AMBRA UNIVERSITY
SCHOOL OF LEGAL STUDIES
MASTER OF SCIENCE IN LEGAL STUDIES

MASTER'S THESIS

LUIZ ANTÔNIO REIS JÚNIOR

CONTROLE JUDICIAL DEFERENTE FRENTE ÀS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS COM FUNDAMENTO NA DOUTRINA CHEVRON – É POSSÍVEL?

ORLANDO, FL
2022

Copyright 2022 © by
Luiz Antônio Reis Júnior.
All rights reserved.

Publisher: Ambra University Press.
First edition: May 2022 (Revision 1.0a)

Author: Luiz Antônio Reis Júnior
Title: Controle judicial deferente frente às escolhas administrativas com fundamente na doutrina Chevron – é possível?
Type of publication: Master's Thesis
Program: Master of Science in Legal Studies
Institution: Ambra University (Orlando, FL).
Date of public defense: May 13, 2022.

E-book format: PDF

ISBN: 978-1-952514-34-0 (e-book – PDF)

Ambra is a trademark of Ambra Education, Inc. registered in the U.S. Patent and Trademark Office.
Ambra University Press is a division of Ambra Education, Inc.
Orlando, FL, USA
https://thesis.ambra.education • https://press.ambra.education/ • https://www.ambra.education/

Copyright License
(https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)
Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International
(CC BY-NC-ND 4.0)

Citation APA

Júnior, L. A. R. (2022). *Controle judicial deferente frente às escolhas administrativas com fundamento na doutrina Chevron – é possível?* (ISBN No. 978-1-952514-34-0) [Master's thesis, Ambra University]. https://thesis.ambra.education

Citation ABNT

JÚNIOR, Luiz Antônio Reis. **Controle judicial deferente frente às escolhas administrativas com fundamento na doutrina Chevron – é possível?**. 2022. Dissertação (Mestrado em ciências jurídicas) - School of Legal Studies, Ambra University, Orlando, Flórida, 2022.

The translation below is for convenience only. In case of any conflict, English text in the previous page prevails.

A tradução abaixo é somente por conveniência. Em caso de quaisquer conflitos, o texto em inglês da página anterior prevalece.

Copyright 2022© por
Luiz Antônio Reis Júnior.
Todos os direitos reservados.

Editora: Ambra University Press
Primeira edição: maio de 2022 (Revisão 1.0a)

Autor: Luiz Antônio Reis Júnior
Título: Controle judicial deferente frente às escolhas administrativas com fundamento na doutrina Chevron – é possível?
Tipo de publicação: Dissertação de mestrado
Programa: Master of Science in Legal Studies
Instituição: Ambra University (Orlando, FL).
Data da defesa pública: 13 de maio de 2022

Formato e-book: PDF

ISBN: 978-1-952514-34-0 (e-book – PDF)

Ambra é uma marca da Ambra Education, Inc. registrada no U.S. Patent and Trademark Office.
Ambra University Press é uma divisão da Ambra Education, Inc.
Orlando, FL, EUA
https://thesis.ambra.education • https://press.ambra.education/ • https://www.ambra.education/

Licença de Copyright
(https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.pt_BR)
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional
(CC BY-NC-ND 4.0)

Citação APA

Júnior, L. A. R. (2022). *Controle judicial deferente frente às escolhas administrativas com fundamento na doutrina Chevron – é possível?* (ISBN No. 978-1-952514-34-0) [Master's thesis, Ambra University]. https://thesis.ambra.education

Citação ABNT

JÚNIOR, Luiz Antônio Reis. **Controle judicial deferente frente às escolhas administrativas com fundamento na doutrina Chevron – é possível?**. 2022. Dissertação (Mestrado em ciências jurídicas) - School of Legal Studies, Ambra University, Orlando, Flórida, 2022.

DocuSign Envelope ID: 45D512F8-1295-4F00-9AAE-ED519BE88812

LUIZ ANTÔNIO REIS JÚNIOR

CONTROLE JUDICIAL DEFERENTE FRENTE ÀS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS COM FUNDAMENTO NA DOUTRINA CHEVRON – É POSSÍVEL?

Master's thesis approved by the evaluation board below as one of the requirements towards the Master of Science in Legal Studies degree by the School of Legal Studies at Ambra University.

Date of the defense: May 13, 2022

Evaluation board:

Dissertação de mestrado aprovada pela banca de avaliação abaixo como um dos requisitos para a obtenção do título de Master of Science in Legal Studies da School of Legal Studies da Ambra University.

Data da defesa: 13 de maio de 2022.

Banca avaliadora:

maio 13, 2022 | 7:35 AM PDT

DocuSigned by:
88186313E378456...

Prof. Dr. Georgenor de Sousa Franco Neto

maio 13, 2022 | 10:37 AM EDT

DocuSigned by:
Vanice Regina Lírio do Valle
8A61B09570D5445...

Profa. Dra. Vanice Regina Lírio do Valle

maio 13, 2022 | 10:36 AM EDT

DocuSigned by:
Igor Ajouz
E5372C6E157348D...

Prof. Dr. Igor Ajouz

maio 13, 2022 | 7:36 AM PDT

DocuSigned by:
Tiago Ivo Odon
39E3E21E6B0D4B8...

Prof. Dr. Tiago Ivo Odon

Orlando, Florida
Maio de 2022

DEDICATÓRIA

Para Vanessa, Antônia e Benício, razões da minha felicidade, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me sustentado até aqui. À minha amada esposa Vanessa, e aos meus filhos Antônia e Benício, que são as razões da minha vida, pelos incentivos diários e pelo convívio harmonioso. Aos meus queridos pais Luiz Antônio (*in memoriam*) e Sônia que sempre serviram de exemplo de honra, caráter e perseverança. Aos meus irmãos Rafael e Juliana, que através de suas famílias me deram presentes maravilhosos, meus sobrinhos, Pedro, Isabella e Artur e também me deram mais dois irmãos, meus cunhados, Verônica e Artur.

Não posso deixar de fazer um agradecimento especial ao meu orientador Georgenor Franco Neto pelos ensinamentos, sugestões e constantes incentivos.

Da mesma forma, aos meus colegas da Procuradoria-Geral do Município de Petrópolis, pelas trocas diárias, pela honradez nos seus misteres e pelos insights que sequer sabem que foram responsáveis.

Por fim, agradeço à Ambra University pela atenta dedicação aos seus alunos e por me conectar pessoas do mundo inteiro. Um agradecimento especial ao professor Felipe Asensi por ter me apresentado essa instituição, você tinha razão em todos os elogios.

“Senhores constituintes, concluída esta vossa tarefa preferencial, mas outro dever se abre ao vosso cuidado e esforço. Este dever indeclinável é sustentar a Constituição de 1988, apesar de quaisquer divergências com sua feitura; é colaborar nas leis que a tornem mais rapidamente o mais eficazmente operativa, apesar das dificuldades referidas”.

- Afonso Arinos

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito”.

-George Ripert

RESUMO

Na presente dissertação será analisada a possibilidade de utilização da Doutrina Chevron, de origem norte-americana, como fundamento para um controle judicial deferente frente as escolhas administrativas, levando-se em consideração o atual quadro normativo inserido pelas recentes alterações na LINDB. A dissertação se inicia com uma base teórica explorando a separação dos poderes, o ativismo judicial e o neoconstitucionalismo. Em seguida, aborda-se a evolução do controle judicial sobre os atos administrativos. Após, passa-se a abordar o tema da deferência judicial, bem como a importante noção de capacidades institucionais. Em seguida, faz-se uma apresentação da Doutrina Chevron, no célebre julgado *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984*), explicando a sua aplicação nos E.U.A. Logo após, explica-se o contexto da nova LINDB explorando principalmente os Arts. 20 e 22 no contexto da deferência no Brasil. Conclui-se que a Doutrina Chevron tem aplicação muito semelhante com o que trouxe o Art. 22 da LINDB, porém a legislação brasileira, com o Art. 20, pode induzir a uma aproximação deferente para as escolhas administrativas que sejam processualmente adequadas.

Palavras-chave:

Deferência – controle judicial dos atos administrativos – Doutrina Chevron – LINDB – escolhas públicas – separação de poderes – neoconstitucionalismo – ativismo judicial.

ABSTRACT

In this dissertation, will be analyzed the possibility of using the Chevron Doctrine, originated in U.S., as a basis for a judicial deference against administrative choices, taking into account the current normative framework inserted by recent changes in LINDB. This dissertation begins with a theoretical basis exploring the separation of powers, judicial activism and neoconstitutionalism. Then, the evolution of judicial control over administrative acts is discussed. Afterwards, the issue of judicial deference is addressed, as well as the important notion of institutional capacities. Next, there is a presentation of the Chevron Doctrine, in the celebrated Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984), explaining its application in the U.S. Soon after, the context of the new LINDB is explained, exploring mainly the articles 20 and 22 in the context of deference in Brazil. It is concluded that Chevron Doctrine has a very similar application to the one brought by Art. 22 of LINDB, but the Brazilian legislation with Art. 20 can induce a deferential approach to administrative choices that are procedurally adequate.

Keywords:

Deference – judicial control of administrative acts – Chevron Doctrine – LINDB – public choices – separation of powers – neoconstitutionalism – judicial activism.

LISTA DE SIGLAS

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

EUA – Estados Unidos da América

U.S. – United States

STF – Supremo Tribunal Federal

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

SUS – Sistema Único de Saúde

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10
1 A ORIGEM DO PROBLEMA 14
1.1 SEPARAÇÃO DE PODERES CLÁSSICA 15
1.2 SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO DA DEFERÊNCIA 18
1.3 ATIVISMO JUDICIAL 21
1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO 25
2 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 33
2.1 CONTROLE JUDICIAL 34
2.2 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO 45
2.3 O EXCESSO DE CONTROLE 49
3 TEORIA DA DEFERÊNCIA 54
3.1 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS 61
4 DOUTRINA CHEVRON 66
5 A NOVA LINDB 72
5.1 ART. 20 77
5.2 ART. 22 86
CONSIDERAÇÕES FINAIS 92
BIBLIOGRAFIA 95

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo debater os limites que o controle judicial impõe sobre a Administração Pública, bem como a noção de deferência, em especial tendo como referência o que se denominou como deferência Chevron, a partir de um julgamento clássico norte-americano, verificando como suas proposições podem ser utilizadas no direito brasileiro.

Atuando diariamente dentro da máquina pública foi possível verificar por dentro como são feitas e processadas as escolhas administrativas, geralmente sem o confronto de causa e efeito. E também como são censuradas algumas dessas escolhas, muitas vezes utilizando princípios constitucionais com alto grau de abstração, sem as devidas ponderações. Surge então o problema de como são processadas as escolhas administrativas e como são censuradas essas escolhas.

Assim, busca-se trazer uma resposta ao seguinte questionamento: a doutrina Chevron e o seu conhecido teste de dois passos, já concretizado e bem desenvolvido nos EUA, podem ser uma boa alternativa de modelo de controle judicial deferente da Administração Pública, servindo de parâmetro para a aplicação do princípio no direito brasileiro, levando-se em consideração as mais recentes alterações na LINDB?

Buscou-se fazer uma análise dogmática de textos jurídicos, com apoio em doutrina. Utilização do direito comparado, usando jurisprudência estrangeira. E emprego da Dialética fazendo o confronto entre o pensamento nacional e o direito comparado para produzir uma síntese.

No Capítulo I procurou-se trazer uma base teórica explorando os temas separação de poderes, ativismo judicial e neoconstitucionalismo para mostrar como esses temas interagem diretamente com o controle judicial e refletem na deferência.

A disputa entre administrar e julgar ela se encontra nas clássicas lições da separação de podres. Na época em que foi concebida a teoria havia um estado mínimo que não era um estado subordinado propriamente ao direito e que tinha uma visão muito mais voltada para o direito privado, do que para o direito público.

As ideias de função administrativa, Administração Pública propriamente dita, controle de constitucionalidade eram figuras absolutamente desconhecidas para o pensamento da época. Que só foram incrementadas com a configuração do Estado de

Direito. Como noção de Ativismo Judicial adota-se um conceito no trabalho de uma atuação muito mais vigorosa do Judiciário na sua interação com outros poderes políticos, causando um desequilíbrio na harmonia e independência do Poderes. Na parte que trata do neoconstitucionalismo evidencia-se a projeção dos valores da Constituição sobre o direito administrativo alterando de forma profunda as formas de controle da Administração Pública.

No Capítulo II traça-se um delineamento do controle judicial sobre os atos administrativos, trazendo sua evolução e o seu estado atual.

Na segunda metade do século passado era trazido pelos principais administrativistas a distinção entre controle de legalidade e controle de mérito dos atos administrativos. Ou seja, ao Judiciário era cabível fazer o controle de legalidade, mas não cabia fazer o controle de mérito, ou controle da conveniência e oportunidade dos atos discricionários.

O mérito administrativo era considerado uma função essencialmente administrativa e o controle judicial não poderia atribuir a autoridade controladora a titularidade desse exercício. Ao longo do tempo houve a ampliação do conceito de legalidade, como reflexo do neoconstitucionalismo, fazendo com que a atuação administrativa se dê em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo, não somente com as leis.

Hoje o que se vê é uma tendência de revisão ilimitada da atuação administrativa. Constata-se que houve um colapso da separação de poderes clássica tal como concebida, especialmente a partir da Constituição de 88.

Com a ampliação das funções administrativas de modo extraordinário passou-se a um Estado que tem a função de bem-estar social, que tem por encargo promover o desenvolvimento econômico sustentável, reduzir as desigualdades regionais, eliminar a pobreza. Isso faz com que o Estado assuma uma gama enorme de competências que são na sua quase totalidade enquadradas como função administrativa.

Esse Estado que faz tudo, ultrapassa o conceito tradicional de administrar e aplicar a lei de ofício. Assim, além de aplicar a lei, administrar passa a ser criar, inovar e fomentar. A atividade administrativa foi acrescentada de uma quantidade enorme de encargos e isso envolveu concomitantemente a ampliação dos mecanismos de controle.

Na mesma época também se amplia a garantia de acesso à jurisdição, de modo que qualquer cidadão pode fazer o questionamento de qualquer ato de autoridade. E com isso fortalece a ideia de reconhecimento de legitimidade política em favor do Poder Judiciário, que faz reduzir esta daqueles órgãos em que os agentes são eleitos pelo povo. Da estrutura estatal o judiciário passa a ter uma maior confiança da população e passa a ser chamado a exercer funções que normalmente não eram a ele dadas.

O cenário atual é de intenso controle, punições ríspidas, milhares de ações civis públicas e de improbidade. Nós temos todo um sistema de fiscalização e o que se poderia imaginar é que isso tudo geraria um resultado satisfatório. Só que o que se verifica é uma estrutura administrativa burocrática, inchada e lenta. E que boa parte da riqueza nacional é voltada para manter os órgãos administrativos e apesar disso, há inegável dificuldade na satisfação de direitos fundamentais do cidadão.

Então o que se vê é um excesso de controle sobre os atos da administração pública, que tem levado à paralização das ações e à insegurança jurídica.

Não existem elementos objetivos de delimitação da competência jurisdicional. Não é possível afirmar que a competência jurisdicional é demarcada precisa e exatamente até determinado ponto. Ou seja, não é possível dizer que alguma questão está excluída da análise pelo judiciário.

Então, é importante reconhecer a necessidade de autocontenção do Poder Judiciário. Em tese, é possível que ele controle todas as matérias e analise todas as decisões administrativas.

Seria o reconhecimento de que certas decisões da Administração Pública poderiam ser exercidas com maior liberdade em compatibilidade com a vontade soberana da Nação, em respeito ao princípio democrático.

São recorrentes as demandas levadas ao Poder Judiciário na tentativa de que se exerça o controle sobre as políticas públicas, que por excelência, são atribuições típicas do Executivo.

No Capítulo III busca-se explicar do que se trata a deferência, na contramão de uma postura ativista do Judiciário. O princípio da deferência implica em um maior respeito pelos órgãos de controle àquelas decisões administrativas, principalmente as mais técnicas. É o Chefe do Poder Executivo – e não o magistrado – o agente público legitimado democraticamente para a elaboração e implementação de políticas públicas.

No Capítulo IV explora-se o célebre julgado *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984*). A ideia de deferência teve muito destaque nos EUA a partir da doutrina Chevron formada pela jurisprudência da Suprema Corte no caso citado.

O caso Chevron versou sobre a interpretação que a Agência de Proteção Ambiental (EPA) deu sobre o termo "fontes fixas" contido na "Lei do ar limpo" (Clean Air Act). Essa legislação exigia que toda vez se retirasse uma nova licença quando uma determinada empresa construísse uma nova fonte fixa. A interpretação que vigorava era a de que todo aparelho industrial capaz de emitir algum nível de poluição deveria ser regulado, de modo que a aquisição de uma nova caldeira deveria ser licenciada.

De modo geral, o caso Chevron dispôs que o Judiciário deveria prestar deferência às decisões da agência caso essa interpretação da lei passasse por um teste bifásico de legalidade e razoabilidade.

No Capítulo V o foco do trabalho está principalmente em dois artigos da LINDB, o Art. 20 e o 22, por serem os artigos que mais tem relação com a deferência. O Art. 20 da LINDB atraiu a ideia do consequencialismo. A Administração passa a ter que justificar suas escolhas e passa a ter que incorporar a visão prospectiva do agir administrativo, tentando antever as consequências das escolhas.

Já no Art. 22 o objetivo do legislador foi de chamar a atenção do controlador para que observe o contexto da decisão administrativa tomada. Esse artigo que traz interpretação sobre as normas de gestão pública traz também o primado da realidade.

O artigo traz uma espécie de dever de empatia para com a Administração Pública e seus agentes. Esse dispositivo determina que o controlador se coloque no lugar do gestor ao decidir sobre a regularidade da decisão administrativa, levando em consideração as dificuldades reais por ele enfrentadas.

Por fim, conclui-se que é possível utilizar a doutrina Chevron como inspiração para um controle mais deferente perante as escolhas administrativas. Mas as recentes alterações na LINDB trouxeram excelentes fundamentos de validade para se buscar uma teoria de deferência adaptada à realidade brasileira. Inclusive, possibilitando um recálculo de rota para que as instituições reorganizem a separação de poderes e atinjam suas finalidades constitucionalmente delineadas.

1 A ORIGEM DO PROBLEMA

Pós revolução industrial, tecnológica e científica, o cenário atual tem se particularizado pelo incremento do risco e da instabilidade. No âmbito da Administração Pública o medo de tomar decisões pelos gestores é crescente, em razão das punições decorrentes de interpretações diversas daquelas acolhidas pelos controladores, acarretando uma crise de ineficiência pelo controle (GUIMARÃES, 2016).

Isso tudo potencializado pela conturbação causada pela pandemia trazida pela Covid-19, assim declarada no dia 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde – OMS.

Não bastasse a crescente paralisia no âmbito da Administração Pública, diante da situação calamitosa atual coube ao poder público tentar reestruturar todo o sistema (saúde e econômico) em tempo recorde, com a finalidade de minimizar os impactos negativos que certamente ecoarão por longos anos.

Em momentos de grande conturbação da ordem pública, que já era crescente antes mesmo da pandemia, cabe aos gestores tentar incrementar e inovar nas condutas garantindo à população o acesso às utilidades mais fundamentais para uma vida minimamente digna. A continuidade da prestação adequada de serviços públicos se transforma em instrumento indispensável para realização dos direitos fundamentais consagrados em âmbito constitucional, em especial a dignidade da pessoa humana.

