⁵⁹² “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

⁵⁹³ PASCUAL, Gabriel Doménech. El juego del legislador, la Administración y el juez. In: JIMÉNEZ, Luis Arroyo *et al.* (org). **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2021. v. I. p. 901-902.

⁵⁹⁴ “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” (Artigo 20, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

⁵⁹⁵ “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.” (artigo 21, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Atualmente, o Brasil está imerso em uma realidade político-institucional distinta daquela vivenciada no Regime Militar, momento histórico em que a doutrina começou a elaborar os primeiros estímulos visando tornar o ato administrativo totalmente sindicável pelo Poder Judiciário. Naquele período, o controle judicial visava primordialmente coibir o arbítrio estatal.

Em termos de comparações históricas, vivencia-se um período em que as Administrações Públicas respeitam a Constituição Federal da República e não há decisões administrativas imunes ao controle judicial.

Além do respeito à normatividade constitucional, os estudos empíricos multidisciplinares⁵⁹⁶ mostram que a Administração tem avançado na concretização dos direitos fundamentais, de maneira incremental é verdade, mas sempre tendente à satisfação dos referidos direitos.

Diante de um quadro de razoável acomodação institucional, não é razoável que a Administração esteja sujeita à tutela do Poder Judiciário, o que torna anacrônica qualquer pretensão que implique redução do seu espaço de escolha.

O objetivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi justamente proporcionar ao controle judicial o encontro do seu “justo limite”⁵⁹⁷, que é revelado por meio de desejáveis comportamentos de autorrestrição: “não avocar o trabalho da gestão pública, não entrar no jogo político, não exigir coisas irrealistas e não causar mais confusão no afã de consertar o mundo”⁵⁹⁸.

O modelo de deferência arquitetado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pode ser considerado fraco porque como cláusula geral, sem hipóteses de incidência previamente estabelecidas e com maleabilidade para decidir qual nível de intervenção provocará, dá liberdade ao controle judicial para se comportar de modo deferente.

A vantagem de se ter no ordenamento um modelo de deferência fraco é que ele confere ao controle judicial poder para amoldar a sua intensidade de atuação em consonância com a importância do direito posto em jogo.⁵⁹⁹ Caso o magistrado entenda que não seja hipótese de deferir integralmente, o modelo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro lhe permite

⁵⁹⁶ Capítulo I, seção 1.3.3 Conceito de confiança e panorama empírico da Administração Pública e do Poder Judiciário.

⁵⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB, p. 16.

⁵⁹⁸ Id.

⁵⁹⁹ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton, 2008. p. 36.

caminhar por uma trilha experimentalista: dosar medidas judiciais de modo a conformar a atuação administrativa.

Com efeito, medidas fracas derivam de decisões judiciais que: a) declarem a mora e estabeleçam um prazo para que a Administração profira uma decisão, porém sem substituí-la; b) concedam prazo para a Administração apresentar planos para satisfação de interesse público pendente; c) determinem monitoramento judicial; d) insistam para que a Administração procure conciliar a questão em exame, evitando que uma futura decisão coloque as partes em situação pior do que estavam antes do litígio; e) emitam declarações de “estado inconstitucional de coisas” que apresentem uma carga simbólica, cujo efeito principal seria afetar a reputação institucional interna e externa. De outro lado, medidas fortes derivam de decisões que apresentam alta carga injuntiva, que detalham não só os objetivos que a Administração deverá alcançar, mas também especificam o comportamento a ser adotado para satisfazer a ordem judicial.⁶⁰⁰

A permissão para utilização alternativa de medidas fortes e fracas advém do parágrafo único do artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Artigo 21.

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.

Saliente-se que um controle menos intenso, calibrado por medidas fortes e fracas, produz três efeitos: a) torna-se menos midiático; b) impõe-se de maneira indireta, quanto menos intervenção existir, mais se favorecerá o incremento de confiança na Administração; e c) mais liberdade haverá para inovação pública.⁶⁰¹

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro formatou um modelo de deferência equilibrado; de um lado, reconheceu a capacidade da Administração de produzir escolhas públicas; de outro, não impôs qualquer restrição ao controle judicial, apenas exigiu mais justificativa caso tenha a intenção de reverter as opções administrativas.

O futuro do controle judicial de escolhas da Administração Pública dependerá da sensibilidade dos juízes, haja vista a sua função de manejar com prudência o ferramental jurídico

⁶⁰⁰ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law, p. 249.

⁶⁰¹ PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209–249, 2020.

fornecido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, intencionalmente moldado para evitar invasões voluntárias de competências alheias.

Com essas considerações, já se pode responder positivamente ao problema proposto: a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por meio das ideias-força que subjazem aos artigos 20, 21 e 22, fornece ao controle judicial uma cláusula geral de deferência para balizar a revisão das escolhas realizadas pela Administração Pública.

3.6 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Esta parte do estudo se dedicou a analisar de forma mais abrangente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e os seus efeitos no comportamento do controle judicial das escolhas administrativas.

Com um exame mais detalhado dos artigos 20, 21 e 22 da referida Lei, foi possível extrair a intenção principal do legislador: fazer com que o controle judicial sobre as escolhas da Administração se coloque no lugar do gestor público (contextualização) e indique o real desejo de sua intervenção (análise consequencial).

A leitura articulada dos enunciados contidos nos artigos 20 (a revisão dos atos administrativos deverá “considerar as consequências práticas da decisão”), 21 (condicionamento da decisão de invalidação à indicação expressa das “suas consequências jurídicas e administrativas”) e 22 (o controle de atos administrativos deverá considerar “obstáculos e dificuldades reais do gestor”), que positivaram a contextualização da escolha administrativa adotada e a análise das consequências da decisão judicial proferida, autoriza a construção de uma cláusula geral de deferência, permitindo, pela sua natureza, que os juízes identifiquem os casos em que ela deve incidir e tenham liberdade para moldar a sua decisão de acordo com a realidade apresentada (medidas fortes e/ou fracas).

CONCLUSÃO

A motivação para a produção de um estudo sobre deferência era agregar robustez acadêmica a um esforço iniciado com as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ocorridas em 2018 (Lei n. 13.655/2018) para reduzir a intensidade do controle judicial sobre as escolhas feitas pelos gestores no âmbito da Administração Pública.