Essa determinação veio insculpida na Constituição de 1988 no art. 175, parágrafo único, inciso IV, que estatui que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) IV - a obrigação de manter serviço adequado (Brasil, 1988)”.

Neste primeiro Capítulo serão tratados os temas da separação de poderes, em que se mostrará um conceito mais estático, oriundo do direito oitocentista, bem como uma visão mais atual da separação de poderes no ambiente de valorização de capacidades institucionais. Também são trazidos os temas ativismo judicial e neoconstitucionalismo, servindo de base teórica para explicar sua influência sobre o controle judicial e sobre a legalidade estrita.

1.1 SEPARAÇÃO DE PODERES CLÁSSICA

O princípio da separação de poderes já foi considerado como limitador do controle judicial dos atos administrativos, havendo apenas um controle formal de legalidade, respeitando o mérito da decisão administrativa. (Fagundes, 1979). Atualmente não mais vigora esse entendimento isoladamente, gerando distorções nas noções primitivas de repartição de poderes.

Assim o presente capítulo perpassará por uma visão mais tradicional do princípio, bem como abordará uma – nova – separação de poderes, no contexto da deferência.

Classicamente, a disputa entre administrar e julgar se encontra na essência da separação dos poderes, no entanto, a época da concepção desse modelo, não havia propriamente uma subordinação ao direito. E a ideia era muito mais voltada para o direito privado, com as noções de direito público como função administrativa e controle de constitucionalidade ainda desconhecidas. Só passando a ser implementadas após a configuração de Estado de Direito e a submissão da atividade administrativa do estado.

A separação de poderes ou divisão das estruturas de exercício do poder estatal é um princípio que está presente na raiz do constitucionalismo. Está intimamente relacionado a experiências da história em razão do insurgimento contra o absolutismo que culminaram no surgimento do Estado de Direito, este que alude diretamente à segurança jurídica.

Coube a Aristóteles e a John Locke distinguir as funções estatais, cabendo a Montesquieu em obra clássica “Do espírito das leis” teorizar sobre o Princípio da Separação de Poderes, fragmentando o exercício de poder estatal em diferentes estruturas orgânicas e funcionais de modo a proteger as liberdades individuais. (Medeiros, 2020, p. 48/49)

Tal princípio foi acolhido na Constituição Americana de 1787, na Constituição Francesa de 1791 e tornou-se dogma da Ciência Política e do Direito Constitucional.

É possível afirmar que não há Estado de Direito sem a aplicação formal e material desse princípio.

No Brasil foi adotado desde as Constituições do Império e faz parte da história constitucional brasileira, sendo considerado um dogma da República, tamanha a sua importância.

Bonavides (2001) denomina o princípio da separação de poderes como “garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista”. (p. 508)

Portanto, é um instrumento tipicamente liberal. A finalidade básica da separação dos poderes é limitar o poder do Estado para a proteção do indivíduo, partindo de uma premissa de que todo o poder corrompe, sendo pessimista quanto às virtudes do homem.

Para Montesquieu (1996) a melhor forma de limitar o poder é através do seu fracionamento, fazendo a divisão do poder em vários órgãos independes.

Souza Neto (2017) esclarece que “a ideia essencial é a de que, ao se conferir funções estatais diferentes a órgãos e pessoas diversas, evita-se uma concentração excessiva de poderes nas mãos de qualquer autoridade, afastando-se o risco do despotismo”. (p.306)

Há outra ideia desenvolvida por James Madison que é a de freios e contrapesos (também conhecida como *checks and balances*) em que os órgãos independentes devem se fiscalizar mutuamente. É o método de controle recíproco entre os órgãos, sendo uma garantia do povo contra o despotismo.

O Art. 16 da Declaração Revolucionária Francesa de 26 de agosto de 1789, dispõe que *“a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.*

O princípio que também pode ser extraído do próprio Estado Democrático de Direito está presente no Art. 2º, bem como consta como cláusula pétrea no inciso III, §4º do Art. 60, todos da Constituição de 1988:

> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> (...)
>
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> (...)
>
> III - a separação dos Poderes.”

O núcleo essencial da separação de poderes no direito brasileiro é basicamente a concessão em caráter preferencial das funções legislativa, executiva e judicial aos respectivos poderes. A função legislativa cabe preferencialmente ao poder legislativo, a

função executiva ao poder executivo e a função judicial ao poder judiciário; as garantias e autonomia aos membros dos Poderes para exercerem livremente essas funções; o exercício de funções atípicas e o sistema de controle mútuo.

A constituição estabeleceu no art. 2º uma relação de independência e harmonia entre os poderes. O constituinte quis estabelecer uma relação de coordenação entre os poderes e que nenhum deles atuasse de forma superior, de forma subordinantes em relação aos outros. Então, qualquer tentativa de criar uma relação de subordinação entre eles viola a separação de poderes como cláusula pétrea.

O princípio em tela vem sofrendo releituras que buscam flexibilizar as concepções estanques de administrar, legislar e julgar, no entanto, continua tendo como fim impedir o poder pelo poder.

Observa Sarmento (2010, p. 4) que no "neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais".

As constantes flexibilizações dos limites da divisão de poderes, as recentes crises de representatividade política, a massiva judicialização da vida social e política, levam a uma desorganização dos conceitos até então postos do princípio.

Desta forma, Medeiros (2020, p. 52-53) aponta o seguinte:

> "Há outra maneira de enxergar a separação de poderes que não necessariamente está em estado de oposição a este fundamento mais clássico oitocentista, mas que se funda mais na ideia de que haja uma divisão racional do exercício do poder estatal, de modo que sejam atribuídas funções a estruturas orgânicas especializadas independentes entre si, sendo vedada a estas estruturas a participação em funções estranhas à sua atividade".

Cada instituição tem seu ambiente próprio de atuação. Nesse sentido, é possível afirmar que é o Executivo o poder que tem maior aptidão e legitimidade democrática para ordenar as inclinações políticas dentro do que permite o ordenamento jurídico.

1.2 SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO DA DEFERÊNCIA

A Separação de Poderes é um dos principais fundamentos da aplicação do princípio da deferência. Conforme já mencionado, tem seu delineamento traçado no Art. 2º da Constituição.

Um dos problemas apontados na relação entre a doutrina Chevron e a Separação de Poderes reside em ideia de uma divisão de funções estática, no sentido de que o legislativo não deveria renunciar suas atribuições a outro Poder, para evitar eventual concentração de poderes em um só ente estatal. Essa crítica se baseia em um dos principais fundamentos da Separação de Poderes que reside em conter acúmulo de poder e o seu possível abuso por conta disso.

No entanto, na visão de Vermeule é necessário o reconhecimento de que as agências estatais têm competência de realizar outras funções além da meramente executivas, superando uma interpretação estática da Separação de Poderes. Aqui cabe apenas refletir que embora o autor trate da realidade norte americana, a reflexão ainda assim é importante para o contexto brasileiro. Seria como um desprendimento do judiciário de controlar tudo para deferir às decisões tomadas pelas agências, respeitando as suas capacidades institucionais. É realizado um *trade off* potencializando um Estado mais eficiente em detrimento de uma visão mais rígida da Separação de Poderes. (2016, p. 71)

A deferência que propôs a LINDB não pretende afastar a Separação de Poderes, nem atribuir à Administração Pública um espaço isento do controle judicial. É possível conceber a conciliação entre a visão mais clássica do intuito de conter o abuso de poder, permitindo o controle judicial sobre os atos administrativos, e a teoria das capacidades institucionais, que consiste no controle mais deferente quando o judiciário estiver frente a administração especializada.

A possibilidade de controlar a Administração Pública é sem dúvidas um importante marco civilizatório e essencial para o Estado Democrático de Direito, mas o excesso de controle gera nítido desequilíbrio na harmonia e independência dos Poderes.

Sundfeld afirma o seguinte:

> “A Administração Pública de cada País, suas estruturas, suas competências, seus modelos de ação, foram construídos ao longo do tempo. Nisso, as leis tiveram – e

> têm – o seu papel, claro. Mas as soluções legais foram e são heterogêneas, com modelos e densidades muito variáveis. Grande parte dessas leis não contém a antecipação em abstrato de todos e cada um dos atos da Administração, embora elas sejam as responsáveis pela instituição das organizações estatais e pela autorização e delineamento de sua atuação futura. As atividades administrativas escoradas nessas bases não podem ser definidas como mera execução de leis; há nelas, claro, implementação do que as leis preveem, mas a função criadora da Administração nesses casos não pode ser minimizada: essas atividades são muito mais que execução. Administrar é também criar a partir das leis".(2021, p.137)

Isso deixa evidente que na sociedade moderna o direito não apresenta solução para tudo, e embora as leis predeterminem o atuar administrativo há a necessidade de se ter espaço criativo para tentar suprir as demandas que se apresentam. Não significa que há de se ter um espaço isento de controle, mas de conceber que o direito não apresentará todas as respostas.

E continua o autor:

> "A Administração atual é um espaço de deliberação pública – feita na forma do Direito, mas não apenas considerando o Direito. O Direito dirige e limita a ação administrativa, mas não predetermina por inteiro todos os seus atos. Na deliberação administrativa entram a política, a técnica, a subjetividade etc". (Sundfeld, 2010, p. 140)

Está no cerne da Separação de Poderes a repressão ao abuso de poder, mas também a especialização das funções (capacidades institucionais). Sendo atribuição da Administração Pública especializada, por vezes, dizer o que é a lei e interpretá-la.

A deferência, arrimada nos princípios da legalidade e da Separação de Poderes, não aponta para uma tolerância ou condescendência para com a ilegalidade. Mas suscita maior aceitação às decisões discricionárias oriundas da Administração Pública, daqueles agentes dotados dessa atribuição específica. E aos órgãos de controle externo restaria o controle ao devido processo legal, bem como à consistência da motivação de tais atos, mas não poderiam interferir no núcleo duro dessas competências. Em última análise, esse respeito às decisões administrativas garante segurança jurídica. (Moreira, 2016)

O contraponto ao ativismo judicial, conceituado como desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional (2010, p. 138-139), residiria justamente na deferência, que seria uma postura autorrestritiva dos tribunais no controle sobre as decisões administrativas. (Jordão, 2016, p. 50)

A Separação de Poderes clássica não parece ser capaz de responder as perguntas dos novos desafios do direito, principalmente num contexto de deferência e necessidade de autorrestrição judicial. O princípio continua a ser essencial no Estado Democrático de Direito, mas o seu delineamento original necessita atingir uma ressignificação.

Como lecionam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

> "No constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, levou a uma crise no princípio da separação de poderes. Afinal, conter ao máximo o Estado pode não ser a melhor estratégia, se o que se pretende não é o Estado mínimo e absenteísta, mas sim poderes públicos que atuem energicamente em prol dos direitos fundamentais e interesses sociais relevantes. Porém, ao invés de simplesmente abandoná-lo, o novo constitucionalismo adotou leitura renovada do princípio da separação de poderes, aberta a arranjos institucionais alternativos, desde que compatíveis com valores que justificam tal princípio. Tais valores por outro lado, foram enriquecidos por novas preocupações, que vão além da contenção do poder, envolvendo a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a sua aptidão para a proteção efetiva dos direitos fundamentais". (2017, p. 306)

E Bruce Ackerman, propõe uma "nova separação de poderes" visando três ideais: democracia, competência profissional e proteção e ampliação dos direitos fundamentais. O autor afirma o seguinte:

> "O primeiro ideal é a democracia. De um modo ou de outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto populista de autogoverno. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a

> administração técnica podem facilmente tornar-se instrumento de tirania". (2009, p. 7)

Com isso fica evidenciado que a Separação de Poderes não poder ser vista como um fim em si mesma, tampouco pode ser analisada de forma rígida. A limitação ao exercício das funções para evitar os abusos é fundamental, mas não pode significar tolher a atuação institucional dos poderes.

1.3 ATIVISMO JUDICIAL

Em tempos de grande intervenção do Poder Judiciário nas ações ou omissões dos outros Poderes, com a invalidação dos atos administrativos ou momento de judicialização da vida (Barroso, 2018), ou seja, de funcionamento cada vez mais crescente do judiciário nas sociedades contemporâneas – atuação judicial normalmente resumida como ativismo judicial - torna-se necessário abordar temas como constitucionalismo e separação de poderes para verificar qual o impacto dessa conduta no âmbito da Administração Pública.

A escalada do ativismo judicial no Brasil vem ascendendo não só através do Supremo Tribunal Federal, mas de todo o Poder Judiciário nacional. Após a Constituição de 88 houve significativa ampliação dos espaços que ocupam as instituições judiciais no panorama político atual.

Arguelhes (2009, p. 7) faz interessante observação sobre o papel da Constituição de 1988 na ascensão do STF:

> "Se o texto constitucional — que consagra o STF como 'guardião da Constituição' — fosse suficiente para explicar, justificar e alimentar o protagonismo do Supremo, o natural seria que tivéssemos acabado de celebrar 20 anos de ativismo. Não é o caso. O fato de que a predominância do Supremo é um fenômeno relativamente recente, ainda que o papel formal de "guardião" date de 1988, já mostra que a Constituição é variável insuficiente. As respostas devem ser procuradas na interação do STF com a política e, mais concretamente, com os políticos. A observação do que ocorre em outros países sugere que não há 'supremocracia' que não tenha sido aqui e ali aceita — ou até incentivada — pelos outros dois poderes, ainda que, hoje, seus atuais representantes possam se ver genuinamente frustrados por decisões do tribunal".

Cabe lembrar que diversos atores (partidos políticos e ministério público, por exemplo) vem judicializando todo tipo de assunto, fazendo com que o Judiciário seja provocado a dar a palavra final, criando uma circunstância favorável à ampliação das próprias atribuições sob a justificativa de interpretar a Constituição.

A Administração Pública tem que observar como limite de atuação o ordenamento jurídico e tem que ter como finalidade atender o interesse público. Com a Constituição de 88, com a constitucionalização do direito administrativo, e a eficácia irradiante das normas constitucionais, alguns doutrinadores (por exemplo, Binenbojm, 2018) passaram a entender que houve a ampliação sobre os limites do controle judicial da Administração Pública, além da estrita legalidade como pregavam os administrativistas da segunda metade do século passado (por exemplo, Meirelles, 1992).

Com a filtragem constitucional do direito administrativo, ou seja, uma releitura à luz dos valores constitucionais, pode se dizer que "a legalidade contemporânea vai muito além da legalidade em sentido estrito". (Marques Neto, 2019, p. 7)

Quando se fala em uma atuação mais frequente de Tribunais em temas que normalmente ficariam apenas no domínio da sociedade e de seus representantes é importante que se mencione o direito norte-americano.

Tocqueville (1998, p. 317) no livro A democracia na América afirmou que "quase não há questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial". No Brasil o caminho é o mesmo, com as questões políticas sendo transformadas em contendas jurídicas.

Branco (2011, p. 389) aponta que o termo ativismo judicial apareceu a primeira vez em 1947, através de um texto na revista *Fortune*, escrito pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr, que tem como título *The Supreme Court: 1947.*

A expressão se popularizou mundo afora e no Brasil, sendo de utilização recorrente após a redemocratização de 1988. Discussão atual no Brasil e antiga nos E.U.A.

O momento era de um embate na *Supreme Court* entre uma ala denominada de ativista e do outro lado uma oposta praticante do *self restraint* (autocontenção judicial). Todos agora rotulados para a sociedade norte-americana (Leal, 2010, p. 21). Expressão

que foi posteriormente utilizada em outros julgamentos da Corte Americana, como no caso Michigan v. Long, 463 U.S. 1032 (1983).

Conceituar o termo ativismo judicial não é vista como uma das tarefas mais fáceis, ainda mais se adicionarmos ao tema a constante judicialização dos mais diversos temas e a analiticidade da Constituição.

Barroso (2009, p.12) aponta que judicialização significa que:

> "(...)algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro."

Para Barroso, judicialização e ativismo judicial tem causas diversas, sendo a primeira uma consequência do modelo constitucional brasileiro e a outra uma atitude proativa do Judiciário em razão do retraimento do Legislativo diante das demandas sociais. (2009, p. 14).

Sem fazer essa distinção entre os termos, Elival da Silva Ramos (2010, p. 268-288) aponta como fatores impulsionadores do "ativismo judiciário": a modelagem intervencionista de Estado, o controle de constitucionalidade das normas e o neoconstitucionalismo.

Rafael Oliveira (2012) tratando da polissemia do termo registrou que:

> "William P. Marshall, por exemplo, aponta sete sentidos possíveis para o termo: 1) ativismo contramajoritário: relutância dos tribunais para acatar as decisões dos Poderes democraticamente eleitos; 2) ativismo não-orginalista: interpretação não se resume à literalidade do texto ou à intenção original do legislador; 3) ativismo dos precedentes: dificuldade de acatar os precedentes judiciais; 4) ativismo jurisdicional: não aderência aos limites jurisdicionais do seu próprio poder; 5) criatividade judicial: criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional;

> 6) ativismo corretivo: intervenção judicial para impor obrigações positivas em curso para os outros Poderes; e 7) ativismo partidário: atuação judicial pretende alcançar os objetivos claramente partidários."

Toda ascensão nos últimos anos do Poder Judiciário, sobretudo do STF, julgando casos muito polêmicos, aliado a dificuldade em conceituar o tema tem gerado intenso debate na doutrina e na sociedade acerca do assunto.

O Brasil vive um momento muito delicado em relação a discussão sobre ativismo judicial. Há quem mencione, inclusive, possíveis rupturas institucionais, conforme relataram as matérias jornalísticas sobre as manifestações presidenciais do dia 07 de setembro de 2021. Esse recente embate entre o executivo federal e o STF se intensificou, principalmente, após o Supremo suspender a nomeação para a diretoria-geral da Polícia Federal de nome escolhido pelo Presidente e após a abertura de Inquérito 4781 (vulgarmente chamado de inquérito das *fake news*) pelo STF, decisões que dividem opiniões sobre o viés do ativismo.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 152) denota que o ativismo judicial é:

> "O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas Constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias".

Barroso (2009, p. 14) aduz que:

> "A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em

> critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas."

Apesar de toda a indefinição conceitual, geralmente o ativismo judicial é mais criticado do que elogiado, usualmente associado a um risco à Separação de Poderes e à democracia, sendo empregado para representar os excessos judiciais (Campos, 2012). E Ramos (2010, p. 138) conceitua-o como um desrespeito aos limites normativos da função jurisdicional.

Apesar das críticas – muitas vezes corretas – não se pode deixar de lado o fato de que temos uma Constituição que se atreveu a disciplinar tudo e, ao lado disso, um tribunal alçado ao posto de guardião desta Carta. Muitas matérias que estão na Constituição poderiam ter sido tratadas por meio de lei ordinária.

Com bastante precisão Oliveira (2012, p. 5) avalia que "o ativismo judicial representa uma intromissão exagerada do Judiciário nos assuntos de competência dos outros Poderes. Por meio de uma interpretação, que amplia sobremaneira as suas atribuições, a atividade jurisdicional acaba por subjugar, em determinadas hipóteses, as demais instituições".

No presente estudo o ativismo é demarcado por uma atuação mais vigorosa das instituições judiciais na sua interação com outros poderes políticos, trazendo um desequilíbrio não desejável à Separação de Poderes e afetando as funções constitucionais do Executivo e do Legislativo.

1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO

Para o Barroso (2005), o primeiro marco do neoconstitucionalismo seria o marco histórico, o segundo é o marco o filosófico e o terceiro é o teórico.

O marco histórico é a vitória do constitucionalismo com as constituições rígidas. O controle de constitucionalidade criado nos EUA, em 1803 perdurou até o final da 2ª Guerra Mundial como uma peculiaridade norte americana. (Barroso, 2005, p. 18/19)

A Europa não adotava o controle de constitucionalidade, e as Constituições eram flexíveis na maioria dos estados europeus.

O neoconstitucionalismo é fruto da fusão da tradição constitucional americana com a tradição constitucional europeia. A tradição constitucional americana é a tradição de constituições rígidas, de controle de constitucionalidade, só que quanto ao conteúdo a norte americana é uma constituição garantia, ou seja, estabelecem pouquíssimas normas, possui sete artigos, trata da estrutura de estado, divisão de poderes, federalismo e direitos fundamentais. Então é uma constituição que apesar de ser rígida dispõe de poucas normas.

A tradição europeia vai em sentido contrário, são constituições que não rígidas, não havia controle de constitucionalidade, mas por outro lado, com conteúdo normativo muito mais amplo, com caráter dirigente. As constituições editadas após Revolução Francesa são verdadeiros programas de governo, com muitas normas.

As constituições do neoconstitucionalismo, como a brasileira, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, possuem duas características básicas que são a rigidez constitucional e controle de constitucionalidade e um conteúdo normativo amplo, com caráter dirigente. (Barroso, 2005)

A Constituição de 1988 dispõe sobre muitas coisas, não apenas estrutura o Estado e limita o poder através de direitos fundamentais, além de prever direitos sociais, prevê também direitos difusos e coletivos, e ainda dispõe sobre cultura, desporto, lazer, família, índio, ordem econômica, financeira.

Os marcos filosófico e teórico seria o pós-positivismo. Antes, porém, para se entender o pós-positivismo é necessário passar pelo o jusnaturalismo e pelo positivismo.

Para o jusnaturalismo há princípios de justiça de validade universal que seriam descobertos pela razão humana. E para ser norma jurídica não basta observar critérios formais, além desses tem que estar de acordo com princípios de justiça de validade universal. Direito justo é um pleonasmo e direito injusto é uma contradição em termos, porque para ser direito tem que ser justo.

No positivismo, conforme Noberto Bobbio há três vertentes. O positivismo conceitual, ideológico e o teórico.

O positivismo conceitual que é adotado Kelsen, por exemplo, sustenta-se que o conceito de direito deve ser construído através de critérios formais, então para saber se uma norma é jurídica, basta verificar se os requisitos formais. Se uma norma foi produzida de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição, pela autoridade competente, então, é normas jurídica.

A divergência que existe entre o positivismo conceitual e o ideológico não é sobre o conceito de justiça, mas na verdade quanto a obrigatoriedade do cumprimento do direito.

Para os positivistas ideológicos, toda norma jurídica deve ser cumprida. Adotam o critério formal sobre conceito de direito e para estes será norma jurídica aquela editada com os critérios formais e que toda norma jurídica deve ser aplicada independentemente de seu conteúdo.

Os positivistas conceituais só dão uma resposta sobre o conceito de direito, nada falam sobre a obrigatoriedade ou não do cumprimento de lei.

Assim, a principal discussão entre jusnaturalismo e positivismo é sobre a existência ou não de uma relação entre direito e moral. Para o jusnaturalistas há uma relação necessária entre direito e moral porque as normas injustas sequer serão normas jurídicas. A moralidade é critério para definir se a norma é jurídica ou não.

Para os positivistas não há relação entre direito e moral. Os pós-positivistas sustentam que há uma relação necessária entre direito e moral só que com base teórica diferente da utilizada pelo jusnaturalismo. O jusnaturalismo se baseava na razão individual. O pós-positivismo se baseia numa razão dialógica, ou seja, um consenso racional obtido entre as pessoas.

O ponto que mais interessa são as teses do positivismo teórico:

A primeira se refere à completude da ordem jurídica, para esta a ordem jurídica não possui lacunas, tanto que a LINDB (desde a antiga LICC) traz critérios de integração da ordem jurídica. A ordem jurídica não possuir lacunas significa dizer que há uma solução para todos os casos, pré-concebida pelo legislador. Se não há uma solução expressa na lei, cabe ao juiz desvendar, descobrir, a solução implícita pelo legislador segundo critérios de interpretação da ordem jurídica. Desta tese decorre outra tese.

A tese da objetividade da atividade de interpretação do direito que diz que se há sempre uma solução pré-concebida pelo legislador, o aplicador do direito não cria nada. A solução já existe, cabendo ao intérprete descobrir. Seria uma empreitada objetiva, o juiz não criaria nada, apenas descobriria através das regras de interpretação qual a solução jurídica para o caso concreto.

Segundo essa tese, a aplicação do direito se daria pela técnica da subsunção. Toda norma tem uma hipótese de incidência.

Então, para os positivistas o direito se resume a subsunção, bastando verificar se a hipótese de incidência se realizou no caso concreto e se tiver realizado cabe ao juiz apenas aplicar a consequência jurídica.

O pós-positivismo pondera que nem todas as soluções estão pré-estabelecidas na ordem jurídica. Há casos em que não há soluções preconcebidas. Nos casos difíceis não há solução preconcebida e nesses casos o juiz atua como coautor do direito. O juiz se associa ao legislador ordinário ou constituinte para criar a norma que vai resolver o caso concreto.

O grande objetivo do pós-positivismo na teoria do direito é trazer racionalidade a essa dimensão criativa do direito aos casos difíceis. É paradoxal que a teoria positivista não dê resposta para os casos difíceis. Os casos fáceis se resolvem pela subsunção. Para os casos difíceis, em que não há uma resposta preestabelecida pelo legislador, a teoria do direito se cala. Aqui que entra o pós-positivismo, fazer com que a solução dos casos difíceis não seja o que o juiz acha certo.

Há uma teoria pós-positivista denominada de Tópica, do autor alemão Theodor Viehweg, que aparece na obra Tópica e Jurisprudência. Essa teoria sustenta o primado do problema sobre a norma, reconhecendo o que é básico no pós-positivismo, ou seja, que o direito não tem resposta para tudo, que não há solução preconcebida pelo legislador para todos os casos. O interprete é quem tem que criar soluções muitas das vezes.

Atienza menciona que “em 1953 foi publicada a primeira edição da obra de Theodore Viehweg *Topik and Jurisprudenz*, cuja ideia fundamental consistia em reivindicar o interesse que, para a teoria e a prática jurídicas, tinha a ressurreição do modo de pensar tópico ou retórico”. (2016, p. 37).

Para a tópica a função do juiz é testar a solução mais justa para o caso concreto, os topoi. Esses topóis seriam pontos de vistas compartilhados pela sociedade, seriam visões de mundo comuns. Nessa busca da solução mais justa no caso concreto o juiz deveria testar vários topóis e adotar aquele que obtivesse adesão racional chamado auditório universal, ou seja, que obtivesse o consenso racional desse auditório universal. Esse auditório universal é toda comunidade jurídica e de forma mais ampla toda a sociedade. O juiz deve se esforçar para convencer toda a sociedade que aquela era a solução mais justa.

Essa tese elevou muito o nível do debate pois teve o grande mérito de primeiro admitir a dimensão criativa da atividade judicial e admitir a influência da realidade e da busca da solução mais justa no caso concreto.

A teoria é criticada (Atienza, 2016, p. 47-54) porque reduziria a norma a um tópico que concorre livremente com outro tópico. A norma vai ser apenas uma das soluções possíveis do julgador. O juiz não tem legitimidade de proferir uma decisão que seja *contra legem* que lhe pareça mais justa. O problema está quando o fundamento contraria a ordem jurídica.

Outra teoria é chamada de método hermenêutico concretizador que preconiza a divisão entre programa normativo e âmbito normativo. O programa normativo seria equiparado ao que Kelsen denomina como moldura normativa. O julgador se utilizaria de elementos tradicionais de interpretação (gramatical, lógico, teleológico, histórico e sistemático) e dos princípios de interpretação constitucional para obter um rol de interpretações possíveis.

Então primeiro se estabelece o programa normativo e verifica quais são as possibilidades interpretativas. E a escolha de uma dessas possibilidades não seria discricionária, utiliza-se a tópica para escolher uma dentre essas possibilidades interpretativas. Então o uso da tópica é o que seria o âmbito normativo. Seria o cotejo da norma com a realidade, com os detalhes fáticos do caso concreto. Ou seja, dentro do âmbito normativo se usa da tópica.

Dentro desse exercício, do cotejo do direito com a realidade, o julgador vai testar qual solução obtém a adesão do auditório universal, qual solução consegue convencer a todos que é a solução mais justa.

A diferença do método hermenêutico concretizador para a tópica pura é que o método hermenêutico concretizador é uma tópica limitada pela norma. A norma estabelece quais são as possibilidades de interpretação. Se há uma possibilidade que está fora, mesmo que seja mais justa para o auditório universal, não é possível sua utilização. Então o método hermenêutico concretizador, ao contrário da tópica, gera uma prevalência do problema sobre sistema normativo.

Entretanto, a tese pós-positivista mais importante é a Teoria dos Princípios com dois grandes autores: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin deu força normativa aos princípios e esta é característica básica do neoconstitucionalismo e atribuiu aos princípios a responsabilidade de decidir os casos difíceis. O grande desafio hoje da metodologia jurídica é saber como aplicar os princípios de forma racional. O ônus está na argumentação.

O positivismo fazia uma distinção quantitativa entre normas e princípios. A distinção era quanto ao grau de abstração sendo os princípios considerados mais abstratos e as normas menos abstratas. Hoje se faz uma distinção qualitativa entre princípios e regras, ambos como espécies do gênero norma. Implicitamente atribui-se força normativa aos princípios.

Os princípios trazem apenas os fins a serem atingidos, mas não estabelecem os meios para o atingimento desses fins, ou melhor, não dizem como esses fins devem ser atingidos. O princípio traz apenas a finalidade, um estado ideal a ser atingido. Na aplicação dos princípios, como a conduta não está descrita, o juiz que vai ter que verificar qual conduta é necessária para promover aquele fim, o que traz uma margem de conteúdo decisório muito maior.

E conforme Dworkin (2002, p. 39):

> "As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão".

No que tange aos critérios que se referem a forma de aplicação e de solução dos conflitos, quanto a aplicação, as regras se aplicam segundo a lógica do "tudo ou nada". Seriam posições jurídicas definitivas. Seriam comandos definitivos ou posições jurídicas definitivas.

Nesses casos o juiz está obrigado a aplicar a consequência jurídica, por isso é um comando definitivo. Ou ocorreu a subsunção e o juiz tem que aplicar a consequência jurídica ou não ocorreu a subsunção e o juiz não pode a aplicar a consequência jurídica, a sanção.

Já os princípios, não possuem esta característica, eles se aplicam segundo a lógica do "mais ou menos":

> "Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade

> de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um". (Dworkin, 2002, p. 42)

São mandados de otimização ou posições jurídicas não definitivas. Não basta a subsunção para ser aplicada a consequência jurídica, visto que esses princípios entram em conflito com outros princípios.

Outro critério de distinção entre regras e princípios se refere a forma de resolução dos conflitos. O conflito entre regras se resolve pelo critério hierárquico (prevalece o de maior hierarquia), posterior (prevalece o posterior) e especialidade (prevalece a mais especifica). Além desses três critérios, quando há um conflito real entre regras, uma das regras é expelida da ordem jurídica. A ordem jurídica não pode ter em vigor duas regras conflitantes.

Esses três critérios não são suficientes para resolver o conflito entre princípios. O método próprio é o da ponderação.

Conforme mencionado, uma premissa do neoconstitucionalismo é a força normativa da Constituição, que se refere à efetividade plena das normas lá contidas. A afirmação da tese positivista de que norma constitucional é norma jurídica, no contexto brasileiro, não foi um retrocesso, foi um avanço. Historicamente, as normas constitucionais eram menos do que isso, pois não tinham força normativa, eram meras exortações ao legislador, eram consideradas conselhos ao legislador.

Com essas mudanças, as normas constitucionais passam a ter uma dimensão objetiva, ou seja, elas incorporam valores, que na verdade são os valores mais importantes da ordem jurídica.

Esses valores se irradiam, penetram, aí que se fala em eficácia irradiante, em todos os ramos do direito, projetam efeitos sobre todos os ramos do direito. Consequentemente, fornecem pautas interpretativas, ou seja, fornecem parâmetros de interpretação do direito infraconstitucional.

A eficácia irradiante das normas constitucionais e a filtragem constitucional do direito infraconstitucional repercutiram também no direito administrativo, afetando principalmente a legalidade.

De acordo com Niebuhr, Oliveira e Medeiros (2020, p. 74):

> "A partir da Constituição Federal de 1988, com a constitucionalização do Direito Administrativo e o consequente debate sobre a irradiação do conteúdo dos valores

> e princípios constitucionais sobre a legislação e a atividade administrativa, parcela relevante da doutrina passou a defender a reformulação do entendimento sobre os limites do controle judicial da Administração Pública, justificando novas hipóteses de intervenção judicial nas atividades da Administração Pública para além dos aspectos da estrita legalidade."

E Marques Neto arremata:

> "É dizer: se de um lado, a Constituição de 1988, abriu um caminho fértil para a democratização (disciplinando, com grande detalhamento, instrumentos de participação popular, como o voto secreto, o plebiscito e o referendo), de outro, prestigiou e incidência de múltiplos controles. E esse fato não é em nada alterado pela inafastabilidade da jurisdição judicial prevista na Constituição (art. 5º, XXXV)". (2019, p. 11)

E continua afirmando que "isso importou no fim do protagonismo da Administração Pública, que é quem – à luz do ainda em vigor adágio da Separação dos Poderes – dispõe de capacidade institucional para geris a coisa pública". (Marques Neto, 2019, p. 11-12).

2 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo será analisado a evolução do controle judicial sobre o direito administrativo, como eram enxergados os limites ao controle de legalidade e controle do mérito das decisões administrativas, em conformidade com a Separação de Poderes, bem como o reflexo da constitucionalização do direito administrativo, com fundamento em toda a base teórica exposta no capítulo anterior.

Também será abordada a diminuição da discricionariedade administrativa dos gestores em razão do aumento das competências do Poder Judiciário. É importante que se assevere que não se está a defender a ausência de intromissão do Judiciário nas decisões administrativas, pois isto significaria desrespeitar o Estado Democrático de Direito.

A Administração Pública é limitada pelo ordenamento jurídico e deve buscar a satisfação do interesse público promovendo os direitos fundamentais.

O controle da Administração Pública é conceituado como "o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder." (Filho, 2005, p. 855).

O controle, portanto, é amplo e alcança toda a atividade administrativa e todos os Poderes da República. (Filho, 2005, p. 855)

É possível verificar no ordenamento algumas espécies de controle da atividade administrativa que podem ser exercidos pelos órgãos administrativos ou por órgãos externos.

Oliveira (2021) classifica o controle por diversos critérios: órgão responsável por sua efetivação; momento do controle e o parâmetro do controle sobre a atuação administrativa.

Quanto ao órgão responsável por sua efetivação, há o controle interno, exercido pelo próprio executivo, no mesmo sentido da Súmula nº 473 do STF que sintetiza que a Administração "pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"; o controle externo que é exercido pelo judiciário ou pelo legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas, na forma do Art. 70 da Constituição, que menciona

que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete”; e o controle social que é exercido pelos administrados.

Quanto ao momento do controle aponta-se que pode haver o controle prévio a publicação do ato ou o controle posterior, que pressupõe sua publicação. Nohara (2019) aponta que existe ainda o controle concomitante do ato, que ocorre no momento da atuação administrativa.

Aponta-se também a classificação quanto ao parâmetro do controle sobre a atuação administrativa, que seriam o controle de legalidade, onde se faz mera análise de compatibilidade formal do ato com a norma e o controle de mérito, onde se avaliaria a conveniência e oportunidade que levaram à edição do ato administrativo discricionário.

A doutrina mais tradicional (Filho, 2005, p., 153), normalmente, sempre afirmou que para um ato ser classificado como vinculado, há de se ter os elementos previamente fixados na lei. A contrário senso, para um ato ser discricionário, há de se encontrar alguma liberdade nesse ato (no motivo ou no objeto), que seria a conveniência e oportunidade para a sua prática.

Nesse ponto é onde se encontra a afirmação de que o Poder Judiciário apenas controla a legalidade dos atos administrativos sem poder adentrar no mérito administrativo, pois neste haveria um campo de liberdade de atuação do administrador. O mérito seria a liberdade para avaliar a conveniência e a oportunidade em relação ao melhor motivo e/ou objeto do ato administrativo.

2.1 CONTROLE JUDICIAL

A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, traçada no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, declara que a lei não poderá afastar da apreciação pelo Judiciário a ameaça ou lesão a direitos, possibilitando amplo acesso ao judiciário. A *contrario sensu*, qualquer lei que restrinja o acesso ao Poder Judiciário quando houver violação a direitos será inconstitucional.

Essa previsão significou a superação de dispositivos tradicionais no direito constitucional de que as questões políticas eram judicialmente insindicáveis. As

constituições brasileiras de 1934 e 1937, por exemplo, previam com texto idêntico a exclusão das questões de natureza política do controle judicial, respectivamente:

> "Art. 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.
>
> Art. 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas."

Em 1949, portanto, já sob a égide da Constituição de 1946, no Mandado de Segurança n. 1.006 - Minas Gerais, o STF, julgando um embate entre a Câmara Municipal de Barbacena e o Prefeito da cidade envolvendo prerrogativa em processo legislativo, ementou o julgado da seguinte forma:

> "EMENTA: A Questão política não é estranha a ação de poder judiciário, desde que esteja em jôgo uma relação jurídica subjetiva de ordem pública consubstanciada no exercício individual de uma função eletiva. Sua conceituação doutrinária em face do novo direito constitucional brasileiro. O mandado de segurança é meio hábil para garantia do direito político."

O Ministro Abner de Vasconcelos no Relatório citou o seguinte trecho do livro Teoria e Prática do Poder Judiciário de Castro Nunes:

> "As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discrição do Congresso ou do Govêrno os aspectos da sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las a escolha dos meis etc. Discricionárias são, com idêntica conceituação as medidas de polícia no seu mais amplo sentido adotadas na esfera administrativa. Mas, dizendo isso, não se diz nem se poderia dizer que, a discrição legislativa ou administrativa pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raias que condicionam o exercício legítimo do poder. Basta assentar êsse princípio para se ver, desde logo, que a discrição só existe dentro dos limites objetivos, legais – e que ultrapassados êstes começa a esfera jurisdicional. Na verdade, os tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar nem apreciar, na fundamentação das suas decisões, as medidas de caráter legislativo ou executivo, políticas ou não, de caráter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu assento constitucional ou legal. Mas nessa

> esfera restrita o poder dos tribunais não comporta, em regra, restrição fundada na natureza da medida."

Nesse julgamento também é citada a celebre frase de Rui Barbosa de 1910:

> "Uma questão pode ser distintamente política, altamente política fora dos domínios da Justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado"

Para se tratar uma questão como política, não pode estar em jogo violação a direitos. A partir do momento em que uma determinada decisão implicar violação a direitos, está aberto o acesso ao judiciário. Então, essa é a fronteira entre uma questão puramente política e uma questão jurídica: violação a direitos. Havendo violação a direito caberá a tutela judicial.