Na verdade, para atacar o descomedimento do controle judicial seria necessário a construção de uma doutrina de deferência.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro havia positivado alguns artigos (20, 21 e 22) que passaram a exigir um novo comportamento do controle judicial.

Com base no referencial teórico do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), o mais famoso precedente sobre deferência da Suprema Corte norte-americana, a problemática definida neste estudo consistiu em verificar se a interpretação conjunta dos enunciados dos artigos 20 (a revisão dos atos administrativos deverá “considerar as consequências práticas da decisão”), 21 (condicionamento da decisão de invalidação à indicação expressa das “suas consequências jurídicas e administrativas”), 22 (o controle de atos administrativos deverá considerar “obstáculos e dificuldades reais do gestor”) da Lei n. 13.655/2018 poderia caracterizar uma cláusula geral de deferência judicial às escolhas públicas realizadas pela Administração.

Como hipótese inicial, fixou-se que os referidos enunciados, se agrupados em uma interpretação conjunta, poderiam viabilizar uma cláusula geral de deferência no ordenamento jurídico nacional.

Para chegar até a hipótese confirmada foi necessário inicialmente conhecer, na abordagem do primeiro capítulo, como ocorreu a evolução do controle judicial no Brasil, como cresceu com tanta intensidade, a ponto de permitir que as escolhas da Administração Pública sejam substituídas pela vontade do Poder Judiciário.

A análise sobre como ocorreu o desenvolvimento do controle judicial deixou evidente quais foram as principais causas que promoveram o controle intenso: a) o uso abusivo da retórica de princípios (e outras normas de textura aberta) como forma de resolução de toda sorte de questões administrativas; b) como todos os problemas poderiam ser resolvidos apenas com razões jurídicas, logo o controle judicial arrogou para si características próprias de um poder

hierárquico, um poder de revisão das escolhas administrativas baseado na subjetividade dos juízes.

A última parte do Capítulo 1 foi dedicada a verificar as consequências decorrentes de um controle judicial desmedido.

A primeira consequência identificada foi a paralisia administrativa decorrente da intervenção judicial. As espécies de paralisia estudadas são: a) paralisiação por apatia: ocorre quando o controle judicial atua de forma pontual, decidindo sobre uma questão específica, sem se ater aos efeitos sistêmicos desencadeados, produzindo um desarranjo no planejamento feito pela Administração; e b) paralisia por medo: ocorre quando o gestor público passa a ter receio de ser responsabilizado futuramente e não dá início ao processo decisório ou não o retoma após uma decisão judicial superveniente.

Uma segunda consequência é a perda da capacidade inventiva da Administração. Se o controle judicial reverterá futuramente a escolha à sua maneira, não haverá incentivos para o gestor público se esmerar para desempenhar uma atividade mais técnica, mais moderna e menos custosa. A inovação somente floresce em ambiente de liberdade, de pouca intervenção e, ainda, quando a intervenção judicial existir, que venha para corrigir alguma questão ou omissão pontual, não para descaracterizar a escolha administrativa.

A terceira consequência provocada por um controle judicial sem rédeas seria a corrosão da confiança na Administração. Como a resposta final será sempre do Poder Judiciário, a esfera administrativa passa a ser encarada apenas como etapa inicial. Os estudos empíricos citados indicam que a Administração tem caminhado em direção à satisfação dos direitos fundamentais, mostrando, mesmo com mais vagar, que as escolhas administrativas têm sido capazes de distribuir bem-estar à sociedade de maneira uniforme, ao contrário do Poder Judiciário, que satisfaz interesses individuais e tem o seu processo de tomada de decisão permeado por vieses e impeditivos que não o torna comparativamente mais apto a fazer escolhas que os órgãos administrativos.

Um controle judicial intenso captura a competência da Administração de fazer escolhas públicas e com isso provoca consequências nem sempre positivas no desempenho de sua atividade, colocando-a em situação de paralisia, impedida de inovar e alvo de desconfiança pública.

Tantos inconvenientes impõem a necessidade de um controle judicial mais contido, que se comporte de maneira mais deferente, menos prejudicial e mais enquadrado nos seus limites.

O propósito do segundo capítulo foi desenvolver a base para construção de um marco teórico da deferência no Brasil, tendo como parâmetro os vários modelos deferenciais criados pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

Antes da análise dos tipos de deferência, foi necessário fazer uma breve aproximação do sistema do *common law* com o brasileiro para demonstrar que ambos têm características em comum e que o sistema nacional muitas vezes busca inspiração nos institutos jurídicos norte-americanos.

Na sequência, fez-se uma rápida abordagem sobre a organização administrativa do Poder Executivo dos Estados Unidos da América, momento em que foi possível apontar as características das agências estatais e conhecer como tais órgãos materializam juridicamente a vontade do Estado.

Ainda, no segundo capítulo, mostrou-se a extensão do controle judicial norte-americano, apresentado em vários *standards* de controle, todos eles distintos do modelo brasileiro, pois são menos invasivos quanto ao mérito da escolha, isto é, há menos intromissão na competência administrativa de fazer escolhas públicas. Para esse propósito, mesmo de forma genérica, foi necessário descrever o panorama jurídico-administrativo da interação entre os Poderes Executivo e Judiciário nos Estados Unidos da América, importante para compreender o avanço da doutrina de deferência naquele país.

Como a intenção do estudo era analisar o instituto da deferência norte-americano antes de abordar os modelos deferenciais, buscou-se demonstrar que essa espécie de comportamento judicial existe há muito no sistema do *common law* e tem origem em dois antigos cânones de interpretação jurídica: *contemporanea expositivo* e *interpres consuetudo*.

O exame pormenorizado dos mais destacados precedentes de aplicação de deferência pela Suprema Corte norte-americana foi o derradeiro ponto estudado no Capítulo 2. Iniciou-se com o caso *Skidmore*, um precedente que dá um peso significativo à opinião da Administração a partir da profundidade da investigação fática, da motivação apresentada na decisão e da sua consonância com os pronunciamentos em casos anteriores. O segundo precedente analisado foi o caso *Chevron*. Como se trata do mais famoso caso de deferência, foi realizada uma síntese da situação fática subjacente a decisão da Suprema Corte com a intenção de explicar o conceito de

fonte estacionária (*stationary source*) e a escolha interpretativa que estava em disputa. Também foram delineadas as razões que fundamentaram o posicionamento judicial: a especialização da atividade (capacidade institucional), a delegação legislativa implícita e a representatividade democrática indireta. Com esse conhecimento avivado, chegou o momento de evidenciar os dois efeitos da deferência *Chevron*: a criação de uma regra formal de fácil aplicação, conferindo certa previsibilidade de quando o regime deferencial seria aplicado, e a importância prática que o precedente gerou para conter a influência política nas decisões judiciais norte-americanas.