Na visão tradicional e clássica, o controle judicial de um ato discricionário só poderia ser um controle de legalidade.

Seabra Fagundes (1979, p, 145) sintetizou da seguinte forma esse posicionamento:

> "Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os aspectos, nem o invalida totalmente.
>
> Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão."

Assim, o controlador apenas poderia verificar se o ato administrativo estava formalmente de acordo com a lei. Fazia-se uma análise formal de compatibilidade entre um e outro. Caso essa compatibilidade não ocorresse o ato deveria ser anulado, em regra.

No entanto, é possível observar hoje uma escalada rápida e vigorosa da ampliação das atribuições do Poder Judiciário, invadindo esfera de competência antes exercida somente pelos outros Poderes da República. É possível afirmar que há um realinhamento de competências no cenário nacional atualmente.

Em contraponto a mencionada inafastabilidade da jurisdição e como consequência do Estado de Direito está o princípio da separação de poderes, que tem como premissa liberal montesquiana um pessimismo antropológico, ou seja, a ideia de que qualquer indivíduo que tiver o poder absoluto pode abusar dele. É um certo pessimismo quanto às virtudes do homem, em razão dessa atitude auto interessada do indivíduo.

Desta maneira a melhor forma de limitar o poder é através do seu fracionamento, fazendo a divisão das funções estatais em vários órgãos que sejam independentes e autônomos entre si. Um órgão fiscalizará o outro, evitando que qualquer um deles usurpe poderes do outro.

O objetivo do conceito de constitucionalismo ideal, do Art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que preceitua que "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição" é que as constituições tenham um conteúdo necessário que é a separação de poderes e os direitos fundamentais.

O Constitucionalismo institui o Estado de Direito que visa fundamentalmente limitar o poder do Estado através do direito. A Constituição estabeleceu no art. 2º uma relação de independência e harmonia entre os poderes. O constituinte quis estabelecer uma relação de coordenação entre os poderes e que nenhum dos poderes atuasse de forma superior, de forma subordinante em relação aos outros poderes.

Ocorre que o controle de legalidade foi ampliado fazendo com que os atos administrativos buscassem fundamento de validade em todo o ordenamento jurídico.

Na legalidade aplicada aos particulares, as pessoas podem tudo fazer, exceto o que for vedado em lei. É a vinculação negativa à lei. Como os indivíduos têm uma liberdade natural, eles podem tudo fazer, eles podem exercer a sua autonomia privada, exceto naquilo que for vedado por lei. Ao contrário, a Administração Pública só pode agir para executar comandos legais, porque a administração pública não tem uma liberdade natural como os indivíduos o têm. A administração pública, numa concepção mais clássica, era tida como gestora de um bem alheio.

A lei habilita a atuação administrativa e a própria lei limita essa atuação. Meirelles (1992, p. 82/83) já apontava que "na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

Atualmente, mais do que legal, a atuação administrativa deve ser em conformidade com a juridicidade, ou seja, tem que encontrar consonância com o ordenamento jurídico como um todo, conforme prevê o Art. 2º, parágrafo único, inciso I da Lei Federal nº 9784/1999:

> "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
>
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
>
> I - atuação conforme a lei e o Direito"

Moreira Neto bem conceitua o instituto:

> "O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para altear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um "princípio da legalidade", se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica". (2014, p. 149)

O princípio da legalidade deixa de ser a vinculação do administrador somente à lei e passa a ser a vinculação diretamente à Constituição (Oliveira, 2021, p. 12).

Começaram a surgir, no direito administrativo, instrumentos de controle judicial para além da legalidade fria, para além da letra da lei. Passa-se a defender a juridicidade das normas, como um "bloco de legalidade":

> "É dizer, se, outrora, predicava-se, tão somente, da análise da observância dos quadrantes da legalidade simples (que traz limites para as atividades privadas) e

> da legalidade qualificada (que guia o atuar da Administração Pública), atualmente, o espectro de controle da conformidade normativa espraia sua incidência para todo o conjunto normativo (tendo como diretriz orientadora a Constituição). As normas vinculantes hoje são muito mais diversas do que a lei estrita."

No mesmo sentido, Moreira Neto tratando sobre a vinculação entre Administração Pública e o direito menciona que:

> "Porém, mais do que simplesmente à lei, a atividade administrativa se vincula ao Direito, entendido não apenas como a coleção de normas legisladas em vigor, mas como a referência à totalidade do ordenamento jurídico vigente, assim considerado como nele incluindo não apenas as normas legais positivadas, como as normas-princípio, venham positivadas ou não, e as normas jurídicas produzidas por outras fontes, pressupondo, sobretudo, um sistema constitucional aberto, sempre responsivo às mutações que se processam incessantemente no meio social, e que lhes garantam a legitimidade". *(*2014, p. 149)

O que fez com que também evoluísse o controle judicial sobre a discricionariedade administrativa. Antes praticamente imune às interferências judiciais, hoje algumas teorias buscam explicar o controle exercido pelo judiciário sobre a atuação discricionária administrativa. (Oliveira, 2012)

A primeira teoria que surgiu foi a Teoria do desvio de finalidade. Ela teve a importância histórica fundamental, porque ela foi responsável pela superação da ideia de que o ato discricionário era imune ao controle judicial.

Mello (2015, p. 1007) esclarece o seguinte:

> "Foi sobretudo a ação do Conselho de Estado Francês que, ao construir a teoria do desvio de poder, desenvolveu este controle. Trata-se, hoje, de noção corrente, utilizada a cotio pelos Tribunais, aqui como alhures. Entre nós, como é sabido, encorpou-se a partir de voto magistral de Seabra Fagundes, vulto modelar de homem e jurista, proferido no TJRN, em 1948, ao apreciar a Ap. cível 1.422".

A ideia da teoria é a de que um ato administrativo tem sempre que atender ao interesse público. Mais do que isso, cada ato administrativo tem uma finalidade concreta, uma finalidade específica. Quer dizer, a lei quando vai possibilitar a edição de atos

administrativos já vai prescrever quais são as finalidades possíveis que o administrador vai poder atingir. E a finalidade, na visão clássica, é um elemento sempre vinculado.

Desta forma, o Judiciário poderia anular um ato discricionário caso ele não atingisse a finalidade pública prevista na norma. O Judiciário controla o ato administrativo, mas não adentra o seu mérito.

Dois casos emblemáticos e recentes em que o STF entendeu que houve desvio de finalidade em nomeações por Presidentes da República foram o Mandado de Segurança Coletivo 34.070, em que se impediu a nomeação de Lula para Ministro da Casa Civil e o Mandado de Segurança Coletivo 37.097, em que se impediu a nomeação de Ramagem para Diretor-Geral da Polícia Federal.

A segunda é a Teoria dos motivos determinantes. E antes de adentrar na teoria é preciso contextualiza-la.

A motivação é um *plus* em relação ao motivo, porque a motivação é justamente a explicitação dos motivos, a concretização dos motivos. A grande e clássica controvérsia está na discussão sobre a sua obrigatoriedade ou não a saber se todo ato administrativo tem que trazer essas considerações iniciais.

Hely Lopes Meirelles (1992, p. 137) tinha uma posição em que afirmava que a motivação seria obrigatória somente no ato vinculado. Ao contrário, a motivação seria uma opção, uma faculdade, no ato discricionário.

Para o autor o ato vinculado é aquele ato regrado. Para saber se o ato vinculado realmente vai respeitar todos os elementos que já foram pré-definidos na lei, a motivação seria obrigatória. No ato discricionário, como já há a liberdade do administrador mesmo, não seria necessário motivar, porque a liberdade, sendo implícita ao ato discricionário, não precisaria analisar nenhuma compatibilidade formal com a legislação. Se já tem liberdade para o administrador, não precisaria exigir uma motivação.

Esse posicionamento parece inverter a lógica do sistema. A partir da distinção entre ato discricionário e vinculado, a necessidade de publicidade está na motivação do ato discricionário que não está aparente na lei.

Os elementos do ato vinculado já estão na lei. Basta uma análise de subsunção do ato à lei para verificar sua formação e validade. Bastaria uma análise de compatibilidade formal e objetiva.

O risco está na liberdade que traz a discricionariedade. A necessidade da motivação para editar o ato discricionário, serve como uma forma de se limitar e de parametrizar para controlar o uso da liberdade pelo administrador.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello se posiciona no sentido de que todo ato administrativo tem que ser motivado. Para o autor não importa, portanto, a natureza do ato. E fundamenta com base no Art.1º, parágrafo único da Constituição, que consagra o princípio democrático. (2015, p. 410)

Se todo o poder emana do povo, e em nome dele é exercido, o agente público quando exerce a função pública e edita um ato administrativo, está atuando em nome do povo. Assim o povo enquanto titular do poder há de ter mecanismos para controlar a atuação dos seus representantes.

A motivação vai ser obrigatória porque é justamente ela que possibilita esse controle social do poder. Só conhecendo a causa do ato é que o povo poderia efetivamente controlar de maneira adequada a atuação do agente público.

Traz também como segundo argumento o art. 93, X da Constituição que determina que "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros". Para o autor, apesar do inciso se referir somente ao poder judiciário, essa regra da motivação obrigatória deve ser estendida a toda e qualquer função administrativa.

A motivação obrigatória decorre da atividade desenvolvida seja por quem for, se o poder judiciário para usar atipicamente tem que motivar, se essa mesma atividade administrativa for exercida pelo poder executivo, tem que motivar também. Senão, não faria sentido o tratamento diferenciado, quando a função exercida é a mesma função materialmente falando, é a mesma atividade.

Para Di Pietro (2018, p. 290-291) a motivação também é obrigatória por entender que a motivação integra a forma do ato. A autora distingue forma no sentido estrito de forma no sentido amplo. A forma no sentido estrito é a exteriorização, forma escrita, mas a motivação entraria na forma em sentido amplo pois possibilitaria o controle de validade deste ato administrativo.

Já para José dos Santos de Carvalho Filho (2005, p. 109) a motivação não é obrigatória. Não há em tese um princípio que obriga à motivação de todo e qualquer ato

administrativo. Portanto, não existe a motivação como regra no texto constitucional, salvo se a lei expressamente exigir.

O autor aponta o art. 93, X da Constituição mas faz uma interpretação literal para concluir se refere apenas ao poder judiciário, como está colocado no *caput* do artigo. E exemplifica que no âmbito federal existem situações em que a lei pede motivação, por exemplo, o art. 50 da Lei nº 9.784/99:

> "Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
> I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
> II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
> III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
> IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
> V - decidam recursos administrativos;
> VI - decorram de reexame de ofício;
> VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
> VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
> § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
> § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
> § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito."

Nesse ponto é importante mencionar que o art. 2º da mesma lei, que traz os princípios da administração federal, cita expressamente o princípio da motivação: "a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". Então em âmbito federal, a motivação parece ser regra e não exceção como aponta o autor.

Para Moreira Neto (2014, p. 163) todos os atos decisórios devem ser motivados. Os atos decisórios seriam aqueles que resolvem discussões administrativas, ou o que põe fim a litígios administrativos.

Fundamenta em outra interpretação do art. 93, X da Constituição. Aduz que tal previsão constitucional vai poder ser estendida e aplicada a toda e qualquer função administrativa. Se atipicamente o judiciário tem que motivar quando exerce função administrativa, então para o poder executivo vai existir a mesma motivação, só que atuando de maneira típica.

No entanto, ressalva que não é todo e qualquer ato administrativo do tribunal que deve ser motivado, são os atos administrativos decisórios, são as decisões administrativas, que vão ser motivadas. E a extensão da necessidade de motivação para o Executivo será só para os atos administrativos decisórios. Não há a ampliação da aplicação do art. 93, X de modo a trazer a motivação para todo e qualquer ato, mas só para o ato decisório, como está colocado textualmente.

A motivação vai ser obrigatória para o ato decisório porque a motivação do ato decisório vai possibilitar o exercício da ampla defesa e do contraditório. Se o ato é decisório e vai impor alguma restrição a direitos ou a interesses de alguém tem que ser precedido de ampla defesa.

A jurisprudência não tem uma posição pacífica, uma posição muito clara, em relação a qual das correntes ela vai adotar. Entretanto o STF, em todas as situações de atos decisórios exigiu a motivação.

Cite-se por exemplo o seguinte julgado:

> "Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. Servidor público. Remoção. 3. Citação. Ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Precedente: ARE-RG 748.371, Tema 660. 4. Litisconsórcio passivo necessário. Razões recursais dissociadas do acórdão recorrido. Súmula 287. 5. Ilegalidade da remoção. Punição. Sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Teoria dos motivos determinantes. Falsidade ou inexistência de motivo. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento."

(ARE 884289 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015)

Assim, conforme conceitua Oliveira (2012), pela teoria dos motivos determinantes "a validade do ato administrativo depende da correspondência entre os motivos nele expostos e a existência concreta dos fatos que ensejaram a sua edição. Mesmo naquelas situações excepcionais em que a lei não exige a motivação (exteriorização dos motivos), caso o agente exponha os motivos do ato, a validade desse ato dependerá da correspondência com a realidade".

A terceira e mais atual é a Teoria dos princípios. Por esta o Poder Judiciário poderia invalidar atos administrativos que violassem princípios presentes no ordenamento jurídico.

Essa teoria está intimamente relacionada a evolução do positivismo. Às 3 fases citadas por Paulo Bonavides (2001, p.232-238), em relação à normatividade dos princípios.

O autor fala de uma primeira fase que é a fase do jusnaturalismo. E, na fase jusnaturalismo, os princípios eram conselhos. Os princípios não tinham ainda força normativa. Os princípios não tinham a mesma força que uma regra positivada tinha. Então, na época do jusnaturalismo, os princípios não tinham ainda uma força normativa vinculante, pois eram apenas aconselhamentos.

Na 2ª etapa, a etapa positivista do Direito, os princípios ganham força de norma jurídica. Só que, aqui, os princípios têm uma força normativa subsidiária.

Um exemplo desse momento é o Art. 4º da LINDB (oriundo da Lei de Introdução ao Código Civil): "Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Esse artigo evidencia a subsidiariedade dos princípios, ou seja, se a regra positivada já trouxesse uma solução, os princípios não seriam aplicáveis. Atualmente esse artigo é reinterpretado.

A fase atual, é a fase em que se dá a força normativa primária aos princípios. É a etapa do neoconstitucionalismo (ou pós-positivista do Direito), não vigorando mais a ideia de mera aplicação subsidiária dos princípios, em caso de lacuna da lei. Desde logo, vinculam de alguma maneira a atuação do particular e a atuação do administrador.

A legalidade não subsiste mais como único parâmetro verificador da legitimidade da atuação administrativa. A juridicidade amplia as possibilidades de controle, uma vez que o agir administrativo tem de estar em conformidade com todo o ordenamento jurídico, incluindo, princípios, regras e todos os atos administrativos.

Oliveira (2012, p. 22) alerta o seguinte que "com o intuito de evitar uma simples troca da arbitrariedade administrativa pela judicial, é indispensável a justificação da decisão judicial, como elemento essencial para sua legitimidade, já que só assim se possibilita o controle "final" pelos "donos do poder" (o povo) ".

2.2 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

A noção de vinculação e discricionariedade do ato administrativo também vem sendo completamente reinterpretada com o neoconstitucionalismo. É habitual a distinção entre ato administrativo discricionário e vinculado a partir da liberdade do agente público. Nos atos vinculados não haveria margem de liberdade no atuar do agente público, em razão de os elementos dos atos administrativos estarem previstos na legislação. E nos atos discricionários haveria margem de liberdade para o agente analisar conveniência e oportunidade ao editar o ato (Oliveira, 2021, p. 270).

Então, o ato vinculado é aquele ato que todos os seus 05 elementos estão regrados na lei, já foram pré-definidos na lei, não se podendo falar em mérito administrativo. Ao contrário, para um ato ser classificado como ato discricionário, há de se ter alguma liberdade do agente. Nestes se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto. (Filho, 2005, p. 119)

O Art. 2º da Lei nº 4717/1965 (Lei da Ação Popular) é usualmente utilizado como parâmetro para verificar os elementos dos atos administrativos:

> "Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
> a) incompetência;
> b) vício de forma;
> c) ilegalidade do objeto;
> d) inexistência dos motivos;
> e) desvio de finalidade.

> Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
> a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
> b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
> c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
> d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
> e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência."

A dicotomia entre ato vinculado e discricionário sempre foi muito tradicional no direito brasileiro. E levam em conta o critério de liberdade de atuação do agente administrativo. Nos atos vinculados não há margem para escolhas, em razão de estarem previamente dispostas a intenção do legislador. Já no ato discricionário o agente administrativo poderia fazer uma escolha, dentre as possíveis, em razão da conveniência e oportunidade, para editar um ato administrativo.

No entanto, para alguns autores, não haveria mais essa dicotomia rígida que aponta um ato como vinculado e outro como discricionário. E, respectivamente, também evoluiu o controle de legalidade e a intangibilidade do mérito administrativo.

Na verificação de juridicidade pouco importa se o ato é vinculado ou discricionário. A compatibilidade para a ser do ato exarado com o ordenamento como um todo. Na administração constitucionalizada o controle varia de intensidade, seguindo uma escala decrescente de vinculação à ordem jurídica, de vinculação à juridicidade.

A formulação é bem elucidada por Binenbojm:

> "a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade

> administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade". (2007, p. 25-26)

Aragão (2010), no entanto, traz importante reflexão sobre a dicotomia ato vinculado *versus* ato discricionário:

> "Relativizamos a identificação da vinculação administrativa como oposto absoluto de discricionariedade. Como evidenciado por Bartolomé A. Fiorini, para uma correta distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários "é necessário excluir do pensamento jurídico o sentido absoluto pretendido pela clássica definição, ao considerar a administração como a execução direta da lei. Esta, que teve sua origem nos estudos de Rousseau no seu Contrato Social, foi propagada logo, sem maior análise, o que desviou muitos juristas. (...). Ao fazer tal consideração, excluem o trecho fecundo em que a administração pode manifestar distintos atos sem sair do cerco fechado da norma denominada lei. Não têm em conta que os atos, as normas administrativas, como a própria lei, só vinculam momentos jurídicos dos interesses coletivos em sua relação com a vida real". (Fiorini, 1948, p. 46-47)

E continua o autor:

> "Em lapidar lição, Andreas J. Krell ensina que "a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo 'vinculado' não possui uma natureza diferente do ato 'discricionário', sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa . 26 A decisão administrativa oscila entre os polos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei. (...) A qualificação de um ato administrativo como 'plenamente vinculado' – ainda comum na doutrina e na jurisprudência do Brasil –parece remontar aos equívocos da Escola da Exegese, que pregava que normas legais 'serviriam de prontuários repletos e não lacunosos

> para dar solução aos casos concretos, cabendo ao aplicador um papel subalterno de automatamente (sic) aplicar os comandos prévios e exteriores de sua vontade'. 28 Ao mesmo tempo, a ideia de 'conceitos tecnicamente precisos' constitui um legado da Jurisprudência de Conceitos (Begriffsjurisprudenz), que acreditava na definição da 'única solução correta do caso específico'. Está com razão Celso Antônio Bandeira de Mello quando critica que a simplificada linguagem vertida na fórmula 'ato discricionário' e 'ato vinculado 'tem levado a 'inúmeras e desnecessárias confusões' e 'despertado a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra dessas supostas categorias antagônicas'"

Aduz-se que para superar essa ilusão, essa grande mentira que Gustavo Binenbojm chama de pecado original do direito administrativo, criou-se a ideia de discricionariedade administrativa. Como não dá para o administrador prever todas as hipóteses de atuação da administração pública, quando o legislador não previr, a administração pública deve atuar de forma discricionária:

> "Nesse contexto, as categorias básicas do direito administrativo, como a de discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, supremacia do interesse público e prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias deste pecado original consistente no estigma da suspeita de parcialidade de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados. Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade". (Binenbojm, 2007, p. 124)

Isso fazia com que a discricionariedade fosse um espaço isento de direito, fosse um espaço não jurídico, porque ou o ato é vinculado à lei e aí você tem que seguir tudo que está na lei, ou é discricionário; a administração pública pode fazer o que quiser e não cabe controle do mérito administrativo.