O estudo continuou com a apresentação dos precedentes *Auer* e *Mead*. O primeiro se exhibe como modelo de deferência forte, autorizando o controle a deferir a interpretação que a Administração confere aos seus próprios normativos. Já o precedente *Mead* seria um condicionante de *Chevron* e o estabelecimento de *Skidmore* como regra geral para os casos de não aplicação de *Chevron*.

No terceiro capítulo, o esforço de pesquisa focou na verificação da possibilidade de articular a interpretação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com o objetivo de constatar se de fato a nova legislação estabeleceu um regime de deferência.

Antes de manipular os enunciados normativos tendentes à deferência, fez-se uma rápida abordagem sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, destacando momentos importantes, em especial o seu nascimento enquanto ideia e o seu processo legislativo. Esse breve relato serviu para mostrar a principal intenção do legislador: frear a intensidade do controle judicial sobre a Administração Pública sem cercear as prerrogativas dos órgãos controladores.

O exame seguinte se debruçou sobre os enunciados normativos que aparentavam certa disposição para criar uma espécie de deferência.

No início da pesquisa havia o entendimento de que a articulação dos enunciados dos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro seria suficiente para construir um regime de deferência. No entanto, à medida que os estudos se desenvolviam percebeu-se que não são os textos normativos que estruturam a deferência, mas sim as ideias-força subjacentes: contextualização da atividade de controle (artigo 22) e análise consequencial (artigos 20 e 21). Essa descoberta propiciou enxergar a existência de um regime deferencial dotado de características próprias, bem distinto do modelo de *Chevron*, que serviu como ponto de partida do estudo.

A partir de novos requisitos para o comportamento do controle judicial trazidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também se percebeu que o regime brasileiro de deferência está fundamentado em ônus de motivação da decisão do controle judicial e não em presunções (delegação legislativa implícita) ou disputas sobre a clareza do texto legal.

A deferência brasileira exige que o controlador judicial se ponha no lugar do gestor e verifique se a sua escolha foi limitada por dificuldades ou obstáculos reais. Caso enxergue esses impedimentos, surgirá a possibilidade de prestação de deferência à opção administrativa. Caso haja reais dificuldades, o controle judicial irá adiante e considerará eventuais consequências de sua intervenção.

Por força do artigo 20 da lei comentada, o magistrado está impedido de fundamentar sua intromissão apenas em “valores jurídicos abstratos” e se entender que não consegue apresentar consequências práticas melhores (ou menos custosas), há um claro convite a se posicionar de maneira deferente. Contudo, se o controlador estiver decidido a intervir na escolha administrativa, deverá apresentar as consequências jurídicas e administrativas (artigo 21) de sua decisão para que o gestor público possa entender a sua real intenção, tendo sempre presente a necessidade de se evitar a paralisação da máquina administrativa.

Com o modelo de deferência *Chevron* servindo como referencial teórico do estudo, a abordagem seguinte foi destinada a apontar as incongruências existentes no precedente *Chevron* e no regime de deferência que se estava a estruturar a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ao todo, foram listadas cinco divergências entre os modelos e apenas uma aproximação, relativamente à relevância que ambos os regimes dedicam à interpretação legal realizada pela Administração Pública. Esse último estudo revelou um ponto de contato entre a deferência brasileira e o precedente *Skidmore*. Não é possível estabelecer uma identidade entre eles, mas se pode concluir que há mais afinidades com *Skidmore* que com *Chevron*.

Por último, com a formatação do enquadramento jurídico da deferência estabelecida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, foi possível concluir que a melhor roupagem jurídica seria a de cláusula geral porque confere uma dupla liberdade ao controle judicial, a quem caberá decidir qual a hipótese de incidência e qual a melhor solução prática a ser conferida ao caso concreto. A cláusula geral se coaduna com o espírito da nova lei, consistente em frear a intensidade do controle judicial sem coartar a sua liberdade, impondo-lhe mais ônus quanto ao dever de fundamentação.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Marcia Cristina Esteves. “Administração Complexa”: revendo as bases científicas da administração. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, FGV-EAESP, v. 2, p. 02-18, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/raeel/a/8JPVHJVsjyqVs5hSKhYdXz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 abr. 2022.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización**. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ANASTASIA, Antônio. Apresentação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (org.). **Segurança jurídica e qualidades das decisões públicas**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 5-6.
- ANJOS, Manoel Moabis Pereira dos. **O dispositivo coletivo de imprensa na Operação Lava Jato**: estudo das estratégias estabelecidas por fontes, assessores e jornalistas. Tese (Doutorado em Ciência da Comunicação) – Universidade do Vale dos Sinos. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/9716/Manoel%20Moabis%20Pereira%20dos%20Anjos_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º abr. 2022.
- ARANTES, Rogério B. STF e Constituição policy-oriented. **Revista Suprema – Estudos Constitucionais**, Brasília, STF, v. 1, p. 299-342, 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2022.
- ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e a sua história. **Revista Faculdade de Direito – USP**, São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/index>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- ARDENTE, Luciana Silveira; LIMA, Gianne. Agências reguladoras e decisões arbitrárias – o caso State Farm. In: BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves et al. (org.). **SCOTUS: A Suprema Corte norte-americana e o Estado Administrativo**: precedentes selecionados. Rio de Janeiro: Letaci, 2019. p. 61-72.
- ARGUELHES, Diogo Werneck; GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, CEUB, v. 8, p. 855-876, 2018. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2018/09/9ab99adbfc28c8c3c76248ceef67376.pdf?x30411>. Acesso em: 31 mar. 2022.
- ARRETCHE, Marta. Apresentação. In: ARRETCHE, Marta (org.). **Trajetória das desigualdades**. Como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos. São Paulo: Ed. da Unesp, 2015. p. 06-07.