2.3 O EXCESSO DE CONTROLE

Historicamente, no Brasil a gestão da *res publica* é marcada por má gestão, corrupção e falta de controle. Ao passo que hoje há um excesso de controle sobre os atos da administração pública, o que leva à paralização das ações e à insegurança jurídica.

Nesse sentido Silveira

> "São inegáveis os benefícios da amplificação da legalidade e do consequente aumento do controle judicial sobre os atos da administração pública. Infelizmente, a história do Brasil é marcada por abusos na gestão pública, além do notório problema envolvendo a corrupção. Por outro lado, se no passado havia uma situação de insuficiência de controle, atualmente a exacerbação do controle judicial dos atos da administração pública tem levado a uma crise de insegurança jurídica. Com isso, talvez seja o momento de se pensar em um balanceamento dessa situação, um ponto médio equilibrado entre o controle judicial e a valorização da atuação administrativa, de forma a se superar a crise de insegurança jurídica". (Silveira, 2017, p. 111)

Não se está a afirmar a desnecessidade de controle, nem que seja necessário o seu enfraquecimento, mas é necessário que se revisite os velhos conceitos e surjam novas técnicas capazes dar poder ao sistema de controle, mas que isso não signifique a paralização da administração.

É inegável a essencialidade do controle, mas o bom funcionamento da administração é tão essencial quanto. O controle – exacerbado - que leva à paralisia não atende ao interesse público.

Oliveira (2012, p. 23) ressalta que importante "é compatibilizar as expectativas do controle judicial (eficiente) da juridicidade dos atos administrativos, editados, em muitos casos, com fundamento em juízos técnicos (ex: atos regulatórios) e por meio de processo de deliberação pública, com as limitações institucionais inerentes ao Poder Judiciário".

A Constituição de 1988 trouxe uma ampliação das funções administrativas. O Estado de Direito que tem a função de bem-estar social, promover o desenvolvimento social sustentável, erradicar a pobreza, cuidar do desenvolvimento social e regional e promover o bem de todos é um Estado que faz quase tudo.

O Art. 3º da Constituição de 1988 dispõe que:

"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".

Ultrapassa, portanto, a concepção clássica de administrar aplicando a legislação vigente. Atualmente tem a função de inovar, criar, fomentar, etc.

Para Moreira Neto, função administrativa é aquela que:

> abrange toda atividade estatal residual, definida por exclusão da normativa e da jurisdicional, exercida por qualquer dos Poderes ou por qualquer dos órgãos constitucionalmente autônomos, de modo que se estende sobre um vastíssimo campo de competências, suficientemente amplo para conferir ao Estado atribuições executivas destinadas a satisfazer interesses qualificados como públicos. (2014, p. 79)

A afirmação de um Estado Democrático de Direito que tem a função de bem-estar social, que tem por encargo promover o desenvolvimento econômico sustentável, reduzir as desigualdades regionais, eliminar a pobreza, faz com que o Estado assuma funções que na quase totalidade sejam enquadradas como função administrativa.

Esse Estado assoberbado, ultrapassa aquele conceito clássico de administrar e aplicar a lei. Administrar agora passa a ter uma concepção de criação, de inovação e fomento. As funções administrativas foram acrescentadas de uma pluralidade gigantesca de encargos e isso envolveu, concomitantemente, o aumento dos mecanismos de controle.

O cenário atual, portanto, é de intenso controle, punições ríspidas, milhares de ações civis públicas e de improbidade, há todo um sistema de fiscalização e o que se poderia imaginar é que isso tudo geraria um resultado satisfatório. Entretanto, o que se vê é uma estrutura administrativa burocrática, inchada e lenta. Boa parte da riqueza nacional é voltada para manter os órgãos administrativos e apesar disso, há inegável dificuldade na satisfação de direitos fundamentais do cidadão.

O cenário é de queixas em relação à Administração Pública de diversas naturezas: contaminação de decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF), por concepções políticas e opiniões pessoais; abuso dos limites da competência pelos órgãos de controle; apego ao aspecto punitivo e justiceiro, fenômeno que Fernando Vernalha Guimarães (2016) chamou de "Direito Administrativo do medo", em razão de o administrador público estar desistindo de decidir por temer o controle rígido, ortodoxo, excessivo e acrítico (Carvalho, 2019, p. 234)

Não bastassem todas as incumbências citadas, o Estado ainda tem que atingir a eficiência, que é um conceito equívoco e, portanto, difícil de ser analisado sob a ótica de uma decisão administrativa.

O Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis traz quatro sentidos para a palavra eficiência:

> "1 Capacidade de produzir um efeito; efetividade, força. 2 Capacidade de realizar bem um trabalho ou desempenhar adequadamente uma função; aptidão, capacidade, competência. 3 Qualidade do que é passível de aplicação vantajosa; proveito, serventia, utilidade: Não concordo com a eficiência de leis tão antigas. 4 Atributo ou condição do que é produtivo; desempenho, produtividade, rendimento: Nada se compara à eficiência dessas máquinas importadas."

Assim, algumas decisões escolhidas pelos gestores podem ser consideradas eficientes do ponto de vista econômico; outras decisões administrativas podem não ser eficientes do ponto de vista econômico, mas serem eficientes do ponto de vista social.

A dificuldade é tamanha que José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 21) chega a afirmar que "o controle judicial sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade". Ou seja, que a eficiência, por si só, não pode ser trazida como argumento para anulações de atos administrativos. Sendo muito mais uma ideia que deve apenas nortear a atuação administrativa.

Não obstante, considerando que princípios são normas e a eficiência é um princípio expresso, ela vem recorrentemente sendo considerada parâmetro para o controle judicial do ato administrativo:

> "O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deverá ser realizado tendo como parâmetros os princípios constitucionais da Administração

> Pública, inclusive, o princípio da eficiência, em especial em seu sentido de direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, pois a Constituição Federal prevê no inciso IV do art. 3º que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Repita-se, porém, que não caberão ao Poder Judiciário o planejamento e a execução das políticas públicas, nem tampouco a edição dos consequentes atos administrativos discricionários de implantação dessas medidas, mas, sim, o controle jurisdicional de eventuais abusos praticados pelo administrador público que ignore o princípio constitucional da eficiência". (Moraes, 2006, p.26)

Tal princípio só passou a integrar a Constituição através da Emenda Constitucional nº 19/1998, com o objetivo de substituir a Administração Pública burocrática pela gerencial; a eficiência não estava no texto originário do Art. 37:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

No entanto, são constantes os diagnósticos sobre a paralisia da máquina pública frente às necessidades mais básicas dos cidadãos.

As reivindicações giram em torno da inaptidão do Estado de gerar segurança nas pessoas, nas empresas e no Terceiro Setor; da possibilidade de punições severas dos agentes públicos mesmo quando tomam decisões bem fundamentadas e de boa-fé, por parte dos órgãos de controle em razão de posicionamentos diferentes ou por conta de uma ideia pressuposta de desonestidade generalizada dos gestores. Transformando a vida do gestor público em algo incerto e instável.

Nesse contexto de eficiência da máquina estatal, Egon Bockmann (2016) faz um recorte interessante sobre a situação econômica do país em relação ao intenso controle exercido sobre a Administração Pública:

> “Se há algo com que todos os brasileiros concordam, independentemente de crenças e partidos, é a necessidade imediata de ações que implementem a retomada do crescimento econômico. No que respeita à Administração Pública, são medidas de Estado – e não de governo – que precisam ser adotadas, o quanto antes, sob pena de a recessão convolar-se em depressão. Será necessário muito trabalho, comprometimento ético e temperança. Quanto às políticas públicas, o princípio da eficiência precisa assumir papel sobranceiro.
>
> Ocorre que muitos juristas tendem a desprezar a eficiência administrativa, em favor de medidas de controle repressivo. Parte-se da ideia de que o Poder Público precisa ser inibido – seja por leis, seja por ações jurisdicionais, seja pelo Ministério Público, seja pelas Cortes de Contas – refletindo aquilo que já foi chamado de “Direito Administrativo do Inimigo”.

A falta de parâmetro e clareza nas decisões judiciais tem gerado ainda outro problema muito grave que é a punição de gestores ingênuos e de boa-fé, bem como tem possibilitado a manutenção da impunidade dos mal-intencionados. Acarretando no afastamento de pessoas honestas e prudentes das funções públicas, com justo receio de serem penalizadas.

Para Marques Neto (2019, p. 13):

> “Atemoriza-se o gestor público, que, mesmo atuando nos quadrantes da legalidade, teme exercer a sua discricionariedade. Gera o “apagão das canetas”. Ninguém decide mais nada, com o receio de ser responsabilizado, pessoalmente. Para além de uma seleção adversa para o cargo de gestor público, o contexto de sobreposições de controle não protege o gestor de boa-fé. Na verdade, o desprestigia, bem como o afasta do setor público”.

Melhorar a forma como são feitas as escolhas públicas e estabelecer parâmetros mais claros de controle são duas das metas traçadas na nova LINDB, como forma de tentar alterar esse cenário de descrença, em todos os níveis da Federação, em todos os Poderes, bem como por todos os órgãos de controle.

Porque, na verdade, o que vem ocorrendo é a substituição do administrador público pelo controlador, em função das sobreposições de controles acrescida da crise de legitimidade. (Marques Neto, 2019, p. 12).

As decisões administrativas seriam meramente provisionais, na medida em que se sujeitam a amplos controles sem parâmetros, ou seriam como uma “primeira tentativa”, na medida em que se sujeitam ao aval do controlador (Bonacorsi de Palma, 2019, p. 4).

3 TEORIA DA DEFERÊNCIA

São recorrentes as demandas levadas ao Poder Judiciário na tentativa de que se exerça o controle sobre determinadas políticas públicas, que por excelência, são atribuições típicas do Executivo.

Sendo do cotidiano das advocacias públicas a discussão sobre o extrapolamento dos limites legítimos do controle judicial sobre políticas públicas, no contexto da Separação de Poderes e as normas constitucionais distribuidoras de competência.

Costuma-se ressaltar que o Judiciário não dispõe de aparato satisfatório para a formulação das medidas mais adequadas a serem adotadas em assuntos de natureza eminentemente técnica, complexa e com amplo aspecto social. Por não deter a expertise necessária à solução de questões ligadas a funções administrativas delineadas no texto constitucional.

Argumenta-se que apenas os órgãos e entidades do Poder Executivo detêm a capacidade institucional para tratar destas matérias, tendo em vista que possuem uma visão global acerca das infinitas necessidades da população.

A deferência ou princípio da deferência:

> “implica em ter um respeito em relação à decisão do gestor, sobretudo quando ela foi tomada diante da discricionariedade existente no caso concreto, evitando-se que o controlador ou o juiz troquem decisões legítimas e ponderações por aquelas que sejam de sua preferência pessoal e subjetiva, gerando invalidações que adentrem ao juízo da conveniência e oportunidade enfrentado pela Administração Pública”. (Motta, Nohara, 2019, p. 25)

Para Egon Bockmann Moreira significa que as “decisões proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica – precisam ser respeitadas pelos demais órgãos e entidades estatais (em especial o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Cortes de Contas) ”. (2016, s.p.).

Após apontar que no sentido comum da palavra, deferência se refere a respeito e não à uma obediência incondicional, Valle (2020, a, p.61) assinala que:

> "(...) a outorga do signo da deferência à escolha administrativa havida em concreto não significa uma blindagem ao controle, mas o reconhecimento de que a estrutura constitucional municiada de competência na matéria teria invertido, no desenvolvimento da função que lhe é própria, capacidade institucional que qualificaria essa mesma escolha."

Dentre os temperamentos colocados por Luís Roberto Barroso à interferência pelo Poder Judiciário em políticas públicas, destacam-se, por serem aplicáveis ao tema, os aspectos relativos à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos que poderão impactar, reflexamente, todo um conjunto de programas públicos das Administrações Públicas. Cita o autor que:

> "Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas idéias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público". (Barroso, 2012, p. 13)

É o Chefe do Poder Executivo – e não o magistrado – o agente público legitimado democraticamente para a elaboração e implementação de políticas públicas. A escolha realizada diretamente pela população por meio do voto confere àquele a legitimidade

indispensável para a tomada de decisões nesse âmbito. Por esse motivo, é o agente político, eleito pelo voto popular, quem detém a prerrogativa para determinar como os recursos públicos devem ser gastos (dentro das destinações próprias e dos limites mínimos e máximos existentes em lei), e não o Poder Judiciário.

Bonacorsi de Palma (2020, p. 227-228) diz que por conta da extensão e das variadas atribuições da máquina pública, a Administração é a maior interprete do direito e também afirma que:

> "Ao editar uma lei, o Congresso cria competências à administração pública. Esta, por sua vez, precisa interpretar o texto da lei e todas as demais normas correlatas para que possa executá-las. É natural que o comando de interpretação seja dirigido primeiramente ao gestor público, e não ao controlador. Ocorre que a competência primária de implementação da lei é da administração, tendo ela a preferência da interpretação. Em um estado democrático de direito, presume-se que a administração pública esteja em melhor posição técnica e de rotina para interpretar normas públicas. Esta é a base das teorias da deferência, ou seja, das ideias de que o controlador deve respeitar a decisão pública".

É de se notar que o Poder Público dispõe de recursos escassos para atender as demandas sociais infinitas. Infelizmente as verbas públicas não são suficientes para fazer frente a todas as necessidades da população (reserva do possível fática).

Como não há a possibilidade de se abarcar todas as aspirações da coletividade (uma realidade de todo o País), o Poder Público precisa inevitavelmente decidir entre investir mais num determinado setor e, por conseguinte, verter menos recursos para outro. Nesse sentido, deve-se ter em conta que a legitimidade democrática e a capacidade institucional para fazer tais escolhas trágicas são do próprio Chefe do Poder Executivo. Cabe a ele – e tão-somente a ele – definir as ações prioritárias.

Não se está aqui a defender que um assunto ou outro deva merecer atuação prioritária, mas sim que é obrigação do Poder Executivo atender a todas as áreas de atuação de acordo com um planejamento técnico.

Com a pandemia e com a necessidade de tomadas de decisões rápidas e estratégicas o tema da deferência ganhou relevância novamente e reacendeu o debate.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação CNJ nº 66/2020 e previu expressamente no Art. 3º recomendação de maior deferência às decisões dos gestores do SUS, considerando as disposições da LINDB:

> "Art. 3º Recomendar a todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que avaliem, **com maior deferência ao respectivo gestor do SUS, considerando o disposto na LINDB**, durante o período de vigência do 'estado de calamidade' no Brasil:
>
> I – as medidas de urgência que tenham pleitos por vagas hospitalares, incluídas as de terapia intensiva, inclusive como meio de inibir o agravamento do estado de saúde do requerente;
>
> II – os pedidos de revogação de decretos ou normativas locais que visem ao controle e à mitigação da pandemia pelo novo coronavírus e a Covid-19;
>
> III – os pedidos de bloqueio judicial de verbas públicas, de qualquer dos entes federados, considerando a escassez de recursos;
>
> IV – os pleitos que visem ao descumprimento das normas técnicas do SUS relacionadas à destinação de cadáveres;
>
> V – os pleitos que visem ao descumprimento de penalidades impostas por regras sanitárias relativas à pandemia pelo novo coronavírus;
>
> VI – os pleitos que tratem de questões relativas às contratações públicas realizadas para o enfrentamento da pandemia, entre os quais as relativas aos preços abusivos de bens e serviços necessários ao enfrentamento; e
>
> VII – os pleitos que objetivem a suspensão ou anulação de medidas emanadas pelo Centro de Operações de Emergência Estadual - COE ou pelos Gabinetes de Crise das unidades hospitalares." (CNJ, 2020)

O tema ganha a atenção também do Conselho Nacional do Ministério Público, com a edição da Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, de 18 de junho de 2020, que no Art. 2º faz recomendação para se respeitar a autonomia administrativa do gestor:

> "Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, **seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material**.

> Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas. (CNMP, 2020)"

Outro aspecto que merece ser destacado são os "considerandos" que apontam como motivação desse ato administrativo direcionado aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro a recomendação de como atuar na fiscalização de políticas públicas e a respeitar o espaço de atribuições de cada ente integrante da engrenagem, em coexistente atenção à independência funcional. Assim dispõe:

> "(...) CONSIDERANDO que a efetivação das políticas públicas se dá exclusivamente por atos administrativos de gestão e não por atos judiciais ou de controle; CONSIDERANDO que a função ministerial é de controle e não de execução, e a decisão administrativa é parte fundamental da cadeia de execução da política pública; CONSIDERANDO que a decisão administrativa em geral, e na execução de políticas públicas em particular, é atribuição exclusiva do gestor; CONSIDERANDO que o controle do conteúdo da decisão administrativa que seja cometido por outro órgão que não de gestão transborda a análise objetiva de sua legalidade e enseja violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal de competência administrativa alheia; CONSIDERANDO que não incumbe ao Ministério Público a eleição de políticas públicas, mas sim a atuação como agente indutor, proativo e resolutivo das garantias de efetivação dos direitos fundamentais decorrentes destas políticas; (...)"

Como acima apontado, a pandemia fez despontar a necessidade desse debate nos mais variados órgãos administrativos, não obstante, as alterações trazidas pela nova LINDB já indicavam claramente para um caminho de maior deferência. Conforme Bonacorsi de Palma (2020, p. 232):

> "O art. 20, o art. 21 e o art. 22 da Lei de Segurança Jurídica devem ser lidos como testes de deferência. Se diante de uma concessão de serviço público o controlador não conseguir indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas ou não puder indicar as condições para que a regularização ocorra

> de modo proporcional, equânime e sem prejuízo de interesses gerais, então ele não deverá invalidar, pedir sua invalidação ou celebrar ajuste de conduta. Não podendo o controlador cumprir com os ônus argumentativos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada."

No mesmo sentido especifica Jordão (2018, p. 78):

> "Ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação, o controlador deverá então cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, todas as quais lícitas. Dito de outro modo, o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá prestar deferência a esta escolha interpretativa razoável da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão. Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como fundamento normativo específico, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública."