ASSIS, Machado de. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. 1. Disponível em: Acesso em: 1º abr. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAMZAI, Aditya. The origins of judicial deference to executive interpretation. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, p. 15–107, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, 1967.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 152, p. 01-15, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Carolina Almeida; SILVA JÚNIOR, Eurico Moreira da. UNITED STATES v. MEAD CORP.: A deferência judicial aos atos administrativos sem força de lei. In: BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves et al. (org.). **SCOTUS: A Suprema Corte norte-americana e o Estado Administrativo**: precedentes selecionados. Rio de Janeiro: Letaci, 2019. p. 103-110.

BARBOSA, Ruy. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1033>. Acesso em: 4 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01-48.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN)THESIS**, Rio de Janeiro, UERJ, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2012. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito administrativo e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: GLEZER, Rubens; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p. 25-78.

BARROSO, Luís Roberto. **Combate à corrupção e Estado de Direito** – A experiência brasileira. *Justiça&Cidadania*, 24 janeiro 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/combate-corrupcao-e-estado-de-direito-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves e Cia, 1914.

BEERMANN, Jack M. End the failed Chevron experiment now. How Chevron has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, v. 42, p. 779-851, 2010. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BERGERON, Gérard. **Fonctionnement de L' Etat**. Paris: Librairie Armand Colin, 1965.

BERNETT, Kent; BOYD, Christina L.; WALKER, Christopher J. Administrative law's political dynamics. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, n. 71, p. 1463-1526, 2018. Disponível em: www.ssrn.com/index.cfm/en/. Acesso em: 21 abr. 2022.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de improbidade administrativa anotado e comentado**. Salvador: Jus Podivm, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT NETO, Eurico. Direito administrativo transnacional. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Forum, n. 24, p. 109-126, 2009.

BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; LAZARI, Igor de; SEPÚLVEDA, Antônio. Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Eletrônica Interfases**, Guarapuava/PR, 9 ago. 2019. Disponível em: <https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BORTOLON, Nicolas Bortilotti. Texto de lei e norma jurídica: uma distinção necessária no caminho da interpretação do direito. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília/DF, v. 10, p. 114-142, 2017.

BRAGA, Marcus Vinícius de Azevedo; BLIANHERIENE, Ana Carla. **LINDB: mais sobre efeitos do que sobre o combate às causas desejadas.** *Jota*, São Paulo/SP, 28 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-mais-sobre-efeitos-do-que-sobre-o-combate-as-causas-desejadas-28072018>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/17749>. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.658, de 19 de dezembro de 2002.** Disponível em: www.legisweb.com.br/. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Direitos e Garantias Fundamentais – Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva.** Brasília, DF, CNJ, 2018. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2018/01/estudo-cnjcompressed.pdf?x30411>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, DF, 25 mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Mensagem n. 212/2018.** Veto ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 349/2015. Brasília, DF, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 4.348, 26 de maio de 1964.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4348.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 12.842, de 10 de julho de 2013.** Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Produtividade na Administração Pública Brasileira: Trajetória Recente.** 2009. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5310>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmaras de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica Conjunta n. 01/2018.** Brasília, DF, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer n. 22/2017**. Relatora Senadora Simone Tebet. 29 mar. 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 279.889**. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 14 ago. 2002. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2922**. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 19 abr. 2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial n. 1.852.691**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 23 jun. 2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1731056**. Relator Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 16 ago. 2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.852.691**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 22 set. 2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial n. 1.898.186**. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, 22 set. 2021. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Recurso Especial n. 1956135**. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 5 nov. 2021. Disponível em: stj.jus.br. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.626.583**. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 5 nov. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602446126&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 mar 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 9.949**, Segunda Turma. Relator Ministro José Linhares. Brasília, DF, 16 dez 1941. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac12680/false>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 12.210**, Primeira Turma. Relator Ministro Castro Nunes. Brasília, DF, 28 maio 1945. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac16688/false>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n. 111787**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 16 abr. 1991. Disponível em: stf.jus.br. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 3.4432**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 7 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 367**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 8 set. 2020.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754375071>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 445/2017**. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-no-projeto-mais-medicos-para-o-brasil.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 1.407/2016**. Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 1º jun. 2016. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Gabinete do Presidente. **Análise Preliminar do Projeto de Lei n. 7.448/2017**. Disponível em: conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 445/2017**. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-no-projeto-mais-medicos-para-o-brasil.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 2.079/2019**. Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 4 set. 2019. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 2.877/2019**. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 27 nov. 2019. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 3.062/2019**. Relator Ministro Augusto Sherman. Brasília, 10 dez. 2019. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 986/2022**. Relator Ministro Antônio Anastasia. Brasília, 4 maio 2022. Disponível em: tcu.gov.br. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU – 2021**. Brasília, DF, 2022. p. 50. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/relatorio-anual-de-atividades-do-tcu.htm>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. **Acórdão n. 2.672/2022**. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 24 maio 2022. Disponível em: [tcu.gov.br](https://www.tcu.gov.br). Acesso em: 2 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Vigésima Primeira Vara Federal Cível do Distrito Federal. Decisão liminar. **Ação n. 1007074-73.2021.4.01.3400**. Brasília, DF, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-autoriza-sindicato-motoristas.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Vigésima Primeira Vara Federal Cível do Distrito Federal. Decisão liminar. **Ação n. 1011721-14.2021.4.01.3400**. Brasília, DF, 10 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-autoriza-associacao-magistrados.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Agravo de Instrumento n. 5006437-15.2021.4.03.0000**. Relator Desembargador Federal Johansom Di Salvo. São Paulo, SP, 5 abr. 2021. Disponível em: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/trf-autoriza-sindicato-campinas-comprar-vacina-covid>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Sexta Vara Federal da Seção Judiciária de Florianópolis/SC. **Ação n. 5015899-97.2021.4.04.7200**. Decisão liminar. Florianópolis, SC, 18 jun. 2021. Disponível em: https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721624018024808298591456897898&evento=40400043&key=d7d98bd2bac70aa7f5469d5f82064b8806e68fb50af76cdc9b6885f788b9b696&hash=d1450a6fd2393616ad750d46c79ef1c0. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Quarta Turma. **Apelação Cível n. 5017802-55.2016.4.04.7100**. Relator Desembargador Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 17 nov. 2021. Disponível em: trf4.jus.br. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão no Agravo de Instrumento n. 5032906-71.2021.4.04.0000**. Porto Alegre, RS, 18 nov. 2021. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41637235604978271566864173284&evento=40400187&key=e2c1fc70d35ddd7ba002a7baa57977628420567729282d085fc0798cd46b304a&hash=1464ac7a8ee51c0f231fec1c914540c6. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRESSMAN, Lisa Schultz. How Mead has muddled judicial review of Agency Action. **Vanderbilt Public Law Research**, Paper n. 05-07, 2005. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista de Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 14, p. v. 14, p. 707-745, 2018.

CALABRESI, Guido. **The current subtle – and not so subtle – Rejection of an Independent Judiciary.** 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1408&context=jcl>. Acesso em: 1º jun. 2022.

CANALI, Regina Helena Marchiori. **A cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoietica do direito.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/USIN_c8b3649e1bd275e8dc0162c0c32a4886. Acesso em: 26 maio 2022.

CARVALHO, José Murilo de. **Paulino José Soares de Sousa, Visconde do Uruguai.** São Paulo: Editora 34, 2002.

CASEY, Conor. **Political executive control of the Administrative State.** How much is too much? Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3866489. Acesso em: 06 mai. 2022.

CASTRO, Tatiana de Souza; SÁ PINTO, Surama Conde. O Poder Judiciário na Primeira República: revisitando algumas questões. **Revista de História Locus**, Juiz de Fora, UFJF, v. 25, p. 37-58, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/28711>. Acesso em: 4 abr. 2022.

CAVALCANTI, Pedro; CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; SEVERO, Wilber da Rocha. **Inovação na gestão pública federal: 20 anos do Prêmio Inovação.** Brasília: IPEA, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8788/1/Inova%C3%A7%C3%A3o%20na%20gest%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20federal.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O princípio da legalidade e o desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 85, p. 01-07, 1966.

CHENG, Edward. K. The myth of the generalist judge. **Brooklyn Law School Legal Studies**, New York, v. 81, p. 1-46 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985677. Acesso em: 1º jun. 2022.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative.** 4ª ed. Paris: PUF, 2007.

COGLIANESE, Cory. **Administrative Law: The US and beyond.** Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 79, 1965.

CRIDDLE, Evan J. Chevron's Consensus. **Boston University Law Review**, Boston, v. 88, p. 1271-1325. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175–208, 2017.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **Agências regulatórias e controle judicial**: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2020. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/70458>. Acesso em: 22 abr. 2022.

DALY, Paul. **A theory of deference in administrative law**. Basis, application and scope. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

DORIA, Antônio de Sampaio. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Ltda, 1926.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: GEN, 2016.

DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. **A teoria dos precedentes judiciais na modernidade líquida**: reflexões sobre os direitos da personalidade e liberdade de expressão à luz do direito ao esquecimento na era digital no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Ceará, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/40387>. Acesso em 25 abr. 2022.

DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 8, p. 118-130, 2010.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 13. ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2015. t. 1.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 13. ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2015. t. 2.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DICEY, Albert Venn. El rule of law comparado com el droit administratif. *In*: DICEY, Albert Venn. **El Derecho de la Constitución**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 341-394.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 87–109, 1956.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERRAZ, Adriana et al. 'Ou ele (Moraes) se enquadra ou pede para sair', ameaça Bolsonaro em discurso golpista. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 set. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,quero-dizer-aos-canalhas-que-eu-nunca-serei-presoz-diz-bolsonaro-em-novo-discurso-golpista,70003833821>. Acesso em: 8 abr. 2022.

FERRES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. **Revista Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 35, p. 205-225, 2016. Disponível em <https://www.scielo.br/j/nec/a/LWwxZ7CdTzyH59HVFYJQhx/?lang=pt>. Acesso em: 31 mar. 2022.

FÈZÁS VITAL, Domingos. **Garantias jurisdicionais da legalidade da Administração Pública**: França, Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Itália, Suíça, Espanha e Brasil. Coimbra; Editora, 1938.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILGUEIRAS, Fernando. Burocracias do controle, controle da burocracia e accountability no Brasil. *In*: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil**: interseções analíticas. Brasília: Ipea e Enap, 2018. p. 365-381.

FREITAS, Rafael Vêras; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil**. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30922/Relato%cc%81rio%20ICJBrazil%2021>. Acesso em: 23 ago. 2021.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – DIREITO SP. Relatório de Pesquisa. **Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União**. 2021. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/evento/nova-lindb-tcu-balanco-2-primeiros-anos>. Acesso em: 25 abr. 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO MOBILIDADE E DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Saída e permanência no CadÚnico**: uma análise dos beneficiários de 2005 do PBF. Um estudo a partir dos registros do Cadastro Único e da Folha de Pagamentos do Programa Bolsa Família. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <https://imdsbrasil.org/saida-e-permanencia-no-cadunico-uma-analise-dos-beneficiarios-de-2005-do-pbf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**. 4. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GAETANI, Francisco. Funcionalismo público. *In*: AVRITZER et al (org.). **Corrupção**. Ensaios e críticas. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2012. p. 407-414.

GARRY, Patrick M. Judicial review and the “hard look”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. p. 13-39, 2017.

GERHARD, Bebr. Review. **Yale Law Journal**. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/14111>. Acesso em: 28 abr. 2022.

GIACOMUZZI, José Guilherme; SUNDFELD, Carlos Ari. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 62, p. 39-42, 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Ed. da Unesp, 1991.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMIDE, Alexandre; LINS, Rafael da Silva; MACHADO, Raphael Amorim. Burocracia e desempenho da administração pública. Em busca de teorias e evidências para reformas administrativas em países em desenvolvimento. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, FGV EAESP, v. 26, p. 01-21, 2021. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/issue/view/4613>. Acesso em: 26 ago. 2021.

GOMIDE, Alexandre; LINS, Rafael da Silva; MACHADO, Raphael Amorim. A variação de capacidades burocráticas na Administração Pública Federal brasileira: uma análise com dados de Survey. **Revista Organizações e Sociedade**, Salvador-BA, v. 29, p. 217-247, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/36645>. Acesso em: 31 mar. 2022.