Já se teve como verdade quase absoluta que a Constituição poderia oferecer todas as respostas para as Administrações Públicas. Tal posicionamento é inegável de que existe sim um direcionamento finalístico, axiológico trazido pela Constituição, mas isso está longe de significar dizer que todas as decisões da Administração estão delineadas na Constituição. Também não quer dizer que ela tenha exaurido o conteúdo desses compromissos finalísticos. (Valle, 2018)

Assim, para conformar esses compromissos finalísticos, a Administração Pública terá que empreender muitas escolhas, tais como escolhas de prioridades e outras com conteúdo de direitos fundamentais. (Valle, 2018)

Há uma segunda noção que parece equivocada que diz que para todo o problema que surja para a Administração exista uma única resposta correta. Que exista uma única conduta da Administração que atenderá determinada demanda. Se fosse verdade, então

não haveria uma escolha, mas apenas a incumbência de encontrar a resposta certa. (Valle, 2018)

Hoje essa noção não corresponde mais à realidade, já que os interesses postos na sociedade são interesses plurais, às vezes, conflitantes entre si, devendo a escolha tentar conforma-los o máximo possível. (Valle, 2018)

Uma terceira noção que merece ser melhor esclarecida é a discricionariedade. Também vigora a ideia de que esses compromissos finalísticos tenham eliminado as escolhas convenientes e oportunas. Há uma relação mal resolvida com o tema, sendo perceptível todo um esforço doutrinário para afastá-la. (Valle, 2018)

Afirmar que o administrador está predeterminado pelo texto constitucional é negar o aspecto democrático de que após eleito pelo voto popular ele tem a oportunidade de explorar possibilidades de soluções e também nega a dinâmica que traz o transcurso natural do tempo. Algo pode ser necessário ou aceitável em um momento, pode deixar de sê-lo com o passar do tempo, por exemplo. (Valle, 2018)

Também é importante mencionar que as escolhas públicas têm o fim último de atender o interesse público, sendo necessário perceber não somente o caráter presente e imediato de determinada decisão, mas também o futuro da medida, e em como mantê-la com o passar do tempo (princípio da continuidade). Este último elemento também tem que estar introduzido no momento da escolha. (Valle, 2018)

Esse raciocínio veio plasmado nas recentes alterações da LINDB, especificamente no que se refere ao consequencialismo. Associar a dimensão presente e futura do interesse público nas escolhas fortalece a racionalidade da administração. A Lei nº 13.655/2018 veio enfatizar o momento da lógica da racionalidade administrativa. (Valle, 2018)

Mesmo no campo da discricionariedade há de se ter espaço para a racionalidade e essa racionalidade há se ser conhecida – transparente – para permitir o controle. (Valle, 2018)

A discricionariedade poderia até ser considerada um privilégio já que por muito tempo foi entendida como livre de controle, entretanto, hoje, pós 1988, a discricionariedade passa a ter função instrumental de atingimento dos compromissos finalísticos traçados pela Constituição. E é justamente a publicidade de qual é a racionalidade aplicada que vai permitir o controle. (Valle, 2018)

A Lei nº 13655/2018 traz mais dois componentes muito importantes que são a transparência e a valorização do raciocínio objetivo, seja da escolha pública, seja do controle que será exercido sobre ela. A lei prestigia a objetividade e tenta retirar, obvio, mas necessário dizer, a subjetividade. (Valle, 2018)

Com isso, homogeneizar a perspectiva significa um resgate da lógica de controle como sistema. As escolhas têm consequências e devem ser levadas em consideração, tendo a Administração uma atuação eminentemente pragmática, não por outra razão há como norte o princípio da eficiência. (Valle, 2018)

3.1 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Não existem elementos objetivos de delimitação da competência jurisdicional. Não é possível afirmar que a competência jurisdicional é demarcada precisa e exatamente até determinado ponto. Dito de outra forma, não é possível dizer que alguma questão está excluída da análise pelo judiciário.

Portanto, é importante reconhecer a necessidade de autocontenção do Poder Judiciário. Em tese, é possível que este poder controle todas as matérias e analise todas as decisões judiciais. Ou todas as escolhas realizadas pela autoridade administrativa.

Carlos Ari Sundfeld (Sundfeld, 2012, p. 72) traz importante reflexão sobre esse tema:

> “E qual deve ser o papel do Judiciário na ordem jurídica contemporânea? Quais os termos e limites de suas competências?
>
> É fascinante: a Constituição e as leis o dizem com regras, mas sobretudo com princípios! É perturbador: cabe ao próprio Judiciário, interpretando esses textos, a autodefinição e a autolimitação! ”

Por essa razão é necessário que se encontre dentro do próprio poder uma ideia de autocontenção. Assim, reconhecendo-se a autoridade do Poder Judiciário resta como única alternativa o reconhecimento espontâneo de limites.

Na visão de Rafael Oliveira o Judiciário não vem conseguindo atender toda a demanda:

> “A complexidade, o incremento do risco, a velocidade da informação, dentre outros fatores típicos da sociedade pós-moderna, demonstra que o Judiciário, na realidade brasileira atual, não é necessariamente o melhor local para resolução de grandes controvérsias, o que justifica, por exemplo, o aumento do número de casos de arbitragem e de outros meios de solução de controvérsias”. (2012, p.24)

Dentro do contexto do presente trabalho, seria como se constatasse a existência de uma reserva de administração (PIÇARRA, 1990, p. 335), muito semelhante ao que o STF faz recorrentemente com o julgamento do que considera questão *interna corporis* e de autonomia do Poder Legislativo. O Plenário do STF ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.297.884 com repercussão geral reconhecida fixou a seguinte tese:

> “Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das casas legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis.*”

Seria o reconhecimento de que certas decisões da Administração Pública poderiam ser exercidas com maior liberdade em compatibilidade com a vontade soberana da Nação. Esta mesma soberania consagrou uma função administrativa, e, portanto, em razão do princípio republicano há que se respeitar limites e particularidades do exercício dos encargos constitucionais.

Não é razoável conceber que o judiciário se transforme em um titular do conhecimento técnico e científico necessário à administração. A cada poder separado é necessária a especialização em seus devidos misteres.

Já era apontado por Oliveira (2012, p. 25-26) como tendência um “controle judicial primordialmente ablativo e não substitutivo”:

> “A atividade judicial, em respeito às capacidades das instituições dos demais Poderes (teoria dos diálogos institucionais) e às próprias limitações institucionais do Poder Judiciário (ex: ausência de visão sistêmica das questões; falta de aparelhamento técnico adequado para análise de questões complexas que demandam conhecimentos extrajurídicos; exigüidade do tempo e excesso de

> trabalho para prolação de decisões rápidas; etc), deve ser predominantemente corretiva da atividade administrativa, sem substituí-la. Há, aqui, um equilíbrio entre o controle judicial (judicial review) e a democracia, uma vez que o Judiciário corrige os desvios das ações/omissões administrativas sem afastar a reavaliação das decisões estatais pelas instâncias democráticas, notadamente nas questões que envolvem discricionariedade administrativa".

Cintia Morgado (2011, p.80), tratando sobre a especialização funcional e sobre o respeito que se deve ter ao que se estabeleceu no Art. 2º da Constituição, sustenta que:

> "O grande desequilíbrio que pode ocorrer e já vem ocorrendo advém da ausência, da omissão ou da atuação insuficiente dos Poderes Legislativo e Executivo e a ocupação cada vez maior pelo Judiciário de espaços não preenchidos. Em nome da concretização das normas constitucionais, para além de funções atípicas previstas na Carta, interfere nas funções dos demais Poderes, de diversas maneiras. Qual o limite dessa atuação?
>
> Consideramos que os limites estão nas capacidades institucionais. Porque a elaboração de leis deve ser atribuição do Legislador? Porque nestas Casas, em tese, vigora o pluralismo, a oportunidade para discussão de diferentes pontos de vista e tempo diferenciado. Porque o Executivo deve administrar a máquina pública e implementar políticas públicas? Porque tem equipe com formações especializadas e distintas, tem a possibilidade de planejamento, tem domínio sobre o orçamento, há regras de licitação, entre outros. Assim, a noção de profissionalismo e de capacitação deve ser levada em conta para o exercício das funções do Estado."

A separação de poderes não existe só por uma questão política, mas também por uma questão técnica. O Judiciário não tem condições de se dedicar a conhecer a mais variadas circunstâncias a que está envolvida a Administração Pública, como por exemplo, o orçamento, liberação de medicamentos, concessão de serviço público:

> "O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, mas ele não é o legislativo nem a Administração, e não pode substituí-los em tudo. Por isto não há solução judicial

> para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que construa". (Sundfeld, 2012, p. 72)

Ackerman desenvolve a concepção de profissionalismo (especialização funcional) colocando-o como ideal a ser alcançado pela nova separação de poderes (Ackerman, 2000, p. 7). No entanto, reconhece como ponto positivo a importância que os políticos têm para o sistema, pois representam a vontade das urnas e suas habilidades são relevantes para a democracia. Aponta como ponto negativo a preocupação dos políticos com as eleições seguintes, favorecendo apoiadores. Sugere a necessidade de formação de corpo administrativo técnico, permitindo uma atuação mais profissional e eficiente.

Nesse sentido, destaca-se a Súmula Vinculante nº 13 do STF, que veda a nomeação, contratação ou favorecimentos por agente público a favorecer parentes:

> "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."

Também é importante nesse contexto a necessidade de concurso público para preenchimento de cargos técnicos na Administração Pública, trazida no Art. 37, II da Constituição:

> "(...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração"

Essas duas normas visam conceber uma administração mais técnica e profissional, afastada de influências meramente políticas.

Interessa para o presente tópico apontar, mesmo que sucintamente, as deficiências do Poder Judiciário, já detectadas por diversos autores (Barcellos, 2008; Silva, 2008) e a sua relação com as capacidades dos outros poderes, principalmente, com os órgãos técnicos do Executivo.

Já foram apontadas falhas relacionadas a tempo como prazos a cumprir, excesso de processos para examinar; falhas relacionadas a conhecimento técnico para analisar matérias que exigem expertise habilitada diversa do direito, que poderiam ser melhor exploradas por engenheiro, médico, contador e também se apontaram limitações processuais, como ausência de contribuição de terceiros, prazos, preclusões.

Dessa forma, considerando essa insuficiência e as capacidades técnicas, do Executivo por exemplo, é necessário que o Judiciário se curve diante das escolhas administrativas. Assim, quanto mais técnica for a matéria, mais expertise será necessária e menor deve ser o controle judicial, em razão de sua incapacidade técnica diante daquele órgão técnico. (Morgado, 2011, p. 82)

É apontado como parâmetro para o controle por Binenbojm o seguinte critério: “quanto maior for o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial” (Binenbojm, 2006, p. 236).

Assim escolha de profissionais habilitados como critério para ocupantes de cargos na Administração Pública compõe elemento essencial para compreender o aperfeiçoamento da Separação de Poderes. A formação de órgãos com corpo técnico e capacitado (com capacidades institucionais) levará os Poderes a guardar deferência entre si, reconhecendo suas limitações e a ausência de instrumental humano e material para regular determinados assuntos. (Morgado, 2011, p. 84)

4 DOUTRINA CHEVRON

O objetivo do presente capítulo é buscar uma referência prática e teórica no direito estrangeiro sobre a deferência judicial em relação às decisões administrativas. E, após conhecer a experiência estrangeira fazer uma reflexão crítica de como a deferência pode ser aplicada no Brasil. Não se pretende fazer um "transplante jurídico" (Legrand, 2014) do sistema estrangeiro para o nosso, mas apenas buscar soluções que pudessem ser aplicáveis ao direito pátrio.

Nos EUA, o direito administrativo se desenvolveu a partir do New Deal de Franklin Roosevelt. Antes do crash de 1929 prevalecia na legislação e jurisprudência norte-americana a ausência de regulação estatal da atividade econômica, com exceção de alguns serviços públicos. (Silveira, 2017, p. 129)

Os New Dealers acreditavam na capacidade de regulamentação governamental deesas atividades para reparar excessos do liberalismo econômico e, assim, o Congresso criou agências com expertise técnica, levando a um crescimento explosivo da regulação da atividade econômica. Após um período de resistência desse novo quadro, a Suprema Corte aderiu à constitucionalidade da maioria das agências e regulamentos do New Deal. No entanto, a Suprema Corte adotou como jurisprudência, naquele momento, de supervisão judicial da adequação substantiva (de mérito) das decisões das agências. (Silveira, 2017, p. 130)

Em um caso histórico, Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 468 US 837 (1984), julgado pela Suprema Corte norte americana, surgiu um princípio muito importante do direito administrativo estadunidense, a deferência Chevron. Em termos bem amplos se refere a uma doutrina de deferência judicial às ações administrativas.

Essa noção de deferência pelo Judiciário às decisões administrativas tem origem nos Estados Unidos, sendo fixado no caso *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC*, julgado pela Suprema Corte. O caso julgado versou sobre uma nova interpretação dada a um termo legal por uma agencia governamental. Tal discussão foi judicializada e a Suprema Corte validou a nova interpretação dada entre as duas interpretações possíveis eis que se tratava de um juízo de política pública típica do Poder Executivo, de modo que o Poder Judiciário deveria deferir à solução encontrada pela agência. (Sunstein, 1990, p. 2086)

Trata-se de um precedente tão importante para a doutrina administrativa estadunidense que Sunstein em publicação de 2005 considerou-o como quase-constitucional, em tradução livre afirmou que:

> "Mais de vinte anos após seu nascimento, a decisão da Suprema Corte no caso Chevron não mostra sinais de perder sua influência. Ao contrário, a decisão se tornou fundamental, um texto quase constitucional - o ponto de partida indiscutível para qualquer avaliação da atribuição de autoridade entre tribunais federais e agências administrativas". (Sunstein, 2005, p. 1)

Sunstein (2018, p. 2) relata que se trata do caso mais importante do Direito Administrativo americano, porém na época em que foi julgado não foi assim considerado.

Ao se manifestar sobre os impactos de Chevron, Isaac Kofi Medeiros (2020, p. 156-157) detalha a influência do julgamento no direito norte americano:

> "As premissas balizadas em Chevron tiveram grande impacto na prática judicial estadunidense. Em 1989, Antonin Scalia informava que nos primeiros três anos e meio a decisão foi citada por mais de 600 vezes por cortes inferiores. Em artigo de 2014, Thomas W. Merril contabilizava que o modelo já havia sido citado 11.760 vezes em decisões judiciais e 2.130 vezes em decisões administrativas, dentro de uma taxa de 1.000 citações em caso judiciais por ano, sendo o terceiro precedente mais citado nos tribunais estadunidenses, além de contar com citações em 8.009 artigos no banco de dados da Westlaw, um dos maiores serviços online de pesquisa jurídica dos Estados Unidos. A decisão é mais citada que o próprio caso Marbury vs. Madison, o que segundo Merril parece apropriado, uma vez que Chevron é tida como antagônica às suas premissas. A exemplo disso, Cass Sunstein resume a deferência Chevron em trocadilho com o enunciado de Marbury vs. Madison, como a regra segundo a qual, em face de ambiguidade, é "enfaticamente a competência e o dever do departamento administrativo dizer o que a lei é".

O caso Chevron versou sobre a interpretação que a Agência de Proteção Ambiental (EPA) deu sobre o termo "fontes fixas" contido na "Lei do ar limpo" (Clean Air Act). Essa legislação exigia que toda vez se retirasse uma nova licença quando uma

determinada empresa construísse uma nova fonte fixa. A interpretação que vigorava era a de que todo aparelho industrial capaz de emitir algum nível de poluição deveria ser regulado, de modo que a aquisição de uma nova caldeira deveria ser licenciada. (Niebuhr; Oliveira; Medeiros, 2020, p.83)

O Clean Air Act (CAA) é uma lei federal que regula as emissões atmosféricas de fontes fixas e móveis. Entre outras coisas, esta lei autoriza a EPA (Agência de Proteção Ambiental) a estabelecer padrões nacionais de qualidade do ar ambiente para proteger a saúde pública e o bem-estar público e para regular as emissões de poluentes atmosféricos perigosos.

Um dos objetivos da lei era estabelecer e alcançar os padrões de qualidade em todos os estados até 1975, a fim de abordar os riscos para a saúde pública e o bem-estar representados por certos poluentes atmosféricos.

A definição desses padrões de poluentes foi acoplada ao direcionamento dos estados a desenvolverem Planos Estaduais de Implementação, aplicáveis às fontes industriais apropriadas no estado, a fim de atingir esses padrões. A lei foi alterada em 1977 e 1990 principalmente para definir novas metas para atingir os padrões, uma vez que muitas áreas do país não cumpriram os prazos.

Em 1984, a Agencia de Proteção Ambiental passou a entender que o termo da lei "fonte fixa" contemplava uma planta industrial inteira. Com isso, as empresas podiam construir novas fontes de poluição dentro da planta industrial existente, sem necessidade de licenciamento, contanto que não excedessem o limite poluente contido na Lei do Ar Limpo. (Niebuhr; Oliveira; Medeiros, 2020, p.83)

Essa nova interpretação da agência foi derrubada pelo Tribunal de apelação do Distrito de Columbia até que chegou na Suprema Corte, por força da petrolífera Chevron. A Suprema Corte validou a nova interpretação da Agência, entendendo que ambas as interpretações eram plausíveis à luz do termo fontes fixas e a escolha de uma delas exigiria um juízo de política pública típica do Poder Executivo, de modo que o Poder Judiciário deveria deferir à solução encontrada pela agência. (Niebuhr; Oliveira; Medeiros, 2020, p.83)

De modo geral, o caso Chevron dispôs que o Judiciário deveria prestar deferência às decisões da agência caso essa interpretação da lei passasse por um teste bifásico de legalidade e razoabilidade.

No julgamento se estabeleceu um teste para verificar quando o tribunal deve acatar a uma eventual interpretação à lei dada por agências administrativas. A deferência judicial seria aplicável quando houvesse razoabilidade na decisão administrativa e quando não houvesse manifestação legislativa específica sobre a questão levada a julgamento.

O propósito da doutrina de deferência Chevron é que quando houver uma delegação legislativa a uma agência administrativa, o tribunal não poderá substituir a interpretação definida pela agência por sua própria interpretação da lei, quando aquela interpretação assentada pela Administração seja considerada razoável.

É importante esclarecer que "nos Estados Unidos, o termo 'agência' abrange, mas não se limita, às agências reguladoras, englobando também as chamadas agência executivas, ramos da administração pública vinculados diretamente à chefia do Poder Executivo". (Niebuhr; Oliveira; Medeiros, 2020, p.83)

Messitte (2015) ao explicar algumas diferenças entre o Direito Administrativo norte americano e o brasileiro elucida o seguinte:

> "Nesse ponto, vale esclarecer algumas diferenças em nomenclatura entre o direito administrativo norte-americano e brasileiro, para afastar o risco de falsos cognatos. Em primeiro lugar, quando falamos em "executive agencies" podemos estar nos referindo tanto aos ministérios quanto às agências administrativas. Em segundo lugar, não se deve confundir o termo "executive agencies" com "agência executiva", que no Brasil significa uma autarquia ou fundação com um contrato firmado com a Administração Pública para executar uma função específica e é considerada um componente da administração indireta. Nós definimos nosso Direito Administrativo de modo que inclua as "executive agencies" (conforme nós as definimos) e as agências regulatórias independentes, que se aproximam das suas agências reguladoras (como os senhores as definem). Para nós, as outras entidades que seu direito administrativo abarca tendem a ser reguladas por leis aplicáveis a corporações e associações em geral. Assim, uma "executive agency" é a entidade sobre a qual o Presidente possui pleno poder de nomeação e remoção de seus diretores. Essas "agencies", como a "Environmental Protection Agency" (Agência de Proteção ao Meio Ambiente), exercem funções regulatórias e, como dito, são incluídas dentro do que consideramos ser objeto do Direito Administrativo".