GROSTEIN, Júlio. **Ativismo judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter; TEIXEIRA, Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima. Um direito administrativo de transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930). **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, PUC-Rio, v. 58, p. 422-459, 2021.

GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil**. Tradição, transição e processo administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha, O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **RERE – Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 71, p. 01-03, 2016, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficienciapelo-controle>. Acesso em: 25 mar. 2022.

Haidar, Rodrigo. Judiciário não é órgão arrecadador, afirma Unafe. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 set. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-set-16/judiciario-nao-orgao-arrecadador-uniao-afirma-unafe>. Acesso em: 1º abr. 2022.

HARRINGTON, Ben; SHEFFNER, Daniel J. Informal Administrative Adjudication: An Overview. **Congressional Research Service**, Washington, 2021. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R46930.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

HERZ, Michael. Chevron is dead; long live Chevron. **Columbia Law Review**, New York, v. 115, p. 1867-1909, 2015. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 1º jun. 2022.

HICKMAN, Kristin E.; NIELSON, Aaron L. Narrowing Chevron's domain. **Duke Law Journal**, Durham, v. 70, p. 931-1013, 2021. Disponível em: www.ssrn.com/index.cfm/en/. Acesso em: 21 abr. 2022.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HORÁCIO, Nicolas. Por burocracia, Florianópolis pode perder espaço público de lazer em local histórico. **Notícias do Dia online**, Florianópolis, 5 ago. 2021. Disponível em: <https://ndmais.com.br/saude/bem-estar/por-burocracia-florianopolis-pode-perder-espaco-publico-de-lazer-em-local-historico/>. Acesso em: 25 mar. 2022.

HORWITZ, Paul. Three facts of deference. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 83, p. 1061-1146, 2008. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no direito administrativo**. Tiradentes, MG, 2019. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-alindb>. Acesso em: 17 maio 2022.

JOBIM, Nelson. Origem da Constituição é mais democrática que racional. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-13/origem-constituicao-democratica-racional-nelson-jobim>. Acesso em: 17 mar. 2022.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 63-92, 2018.

JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *In*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022. p. 41-68.

JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *In*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022. p. 89-104.

JORDÃO, Eduardo. As mentiras que os administrativistas contam. *In*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022. p. 597-598.

JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022.

JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da Administração Pública. *In*: JORDÃO, Eduardo (org.). **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022. p. 569-570.

JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. *In*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2022. p. 23-41.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao artigo 24. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (org.). **Segurança jurídica e qualidades das decisões públicas**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 29-30.

JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, p. 13-41, 2018.

KAGAN, Elena. Presidential administration. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 114, p. 2245-2385, 2001. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol114_kagan.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

KAYAT, Roberto; SEPULVEDA, Antônio. A deferência Auer. *In*: BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves *et al.* (org.). **SCOTUS: A Suprema Corte norte-americana e o Estado Administrativo: precedentes selecionados**. Rio de Janeiro: Letaci, 2019.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial ativismo. **California Law Review**, Berkeley, n. 92, p. 1441-1478, 2004, Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254556619_The_Origin_and_Current_Meanings_of_Judicial_Activism. Acesso em: 21 mar. 2022.

KOERNER, Andrei. O Judiciário no sistema político da Primeira república. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 58-69, 1994. Disponível em: [google.scholar.com.br](https://scholar.google.com.br/). Acesso em: 5 abr. 2022.

LARKIN JR, Paul J. Agency deference after *Kisor v. Wilkie*. **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Washington, v. 18, p. 105-147, 2021. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

LASSANCE, Antônio. O serviço público federal brasileiro e a fábula do ataque das formigas gigantes. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA**, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29780:td2287-o-servico-publico-federal-brasileiro-e-a-fabula-do-ataque-das-formigasgigantes&catid=397:2017&directory=1. Acesso em: 26 ago. 2021.

LEAL, Fernando. Consequencialismo. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. *In*: CARDOSO, Henrique Ribeiro; LEAL, Fernando. **Direito regulatório comportamental e consequencialismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 25-34.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, 1948.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **5 U.S. Code § 551** – Definitions. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/551>. Acesso em: 26 abr. 2022.

LEITE, Glauco Salomão. Bullying constitucional, o STF e a CPI da Pandemia, **Jota**, São Paulo, 14 abr. 2021. Disponível em: www.jota.com.br. Acesso em: 11 abr. 2022.

LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, 2009.

LODI, Marluce Dantas de Freitas; SAUERBRONN, João Felipe Rammelt. Construção da imagem institucional do Poder Judiciário – uma análise baseada nas campanhas publicitárias do Conselho Nacional de Justiça. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, FGV EBAPE, v. 10, p. 925-945, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/DMwW7QrbTQ4t54p5xLGKwYr/?lang=pt>. Acesso em: 1º abr. 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos**. O Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUZIA, Cauê Vecchia. **Cronologia de uma doutrina de controle das agências reguladoras nos Estados Unidos da América**: revisão de precedentes selecionados da Suprema Corte americana. (Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo).

LYNCH, Christian Edward Cyril. A ideia de um Conselho de Estado brasileiro. Uma abordagem histórico-constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 164, p. 45-63, 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/939>. Acesso em: 4 abr. 2022.

MAFRA, Gabriela Schmitz. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Análise da deferência judicial segundo os artigos 20, 21 e 22 da LINDB. Florianópolis: Habitus, 2022.

MANNING, John F. Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules. **Columbia Law Review**, New York, n. 96, p. 612-696, 1996.

MARQUES JÚNIOR, Floriano de Azevedo. **Do autoritarismo axiológico para o consensualismo pragmático**. 2020. (01h08m08s). Disponível em: <https://www.youtube.com>. Acesso em: 5 abr. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Revista Fórum de Contratação e Gestão**, Belo Horizonte, n. 100, p. 01-34, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. p. 55-81, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e a sua superação. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 87-129.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Paganí (org.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n. 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ludismo judicial e o reconhecimento facial em serviços públicos. **Jota**, São Paulo, p. xx-xx, 29 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/ludismo-judicial-reconhecimento-facial-em-servicos-publicos-29032022>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MARRARA, Thiago. A crise dos controles da Administração Pública na crise brasileira: reflexões sobre o controle interno, judicialização e compliance estatal. *In*: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BORGES, Daniel Damásio (org.). **Aspectos jurídicos da crise brasileira: o direito em face dos grandes desafios nacionais**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2018. p. 171-184. Disponível em: https://www.franca.unesp.br/Home/Departamentos31/direitopublico/aspectos_juridicos_da_crise_brasileira-v2-1.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista TOPOI**, Rio de Janeiro, n. 12, p. xx-xx, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/34vWKF8vSdk78sjwHLGqVnq/?lang=pt>. Acesso em: 8 mar. 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. **Revista A&C de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 64, p. 115-148.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 35, p. 05-22, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 maio 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Instituto de **Direito Comparado Luso-brasileiro**, v. 31, p. 135–175, 2006. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20(10).pdf). Acesso em: 31 maio 2022.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Trad. Martônio Barreto Lima. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Sociedade_Traducao_do_alemao_por_Martonio_M_B_Lima_e_Paulo_A_de_M_Albuquerque. Acesso em: 31 mar. 2022.

McGARITY, Thomas. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process. **Duke Law Journal**, Durham, n. 41, p. 1385-1462, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol41/iss6/2/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEDEIROS, Isaac Kofi; NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 73-92.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 7. ed. São Paulo: RT, 1979.

MELLO, José Correa. **O Conselho de Estado e a Justiça Administrativa: uma análise do contencioso administrativo do Brasil-Império**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume especial, 2018.

MENEGUIN, Fernando; BUGARIN, Maurício. **Regulação ótima e atuação do Judiciário: uma aplicação da teoria dos jogos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503074>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 103, p. 69-94, 2006. Disponível em: <https://menkeadvogados.com.br/publicacoes/>. Acesso em: 26 maio 2022.

MERRILL, Thomas J. The Mead doctrine: rules and standards, meta-rules and meta-standards. **Columbia Law School Working Paper**, New York, p. 807-834, 2002. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2401/. Acesso em: 28 abr. 2022.

MERRILL, Thomas W. The story of chevron: the making of an accidental landmark. *In*: STRAUSS, Peter L (coord.). **Administrative law stories**. New York: Foundation Press, 2005.

METZGER, Gillian E. The Supreme Court, 2016 Term – Foreword: 1930s Redux: The Administrative State under siege. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 131, p. 01-95, 2017. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/11/1930s-redux-the-administrative-state-under-siege/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. **University of Chicago**, Public Law Working Paper n. 188, p. 761-814, 2007. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

MIRANDA, Luiz Fernando. Corrupção e percepção de corrupção. **Revista Em Debate**, Belo Horizonte, v. 2, p. 25-30, 2010. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 30 mar. 2022.

MIRANDA, Luiz Fernando. Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, UnB, v. 25, p. 237-272, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/VPBTRQmsPqT8KLqJJmcnqpn/?format=html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Claret, 2014.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAIS FILHO, Evaristo. **As ideias fundamentais de Tavares Bastos**. São Paulo: DIFEL, 1978.

MOTTA, Alexandre Ribeiro. **O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Estadual de Campinas, 2010. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/790>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**. São Paulo: RT, 2019.

NASCIMENTO, Antonio Rodrigues. **Fundamentos do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade. Curitiba, Juruá, 2021.

NEVES, Pilar Bacellar; PACHECO, Marcos Antônio Barbosa. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 13, p. 749-768, 2017. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2018/06/df19423999cac1fe480aa381af00833b.pdf?x30411>. Acesso em: 31 mar. 2022.

NIEBHUR, Joel de Menezes. A NLLC e a urgência pela sua aplicação. [Entrevista concedida a] FÓRUM Convida, 25 mar. 2022. Episódio de Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/6fjKyb426ntfWCD9nWJn5K>. Acesso em: 22 abr. 2022.

NIEBHUR, Joel de Menezes; NIEBHUR, Pedro de Menezes. Administração Pública do medo. **Jota**, São Paulo, publicado em 9 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 17 set. 2019.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas**. Perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. A repercussão da LINDB em demandas ambientais e urbanísticas. **Jota**, São Paulo, 9 jul. 2019. Disponível em: jota.com.br. Acesso em: 17 maio 2022.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução à Sociologia**. 3. ed. João Pessoa: Linha D'Água, 2007.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, FDV, n. 16, p. 183-216, 2015. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>. Acesso em: 30 mar. 2022.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 216, p. 13-34, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. **Revista Eletrônica Zênite Fácil**, Curitiba, p. 1-22, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 19 maio 2022.

OLIVEIRA JÚNIOR, Almir. Competência versus incerteza: atitudes pessoais e percepção sobre gestão de riscos no âmbito da Administração Pública Federal. **Texto para Discussão**, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, janeiro de 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/220127_td_2726.pdf. Acesso em: 26 mar 2022.

PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das Constituições brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209–249 2020.

PALMA, Juliana Bonacursi; SALAMA, Bruno Meyerhof. Ensaio sobre a coação instrumental dos controladores e a ação burocrática defensiva. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, STJ, n. 241, p. 455–463, 2016.

PARILLO, Nicholas R. A critical assessment of the originalist case against administrative regulatory power: new evidence from the federal tax on Private Real Estate in the 1790s. **Yale Law Journal**, New Haven, v 130, p. 1288-1455, 2021. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

PASCUAL, Gabriel Doménech. El juego del legislador, la Administración y el juez. *In*: JIMÉNEZ, Luis Arroyo *et al.* **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2021. v. I, p. 899-925.

PEREIRA, Elaine Aparecida Teixeira. O conceito de campo de Pierre Bourdieu: possibilidade de análise para pesquisas em história da educação brasileira. **Revista Linhas**, Florianópolis, v. 16, p. 337-356, 2015. Disponível em: www.revistas.udesc.br/. Acesso em: 8 abr. 2022.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**. Métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PIRES, Roberto Beyond the fear of discretion: Flexibility, performance and accountability in the management of regulatory bureaucracies. **Revista Regulation & Governance**, Sidney, v. 5, p. 43-69, 2011. Disponível em: academia.edu. Acesso em: 2 abr. 2022.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. Teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PONTES, Valmir. **Programa de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

POZZOLO, Susanna. Anotações sobre a história do neoconstitucionalismo. Trad. Ana Letícia Salomão Riberio. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **Tratado de direito constitucional**. Constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v. 2. p. 609-639.