Em eventual omissão ou ambiguidade legislativa sobre determinada questão, o tribunal apenas analisará se a acepção encontrada pela agência está enquadrada em possível interpretação do texto legal[1]. A deferência só é aplicável àquela interpretação feita pelas agências que forem encarregadas de executar as finalidades estabelecidas na lei. Desse modo, as decisões de órgãos administrativos não encarregados de executar as finalidades da lei não se enquadram na moldura da doutrina.

No julgamento a suprema corte criou o processo de duas etapas para verificar se era possível a revisão da interpretação da agência pelo judiciário.

No primeiro passo o tribunal deve verificar se a intenção legislativa criada pelo Congresso é clara. Nessa hipótese, não havendo subjetividade ou ambiguidade, o órgão administrativo deve cumprir a prescrição claramente expressa no comando legal. No entanto, se a intenção legislativa não for clara, ou se não tiver linguagem direta sobre determinado aspecto, o tribunal pode decidir se a interpretação adotada pela Administração é uma interpretação possível de ser extraída da lei.

No passo dois, no caso de haver duas ou mais interpretações possíveis da lei, o judiciário verificará se a interpretação dada pelo administrador é razoável, ou seja, se é harmonizável ao texto legal. Se for positiva a resposta, o magistrado não poderá substituir a decisão administrativa por sua própria interpretação.

Conforme simplificou Antonin Scalia a Suprema Corte norte americana proclamou "o princípio de que o os tribunais aceitarão a interpretação considerada razoável dada por uma agência sobre os termos ambíguos de um estatuto que ela administra". (Scalia, 1989, p. 511)

São apontadas algumas situações em que a deferência não seria adequada, denominada de Chevron Step Zero ou Etapa Zero de Chevron:

> "i) se a interpretação é feita pela primeira vez pela agência no âmbito de um litígio em que ela é parte; ii)se a agência que faz a interpretação não é a agência responsável pela "administração", total ou parcial, da lei, no sentido de ter poder normativo e de julgamento (poder de polícia). Tais situações podem ser

[1] "(..) *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*." Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 468 US 837 (1984). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837. Acesso em: 17/08/2021

> caracterizadas como uma necessidade de determinação inicial se o Congresso, mesmo se a lei é ambígua, teve a intenção de que os tribunais prestassem deferência às interpretações da lei feitas pelas agências". (Silveira, 2017, p. 132)

Assim, por meio da Doutrina Chevron "não se afere qual é a melhor interpretação do significado da norma, mas apenas uma razoável, vedando-se leituras arbitrárias". (Silveira, 2017, p. 132)

É importante o registro feito por Valle (2020, b, p. 114) de que a deferência em Chevron se refere à competência, mas também à presença da Administração como formulador da escolha (critério subjetivo). Semelhante à ordem constitucional anterior a 1988, em que a mera presença da Administração trazia vedação ao exercício do controle, que, no entanto, não sobrevive após a Constituição de 1988.

Eduardo Jordão faz relação direta entre o Art. 22 da LINDB e a doutrina Chevron assinalando o seguinte:

> "O caput do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos "dois passos" da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou "permissibilidade" da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao artigo 22. Num primeiro passo, o controlador verifica 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". (2018, p. 79)

Silveira aponta que a Doutrina Chevron pode ser considerada como uma "via de redução da insegurança jurídica no Brasil, com a consequente valorização da atuação da administração pública. No longo prazo, essa é uma ótima alternativa. O problema é saber se, no Brasil, os órgãos e entidades da administração pública possuem estrutura e qualidade de atuação compatíveis com tamanha valorização". (2017, p. 136)

5 A NOVA LINDB

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, o Decreto-Lei nº 4657/1942, foi promulgada sob a égide da Carta de 1937, que foi decretada pelo então Presidente, que se autodenominava Autoridade Suprema do Estado, conforme disposição do Art. 73:

> "O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)"

A denominação Lei de Introdução ao Código Civil já deixava clara qual era a importância do Direito Público naquele momento. Tanto a antiga LICC, quanto a Constituição então vigente foram decretados sem qualquer apreço ao sistema democrático (Marques Neto, Moreira, 2015, p. 10):

> "Essa constatação já demonstra quão pouco importante era o Direito Público e qual o papel sobranceiro reservado ao Direito Privado. Por um lado, a "Constituição" e a "Lei" foram decretadas sem qualquer apreço ao Direito Constitucional. Por outro, a Lei de Introdução era a antecâmara da sala principal de todo o Direito: o Código Civil. Ou, melhor, era a portaria: conferia a identificação das normas e decidia quem poderia entrar."

A racionalidade da LICC era típica do direito oitocentista que tratava de direitos disponíveis, relações bilaterais ou multilaterais tais como: propriedade, casamento e sociedades comerciais.

Neste sentido:

> "A sinédoque da designação antiga refletia uma época em que a lei civil (mais até que a Constituição) era o eixo vetorial do nosso sistema jurídico. Tinha lugar o Direito Civil oitocentista, pautado em um Estado Liberal, que tinha seus pilares nas figuras da família, da propriedade e da relação contratual - sob orientação do então Código Civil de Beviláqua, de 1916". (Marques Neto, 2019, p. 7)

O Código Civil de 1916, revogado, e toda a codificação da época foi extremamente inspirada pelo Código Civil Napoleônico. Um dos postulados básicos da

Revolução Francesa é a ideia de isonomia, igualdade (Igualdade, Liberdade e Fraternidade). Só que a perspectiva da igualdade da Revolução Francesa traduzia a ideia de igualdade formal, ou seja, todos eram tidos como efetivamente iguais.

Essa perspectiva de isonomia formal, que é muito difundida no direito constitucional, trouxe um reflexo significativo para o direito civil então vigente. Num ambiente em que todos eram tidos como efetivamente iguais passou a se entender que era desnecessária a intervenção do Estado nas relações particulares, porque se todos são efetivamente iguais, cada um que melhor protejam os seus respectivos interesses.

E nesse ambiente em que não se concebe a intervenção do Estado nas relações particulares interessa a quem tem capacidade econômica, porque nesse ambiente em que o Estado não interfere nas relações privadas o princípio da autonomia privada passa a ser um valor absoluto, ou seja, tudo aquilo que é fruto da vontade há de ser necessariamente observado e cumprido.

Assim, interessava à burguesia esse ideário de isonomia formal. Em pouco tempo, na experiência brasileira, inclusive, evidenciou-se que esse sistema de isonomia formal era incompatível com a realidade fática. Tinha-se o Código Civil de 1916 com característica notadamente não intervencionista e, ao mesmo tempo, uma realidade social que impunha cada vez mais a intervenção do estado nas relações privadas.

Com a incompatibilidade entre a legislação então vigente e a realidade fática, surgiu a necessidade de a legislação infraconstitucional ser interpretada em harmonia com as normas e os princípios constitucionais. Sendo, inclusive, um equívoco a afirmação de que os princípios constitucionais seriam princípios gerais de direito. Já que a Lei de Introdução sempre previu que os princípios gerais de direito têm aplicação meramente subsidiária (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”). Na ausência da regra escrita, analogia, costumes e princípios gerais de direito. Na verdade, o que se passa a entender é que toda a legislação infraconstitucional guarda necessariamente obediência aos princípios constitucionais.

A função primordial do direito civil à época era a proteção da propriedade e do contrato. Numa concepção atual, a preocupação central do legislador deixa de ser o contratante e o proprietário e passa ser a pessoa física. A pessoa humana passa a ocupar o epicentro do sistema, o ápice do ordenamento jurídico:

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
> III - a dignidade da pessoa humana; "

Fica claro que nesse ambiente em que o Estado intervém nas relações privadas, há uma mitigação da tradicional dicotomia: direito público x direito privado. No outro ambiente, era muito fácil separar o que era direito público e o que era direito privado. A divisão ainda subsiste, mas foi muito mitigada com a crescente intervenção estatal nas relações privadas.

Essa antiga racionalidade hoje em dia é insustentável, visto que o direito administrativo - tal como o direito civil - ocupa a rotina diária de todos, indistintamente, com o consumo de água, no transporte, na utilização de energia, nas telecomunicações, na saúde, etc...

O direito administrativo como ramo do direito público tem aplicação prática no cotidiano de todos os cidadãos, sendo mencionado diariamente nos noticiários através de assuntos atualíssimos, como a nomeação ou exoneração de ministros e secretários de governo, privatizações, responsabilidade por obras públicas nos bairros, tarifamento dos serviços públicos.

Floriano Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira apontam que:

> "Se é que ainda existe a summa divisio, fato é que o Direito Público ocupa o nosso cotidiano (água, energia, transportes, telecomunicações, portos, aeroportos, ferrovias, ensino, saúde.) – seja por meio de contratos públicos de longo prazo, seja mediante da regulação normativa. O Direito Privado existe e é relevante, mas as crenças deixaram de ser monoteístas.
>
> De mais a mais, o Direito Público – Constitucional, Administrativo, Econômico, Ambiental – hoje é essencialmente dinâmico (ritmo intenso), mutável (transforma-se em vista dos desafios); espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), plurissubjetivo (relações multilaterais, coletivas e difusas) e diacrônico (as futuras gerações). Nesse cenário, assumem forte relevância a segurança e a eficiência". (2015, p. 11)

A Lei de Introdução foi renomeada pela Lei nº 12.376 de 30 de dezembro de 2010, deixando mais claro seu âmbito mais abrangente de aplicação, passando a se chamar Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Evidenciou a sua aplicação para todos os ramos do direito.

É uma norma de sobredireito, ou melhor, é uma norma que tem a função de regulamentar outras normas. Outro exemplo de norma de sobredireito é a Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998, que "dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal".

O Direito Público segue se transformando ante as adversidades que se impõe, e também segue se desenvolvendo com os olhos postos nas futuras gerações. O ordenamento necessitava de normas próprias de interpretação e aplicação desse ramo do direito.

Em um contexto de um ativismo judicial crescente e não deferente às decisões administrativas, em que a subjetividade das decisões não para de ganhar fôlego, tanto a segurança jurídica, quanto a eficiência assumem papel fundamental, pois a aplicação do Direito precisa levar em consideração o futuro, razão pela qual veio em boa hora a inserção dos artigos 20 a 30 no Decreto-Lei 4657/1942, por meio da Lei 13.655/2018, visando sanar essa lacuna normativa tentando trazer maior segurança jurídica para o sistema.

Assim explicam Marques Neto e Moreira:

> "Ao invés de perseguir um positivismo fechado e fora do tempo, a iniciativa propõe a inclusão de uma série de artigos à Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro, voltadas a balizar a interpretação e a aplicação do direito público. Sem tolher a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais ou de controle, o projeto coloca parâmetros de estabilidade e previsibilidade às relações com a Administração Pública". (2015, p. 11)

A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, visa concretizar a segurança com uma visão prospectiva de sustentabilidade jurídica. Também pretendeu empreender uma maior valorização das escolhas administrativas, pois é consabido que um ato administrativo não é estanque, há um antes e um depois e com isso também trouxe um reforço dos deveres de justificativa das decisões.

Sundfeld e Marques Neto (2015, p. 7-8), explicando o que se pretendeu incluir na Lei de Introdução ressaltaram que:

> "São normas gerais sobre criação, interpretação e aplicação do direito público. Essas normas devem ser nacionais, valendo para autoridades federais, estaduais, distritais e municipais de quaisquer Poderes e órgãos. Por essas duas razões, o diploma legal adequado para sua veiculação é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil). Trata-se da lei surgida há várias décadas para criar normas gerais dessa espécie no campo do direito privado, e que agora tem de ser ampliada, em função da evolução jurídica, para abranger também o direito público, nela ainda não tratado adequadamente".

Pretenderam adotar "soluções mais sofisticadas" já que reformas pontuais não conseguiram fazer a diferença. (Sundfeld; Marques Neto, 2015, p. 8)

Para Binenbojm "a Nova LINDB passou a contemplar preocupações da Academia e dos operadores de Direito Público com o adequado equacionamento de problemas concretos da Administração Pública, mediante análises contextuais empíricas, desvinculadas de idealizações irrealistas. Ademais, outro traço característico da nova legislação é a abertura da metodologia jurídica de interpretação e aplicação dos textos normativos para as consequências concretas de cada decisão". (2020, p.1)

São apontados como fundamento para a elaboração da lei os estudos e pesquisas empíricas desenvolvidas na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, na FGV Direito SP e na Faculdade de Direito da USP. (Bonacorsi de Palma, 2019, p. 1):

> "Na pesquisa "Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF", DANIEL WANG demonstra empiricamente a superficialidade argumentativa em decisões judiciais envolvendo direitos sociais, pois os julgadores praticamente não se atentam à escassez de recursos e aos custos do direito. A falta de diretrizes sobre o cabimento do controle judicial das decisões do CADE foi constatada empiricamente na pesquisa coletiva "Revisão Judicial das Decisões do CADE". O problema de o controlador assumir a competência administrativa e de fato a exercer, sem esboçar grandes preocupações com as

> consequências de seus atos, foi bem endereçado por EDUARDO JORDÃO, em estudo sobre a dinâmica de intervenção do TCU demonstram empiricamente como as decisões do TCU sobre a validade do regime licitatório próprio da Petrobrás decorre antes de predileções jurídicas que de hermenêutica jurídica, dada a preferência do Tribunal pelo regime da Lei 8.666/93 a despeito de o STF sucessivamente ter afirmado a constitucionalidade de a Petrobras dispor de regras específicas para contratar."

Leal (2016) faz o seguinte diagnóstico:

> "A intenção do projeto é, sem dúvida, nobre. Se é correto o diagnóstico feito pelo próprio Carlos Ari Sundfeld de que vivemos hoje em um "ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão", a necessidade de fundamentar decisões é urgente. Sem mecanismos para domesticar essas incertezas, sobra subjetividade. Com isso, o processo decisório nas esferas judicial, controladora e administrativa torna-se instável e imprevisível".

Os novos artigos inseridos na LINDB normalmente estão associados à promoção da segurança jurídica, no entanto, o objetivo foi mais amplo, o de contribuir para aprimorar a gestão pública nacional (Jordão, 2018, p. 65). Para sair do encurralamento paralisante. (Gaetani, 2018)

5.1 ART. 20

Carlos Ari Sundfeld sustenta que se vive "hoje um ambiente de 'geleia geral' no direito público brasileiro, em que os princípios vagos podem justificar qualquer decisão". (2012, p. 60)

Como já anteriormente afirmado, a aprovação da nova LINDB "é um esforço para o incremento da segurança jurídica" (Marques Neto, 2019, p. 19). E Didier Júnior e Oliveira lembram que uma das faces da segurança jurídica está na cognoscibilidade do direito, só servindo de mecanismo de orientação se o destinatário consegue compreendê-lo, devendo o direito ser inteligível por meio da clareza de suas fontes. (2019, p. 117)

A razão do Art. 20 é a de obstar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir. (Marques Neto, 2019, p. 22)

Com o Art. 20 que prevê que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” o legislador intervém determinando que o censor ou o aplicador da lei levem em consideração os resultados das decisões.

Por outro lado, no parágrafo único do mesmo artigo, a LINDB faz tornar pública as razões das escolhas públicas e com isso proporciona um maior controle quando determina que “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”.

Sundfeld e Salama reportaram o seguinte:

> “O projeto de lei sugere um art. 20 para a LICC. Ele trataria das decisões judiciais, administrativas e controladoras (dos Tribunais de Contas, hoje ativos e interventivos) que se baseiem em “valores jurídicos abstratos” (que podem ser entendidos como princípios). É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa – não só nas omissões legais, mas em qualquer caso – o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos. Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre “as consequências práticas da decisão” e considerar as “possíveis alternativas” (art. 20, caput e § único)”. (2015, p. 14)

De acordo com os juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto o dispositivo veda:

> “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em

> dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais". (2017, p.4)

E o §1º do Art. 3º do Decreto nº 9.830/2019 define que os valores jurídicos abstratos são aqueles com alto grau de indeterminação e abstração:

> "Art. 3º (...)
>
> § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração."

Os valores jurídicos abstratos estão espalhados por toda a Constituição, geralmente reconhecidos como princípios, com grau de abstração bastante acentuado.

Na era positivista, por conta desse alto grau de abstração, os princípios não eram considerados como normas jurídicas. Atualmente, é reconhecida a normatividade primária dos princípios constitucionais.

Em tempos de pós-positivismo "os princípios são considerados normas jurídicas, ao lado das regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado." (Oliveira, 2021, p. 19)

Num movimento pendular, de insindicabilidade do mérito das decisões administrativas, justamente por conta da presença da Administração Pública em um dos lados das demandas, passa-se a entender que o controle das decisões administrativas podem ser feitos sem critérios objetivos, eminentemente por conta da presença do mesmo sujeito de um dos lado da relação jurídica.

Mais recentemente, o STF, com fundamento na força normativo desses princípios, avançou na sua jurisprudência e impôs à Administração Pública uma gama enorme de atribuições, antes decididas em arenas políticas. Como, por exemplo, a condenação dos Municípios a conceder vaga em creche para crianças com idade inferior a 05 anos (STF. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016); a condenação dos Municípios a manter estoque mínimo de medicamento para doença grave (STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min.Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014); manter acessibilidade em prédio público (STF. 1ª Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em29/10/2013), dentre outros...

As decisões citadas foram julgadas com base em valores jurídicos abstratos, assim, o que se pretendeu com a inclusão do artigo ora em comento foi de determinar ao julgador que leve em consideração as consequências práticas de sua decisão, acarretando reflexos imediatos no ativismo judicial.

O Decreto que regulamenta a LINDB, no parágrafo 2º do Art. 3º, estabelece que o decisor aponte aquelas consequências práticas que consiga vislumbrar no momento de decidir, sem que com isso esgote todas as possibilidades.

Outro ponto debatido sobre esse artigo, que no entanto, não é o foco do presente trabalho, é uma possível contradição em termos da novel expressão "consequências práticas da decisão", tendo em vista que por se tratar de termo amplo e aberto a dificultar alcance e compreensão de sua finalidade vai de encontro as alterações na lei tentaram reduzir ao máximo a vagueza semântica dos vocábulos legais.

As recentes introduções na LINDB trouxeram algumas expressões com grande teor de abstração: "interesses gerais da época"; "obstáculos e dificuldades reais do gestor"; "de modo proporcional e equânime"; entre outras.

Não obstante, ao que tudo indica, a intenção do legislador foi de fazer observar as consequências econômicas das decisões. Na tendência da análise econômica do direito:

> "De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas". (OLIVEIRA, 2021, p. 38)

O parágrafo único do Art. 20 da LINDB trouxe a indispensabilidade de motivação, demonstrando necessidade e adequação. As decisões proferidas por pelo judiciário, administradores e controladores deverão ser motivadas, nestes termos:

> "Art. 20. (...)
>
> 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".

Ou seja, quando forem impor alguma medida ou invalidar ato, contrato, ajuste processo ou norma administrativa deverão demonstrar a adequação e a necessidade, explicando as razões daquela escolha e não de outras concebíveis.

O Decreto regulamentador nas decisões sobre invalidação trouxe como critérios a serem observados a proporcionalidade e a razoabilidade. Há nítida aproximação, no entanto, ao princípio da proporcionalidade que se divide nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim dispõe:

> "Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.
> § 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.
> § 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.
> § 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.
> § 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:
> I - restringir os efeitos da declaração; ou
> II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.
> § 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso."