PRICE JR, Richard J. **Administrative law**. 2. ed. Nova York: Foundation Press, 2012.

PULLÉS, Fernando Garcia. **Lecciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraivajus, 2015.

RECKIEGEL, Tânia. Conselheira do CNJ alerta para o impacto de fake news na Justiça [entrevista]. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/conselheira-cnj-alerta-impacto-fake-news-justica>. Acesso em: 8 abr. 2022.

REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas Villas-Boas, 1923.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Noções preliminares. Rio de Janeiro: FL Pinto e C. Editores, 1866. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000081.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, p. xx-xx, 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em: 31 mar. 2022.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidade democrática**. Imparcialidad, reflexividad, proximidade. Buenos Aires: Manantial, 2021.

ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, 42, p. 1105-1147, 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985677. Acesso em: 1º jun. 2022.

SAAD, Amauri Feres. **Do controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora IASP, 2017.

SADEK, Maria Tereza. **Estudos sobre o sistema de justiça**. 2002. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/o-que-ler-1970-2002/volume-iv/662-estudos-sobre-o-sistema-de-justica/file>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Vara de Execuções Penais da Comarca de Florianópolis. Decisão liminar. **Ação de Interdição de Estabelecimento n. 0901576-66.2015.8.24.0023**. Florianópolis, SC, 2 set. 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Criminal. **Mandado de Segurança n. 2015.081625-8**. Relator Desembargador Rodrigo Collaço. Florianópolis, SC, 30 nov. 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de derecho administrativo general**. 3. ed. Madrid: Iustel, 2015. v. 1.

SANT'ANA, Maurício Requião. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/10792>. Acesso em: 25 maio 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: RT, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Sexta Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. **Ação n. 1010667-97.2022.8.26.0053**. São Paulo, SP, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/protecao-de-dados/reconhecimento-facial-metro-de-sp-23032022>. Acesso em: 29 mar. 2022.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, n. 3, p. 511-521, 1989.

SCALIA, Antonin. Remarks by the honorable Antonin Scalia for the 25th anniversary of Chevron v. NRDC. **Administrative Law Review**, Washington, v. 66, n. 2, p. 243-253, 2014.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Disponível em: https://www.ufjf.br/oliveira_junior/files/2009/06/s_Schumpeter_-_Teoria_do_Desenvolvimento_Econ%C3%B4mico_-_Uma_Investiga%C3%A7%C3%A3o_sobre_Lucros_Capital_Cr%C3%A9dito_Juro_e_Ciclo_Econ%C3%B4mico.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

SCHWELLA, Erwin. Inovação no governo e no setor público: desafios e implicações para a liderança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 56, p. 259-276, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/229/0>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**. Conceito, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SEELANEDER, Airton. **O direito administrativo e a expansão do estado na Primeira República**: notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil, 2021. Disponível em: www.researchgate.net/. Acesso em: 5 abr. 2022.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Escritos de Direito Público**. Lisboa: Almedina, 2019. v. I.

SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito Administrativo do Medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

STEPHENSON, Matthew; VERMEULE, Adrian. Chevron has only one step. **Virginia Law Review**, Charlottesville, n. 95, p. 597-609, 2009. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

SKOWRONEK, Stephen. **Building a new american state**: the expansion of national administrative capacities (1877-1920). Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**. O novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, n. 90, p. 2071-2120, 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8440/. Acesso em: 27 abr. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**, Chicago, Working Paper n. 91, p. 01-55, 2005. Disponível em: www.ssrn.com/index.cfm/en/. Acesso em: 21 abr. 2022.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Michigan, n. 101, p. 885-951, 2003.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**. Resgatando o Estado Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O backlash institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no direito previdenciário e assistencial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília/DF, v. 233, n. p. 11-33, 2022.

TEODORO, Viviane Rosólia. Cláusulas gerais e conceitos vagos – O direito processual como sistema de aplicação e controle. *Revista Forense*, São Paulo, v. 429, 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/30/revista-forense-429-clausulas-gerais-conceitos-vagos/>. Acesso em: 27 maio 2022.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton, 2008.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **Harvard Public Law Working**, Cambridge, Paper n. 21-37, 2021. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 8 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **Motor Vehicle Manufacturers' Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.**, 463 U.S. 29 (1983). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep463/usrep463029/usrep463029.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **Skidmore v. Swift & Co.** (323 U.S. 134), 1944. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep323/usrep323134/usrep323134.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.**, 325 US 410 (1945). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep325/usrep325410/usrep325410.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **Auer v. Robbins**, 519 U.S. 452, 1997. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep519/usrep519452/usrep519452.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **United States v. Mead Corporation**, 533 US 218, 2001. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep533/usrep533218/usrep533218.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **United States v. Mead Corporation**, 533 US 218, 2001. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep533/usrep533218/usrep533218.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **Caso Perez v. Mortgage Bankers Association**, 575 U.S. 2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-1041_0861.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.

UNITED STATES. Suprem Court. **Kisor v. Wilkie**, 139 S.Ct. 2400, 2019. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-15_9p6b.pdf. Acesso em: 26 abr. 2022.

VALLE, Vanice. Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 280, p. 137–164, 2021.

VALLE, Vanice Lírio. **Deferência judicial para com escolhas administrativas**. 2019. (29m49s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AgVj9z6MamI>. Acesso em: 20 abr. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. Escolhas administrativas processualmente adequadas e deferência judicial. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 55-72.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**. An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, p. 15–43, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

VIRELLI, Louis J. Deconstructing arbitrary and capricious review. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, v. 92, p. 722- 786, 2014. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. **Tratado de ciência da administração e direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1912.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto. **A questão social**. Rio de Janeiro: Sociedade Anônima, 1920. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br>. Acesso em: 1º abr. 2022.

WARREN, Kenneth F. **Administrative law in the political system**. Law, politics and regulatory policy. 6. ed. Nova York: Routledge, 2020.

WEDY, Gabriel. Um histórico sobre o direito ambiental nos Estados Unidos. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jun. 2016. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 26 abr. 2022.

WOOLHANDLER, Ann. Judicial deference to administrative action - a revisionist history. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 13-71, 2017.

YEUNG, Luciana. Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e efeitos bumerangue. *In*: YEUNG, Luciana. **Análise econômica do Direito**. Temas contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020. p. 321-342.