No entender de Motta e Nohara (2019, p. 45.) "andou bem o decreto tecnicamente em chamar a razoabilidade e a proporcionalidade de critérios e não de princípios".

O Art. 3, §3º do Decreto, que trata da motivação nas decisões baseadas em valores jurídicos abstratos é expresso ao citar "os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade":

> "Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.
> (...)
> § 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade".

Portanto, pela redação da nova LINDB e do decreto que a regulamentou, a motivação seria a elucidação das razões de fato que abrangem a situação e a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos:

> "Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos."

A motivação das decisões deverá conter os seus fundamentos e apresentará justificativa que mostre a conformidade entre as normas alegadas e os fatos que a embasaram:

> "Art. 2º (...)
>
> § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa".

O Decreto também determina a indicação das normas, da interpretação jurídica, da jurisprudência ou da doutrina que embasaram a decisão:

> "Art. 2º (...)
>
> § 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram".

Também é possível que a motivação da decisão esteja fundamentada de forma simplificada, ou seja, apenas conste declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão:

> "Art. 2º (...)
> § 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância como conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão".

A Lei nº 9.784/1999, já trazia disposição parecida no Art. 50, §1º, que dispõe que "a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato".

O STF já admite há algum tempo a validade da motivação *per relationem* nas decisões judiciais. E que essa forma de fundamentação atende ao disposto no Art. 93, IX, da Constituição de 1988, que traz o dever de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade, como se vê no seguinte julgado:

> "Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. ALEGADA NULIDADE DECORRENTE DE IMPROPRIEDADE NO USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência deste SUPREMO TRIBUNAL já se consolidou no sentido da validade da motivação per relationem nas decisões judiciais, inclusive quando se tratar de remissão a parecer ministerial constante dos autos (cf. HC 150.872-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 10/6/2019; ARE 1.082.664-ED-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 6/11/2018; HC 130.860-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira DJe de 27/10/2017; HC 99.827-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 25/5/2011). 2. Recurso Ordinário a que se nega provimento. (RHC 113308, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 01-06-2021 PUBLIC 02-06-2021)"

Feitos alguns esclarecimentos práticos de aplicação do artigo, passa-se agora a apontar a sua relação com a deferência judicial para com as escolhas administrativas.

E isso faz sentido, porque pensando do ponto de vista do sistema constitucional, a Constituição de 1988 emancipou a Administração no sentido de que o seu agir se justifica desde que ele esteja alinhado com as finalidades impostas pela Constituição. Se a ação estatal está finalisticamente orientada, ela tem que dizer o que irá ser feito, bem como qual o resultado pretendido.

É importante ressaltar que eficiência se alcança com planejamento. E quem já teve o mínimo contato com a Administração Pública por dentro sabe que esse planejamento não acontece da maneira desejada.

O Art. 20 é um importante instrumento de indução para uma rota de ação planejada pela Administração. Mecanismos de coerção nós temos muitos, mas isso não tem sido suficiente para trazer eficiência.

Então, do ponto de vista do controle, a ação estatal antecedida do devido planejamento merece uma deferência do órgão controlador. É importante que o controlador – seja ele qual for – conheça o planejamento estatal, para somente após exercer o controle justificadamente.

A AJUFE – Associação de Juízes Federais do Brasil – no II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação, em Campinas, debatendo acerca da intervenção judicial sobre políticas regulatórias elaborou o enunciado nº 11 que vai ao encontro do que ora se afirma:

> "O Poder Judiciário deve primar pelo controle de juridicidade empiricamente informado, incentivando as partes e terceiros interessados a apresentarem dados técnicos e científicos que subsidiem a verificação lógica entre as premissas, as metodologias e as conclusões que embasam os atos regulatórios". (Fonacre)

A observância do processo administrativo é um bom critério de validade da escolha administrativa. O devido processo legal não pode ser considerado apenas como processo judicial.

Conforme aponta Silveira:

> "O processo administrativo, portanto, é o instrumento de preparação e formação de uma decisão administrativa (o modo de produção dos atos da administração

> pública), inclusive para solução de controvérsia em seu âmbito, e que caracteriza requisito de validade (formalidade essencial) com idêntica importância aos processos legislativo e judicial na execução da função administrativa". (2017, p. 119)

O que se propõe é uma mudança de perspectiva na interação entre os poderes, justamente no sentido de torna-los independentes e harmônicos entre si.Virgílio Afonso da Silva já apontava para esse caminho em artigo que trata da relação entre o judiciário e as políticas públicas quando afirmou:

> "Se isso está correto, e se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia etc, de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político. Mas não é possível ignorar que as demandas individuais continuarão a existir e que os juízes continuarão a ter que decidir sobre elas. Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for". (2008, p. 597-598)

É apontado que apenas importar a Doutrina Chevron, sem atenção para as condições específicas brasileiras é absolutamente sem sentido. Isso porque há que se considerar as fragilidades estruturais administrativas nacionais e as medidas para aprimorá-las. Sem o fortalecimento institucional da administração pública, o uso de orientação jurisprudencial tal qual se configurou em Chevron, não seria grande avanço, mesmo se considerar o atual estágio de insegurança jurídica. (Silveira, 2017, p. 137)

A redução das fragilidades institucionais dos órgãos e entidades da administração pública é essencial para se pensar na aplicação de um pensamento semelhante à Doutrina Chevron no Brasil. (Silveira, 2017, p. 142)

Os modelos de deferência estrangeiros gravitam em torno de argumentos relacionados às capacidades institucionais, uma administração baseada na dialética entre a Administração Pública e os agentes de controle. (Valle, 2020, b, p. 117/118)

Na esfera pública, o agir deve se dar a partir de uma construção racional, considerando os elementos disponíveis no momento de decidir. Será na instrução do processo que formará a escolha pública, que se verificará se a expertise técnica a justificar essa aproximação deferente foi aplicada em concreto. (Valle, a, 2020, p. 64)

5.2 ART. 22

O Art. 22 da Nova LINDB positivou novos contornos que evidenciam a necessidade de que as decisões sobre o controle dos atos públicos se pautem não só pelas normas e princípios do nosso ordenamento que seriam aplicáveis ao caso concreto, mas que os controladores levem em consideração a realidade concreta em que aquela decisão foi tomada.

> "Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
> § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente".

O objetivo é de obstruir interpretações jurídicas e decisões descontextualizadas, que punem os gestores injustamente, por não levar em consideração qual era a realidade no momento da tomada de decisão.

O Enunciado nº 11 do Encontro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo IBDA realizado em Tiradentes 2019 elucidou que:

> "Na expressão "dificuldades reais" constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos

> agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor."

Alguns juristas que ajudaram a elaborar o Projeto de Lei que deu origem às alterações da LINDB no documento intitulado "Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017", consideraram o seguinte sobre o artigo em tela:

> "A premissa é a de que as decisões na gestão pública não são tomadas em um mundo abstrato de sonhos, mas de forma concreta, para resolver problemas e necessidades reais. Mais do que isso, a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas."

O foco está em chamar a atenção do controlador para que observe o contexto da decisão administrativa tomada.

Esse artigo que traz interpretação sobre as normas de gestão pública trazendo o primado da realidade (Jordão, 2018, p. 70). A nova LINDB é realista e demanda posturas realistas, limitando os efeitos da indeterminação jurídica, ressaltando a necessidade de decisões publicas levarem em consideração o contexto em que foram tomadas.

Valle comentando o Projeto de Lei nº 7448/2017 apontou o seguinte:

> "O comando normativo como proposto tem por efeito imediato, a meu sentir, realinhar todos os atores envolvidos – Administração e agentes de controle de qualquer matiz – num mesmo cenário de consideração. Estende-se à racionalidade a ser desenvolvida pelo controlador na interpretação da norma sobre gestão pública, o imperativo de considerar os mesmos elementos de constrição que se tem no cenário de decisão da Administração Pública. Isso não é reduzir o controle, mas sim aproxima-lo da realidade que determinou a ação pública desenhada pela interpretação das normas de regência. A aproximação controladora passa a dar a partir de uma interpretação que não veja no bloqueio à ação pública o resultado

> via preferencial. Com essa opção legislativa, o controle passa a ter seu olhar direcionado particularmente ao juízo de ponderação que esse mesmo administrador empreende no quadro de dificuldades em que se vê. ” (s.d., s.p.)

Não há que se falar em transferência das obrigações do gestor para o controlador, o que requer o artigo é que o controlador se imagine na situação do gestor, para compreender as circunstancias que limitaram as escolhas e possibilidades. (Jordão, 2018, p. 71/72)

Cabe trazer a crítica feita por Nohara, comentando sobre o projeto de lei ainda, quanto as possíveis decorrências de aplicação do dispositivo:

> “Os elaboradores do texto normativo chamam essa exigência de primado da realidade. Todavia, podem existir vários olhares sobre essa previsão, por exemplo: (a) desnecessária, pois já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão, que não pode se estabelecer sem que se considere a realidade; (b) ineficaz, porque podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas, portanto, sobre quais seriam os obstáculos e dificuldades; e, por fim, (c) perigosa: se for utilizada como uma brecha capciosa para se alegar que, por exemplo, como a realidade não nos permitiu cumprir adequadamente as exigências legais, então, podemos nos eximir de garantir direitos…” (2016, s.p.)

E assenta que:

> “Aqui é interessante que essa determinação normativa não seja utilizada, portanto, como um pretexto para o argumento no sentido de que a realidade vence o direito… ou seja, que se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito penosas, vamos questionar tal requisito, ou pior, negociar o seu cumprimento por um regime de transição, conforme será visto na sequência…”(2016, s.p.)

Entretanto, Jordão aponta que a melhor interpretação seria a de que se trata de um estímulo a responsabilidade, e que é dever do gestor apontar na motivação os “obstáculos e dificuldades reais”, apresentando o contexto, na mesma linha do que dispôs o Art. 20, parágrafo único da LINDB. (2018, p. 72)

O mesmo autor afirma que a natureza das dificuldades e obstáculos são materiais, temporais, orçamentários e de pessoal. E que essa contextualização visa dar conta das diferenças de realidade existentes nas esferas da federação. E complementa ressaltando que as "normas nacionais parecem pressupor que os diferentes níveis da administração pública, em diferentes localizações geográficas, teriam as mesmas condições para implantação do direito. Mas a verdade é que as condições orçamentárias, materiais e de pessoal variam grandemente dentro do país". (2018, p. 76)

O número de gestores bem intencionados também é um dos focos dessas recentes alterações, nesse sentido Bonacorsi de Palma esclarece que:

> "A nova LINDB foi construída tendo em vista o gestor público honesto. Trata-se de um ponto de partida diametralmente oposto das leis de controle — em grande medida, o rigor dos textos se justifica pelo fato de terem sido escritos com o agente ímprobo em mente. A lei precisa recompensar os comportamentos de honestidade como medida de incentivo para que se mantenha o padrão ético na gestão pública. Esta lei é um primeiro passo nesse sentido ao fazer a necessária dissociação entre gestores públicos honestos e desonestos; para estes, toda a sistemática de controle se verifica integralmente para que seja pessoalmente responsabilizado. Basicamente, a tutela do gestor público honesto está sedimentada em duas frentes: (i) depositar confiança na pessoa do gestor — por essa razão ele não será pessoalmente responsabilizado, mas sua ação poderá ser corrigida (recompensa) e (ii) conferir segurança para que ele efetivamente decida do melhor modo possível na sua avaliação técnica, podendo inovar na gestão pública e mesmo contrariar os entendimentos controladores, desde que fundamentadamente. " (2020, p. 236)

Em relação ao parágrafo 1º, a expressão *agente* a que se refere, se trata de uma expressão genérica para tratar indistintamente gestores públicos e administrados. Assim exige que nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato ou ajuste, processo ou norma administrativa, deverão ser consideradas as circunstancias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações dos gestores públicos e dos administrados. (Jordão, 2018, p. 75)

Já o parágrafo 2º do artigo traz alguns parâmetros a serem levados em consideração para a aplicação de sanções, como qual a natureza e a gravidade da infração; eventuais danos causados; circunstancias agravantes, atenuantes e os antecedentes do agente. Dispõe o seguinte:

> "Art. 22. (...)
>
> § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente".

Retomando a já citada semelhança do artigo hora analisado com a Doutrina Chevron, aduz-se que se trata do fundamento normativo *específico* para a adoção da deferência às interpretações razoáveis no direito pátrio. Não que fosse imprescindível positiva-lo ou que houvesse qualquer vedação anterior. Mas é provável que essa previsão específica encoraje ainda mais os controladores a atuarem nesse sentido. (Jordão, 2018, p. 78).

Niebuhr, Oliveira e Medeiros (2020, p. 84 e 85) destacam que do ponto de vista normativo é possível sustentar a existência de um princípio da deferência à Administração Pública sem a necessidade de mimetizar a doutrina estadunidense e que a LINDB propôs uma deferência orientada por parâmetros brasileiros, ainda que inspirada nos enunciados da doutrina Chevron.

O Art. 13 do Decreto Federal nº 9830/2019, que regulamentou a LINDB, trouxe alguns limites do controle judicial sobre a regularidade da decisão administrativa:

> "Art. 13. 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".

Parece captar a essência das capacidades institucionais enfatizando o papel do gestor no direcionamento de políticas públicas, tentando evitar juízo valorativo dessa natureza pelo Judiciário. Realça a prerrogativa do gestor sobre políticas públicas, diante

de sua expertise e legitimidade democrática, sem a pretensão de enfraquecer o controle judicial de legalidade. Separando o que é controle do que é gestão pública. (Niebuhr, Oliveira e Medeiros, 2020, p. 87)

É importante considerar que em artigo publicado antes das alterações da LINDB, Silveira (2017, p. 111) afirma que se fosse promulgada uma lei que determinasse a regra de deferência do Poder Judiciário ao entendimento proferido pela administração pública em determinados casos, essa lei seria declarada inconstitucional por violação ao princípio do livre convencimento motivado do juiz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões seguem dispostas na ordem dos capítulos sucedidas por uma conclusão geral.

No primeiro capítulo foram apresentadas o que se entendeu como sendo as origens dos problemas que levaram a um intenso controle judicial sobre as decisões administrativas. Especialmente, a compreensão estática da separação de poderes, o ativismo judicial e o neoconstitucionalismo.

A complexidade atual do estado moderno não possibilita mais que o sistema da separação de poderes seja aquele de outrora de três seções estagnadas e incomunicáveis, onde os três poderes exercem apenas as funções nominais. É possível o exercício de funções atípicas, sem que isso implique em um enfraquecimento do princípio constitucional. No entanto, é de suma importância que essas funções atípicas estejam previstas no ordenamento e não embaracem as atividades típicas dos outros poderes.

No que se refere ao ativismo judicial não se nega a imprescindibilidade do controle judicial sobre as decisões administrativas, principalmente. E a atuação para a correção de ilegalidades ou inconstitucionalidades. Entretanto, o problema reside quando há um excesso de atividade judicial sobre as atividades típicas dos outros poderes, passando a ditar como devem agir.

O neoconstitucionalismo efetuou uma profunda transformação no direito – também no direito administrativo – em razão da irradiação dos valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, fazendo com que houvesse a superação da legalidade em sentido estrito (princípio da legalidade) passando-se a fazer uma análise de juridicidade, ampliando a análise da legalidade simples para a observância ao direito e a seus princípios constitucionais principalmente.

Após verifica-se um estreitamento das atribuições discricionárias dos administradores públicos, seguida da ampliação do controle judicial orientada pela

disseminação dos valores promovidos pela Constituição de 1988. Caracterizando um excesso de controle, ao ponto de causar receio na atuação do gestor bem-intencionado e retraindo as possibilidades de inovação na administração.

Nesse contexto surge a deferência caracterizada como uma recomendação de uma postura de autocontenção por parte do judiciário ao revisar atos administrativos razoáveis, mesmo quando o controlador discorde da interpretação dada pelo gestor, mormente quando acompanhada de processo administrativo adequado e analisada por equipe administrativa habilitada para o ato.

Os órgãos especializados e técnicos tem muito mais condições de atingir os objetivos para os quais foram criados(capacidades institucionais), diferentemente dos órgãos jurisdicionais que na maioria das vezes não tem expertise nos assuntos levados a julgamento.

Atualmente, não é possível afirmar até onde vai a competência jurisdicional, sendo necessário que se reconheça dentro do próprio poder a necessidade de autocontenção. Também é necessário que se reconheça a existência de uma reserva de administração, em atenção ao princípio democrático.

A Doutrina Chevron surge exatamente nesse contexto, tendo bastante relevo na literatura estrangeira, edificada no celebre julgamento pela Suprema Corte norte-americana *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984*). Nesse julgamento se estabeleceu um teste com duas fases de julgamento (legalidade e razoabilidade) em que o judiciário deverá prestar deferência às decisões governamentais caso a interpretação legal seja aprovada no mencionado teste.

Em um cenário de crescente ativismo judicial que não presta deferência ás decisões administrativas, demonstrada empiricamente por vários estudos, autores e instituições, o princípio da eficiência e da segurança jurídica sobressaem, surgindo em bom momento a inserção dos Art. 20 a 30, por meio da Lei nº 13.655/2018, na LINDB, com o objetivo de trazer segurança jurídica para o sistema.

Diante da interminável disputa sobre a sindicabilidade do mérito administrativo o Art. 20 da LINDB trouxe critérios para que a Administração Pública demonstre que suas escolhas públicas são adequadas para atingir determinada finalidade administrativa. Com a exposição clara nos processos administrativos de quais são as escolhas do gestor é possível uma aproximação deferente por parte do judiciário. Observar o processo

administrativo como critério de validade da decisão administrativa passa a ser um dos critérios para uma decisão mais deferente ou não por parte dos órgãos de controle, a depender da instrumentalização e fundamentações lá contidas.

Há que se conceber que processo não pode ser considerado como válido somente o judicial. O processo administrativo também tem sistematização e principiologia. Por vezes, o judiciário acaba refazendo todo o procedimento administrativo em âmbito judicial, por ausência de credibilidade, levando a uma ineficiência de todo o sistema.

A doutrina Chevron não resolve todos os problemas da realidade brasileira. E nem foi a intenção de transplantar a doutrina estrangeira para o direito brasileiro. No entanto, ela aponta caminhos mais objetivos de deferência às decisões administrativas. E o Art. 22 da LINDB tem clara inspiração no modelo norte americano, podendo auxiliar a diminuição da usurpação de competência, respeitando mais a separação de poderes, a democracia, assegurando que o Poder Executivo exerça suas atribuições típicas em harmonia com os outros poderes.

Ressalte-se que ampliar a legalidade e o controle dos atos administrativos são atitudes salutares, ainda mais se considerarmos que o Brasil tem um histórico muito negativo de arbitrariedades na condução da gestão pública, além dos inúmeros casos de corrupção. Entretanto, se antigamente o controle não era suficiente, atualmente o controle exacerbado indica claramente o colapso da segurança jurídica.

Nesse sentido, é que se buscou no presente estudo ressaltar o cenário atual e refletir se alguma medida poderia contrabalancear a situação, trazendo um ponto intermediário entre o controle judicial e a importância das decisões administrativas, trazendo como fundamento a doutrina Chevron, além de observar de perto as alterações introduzidas na LINDB, visando sanar a acentuada crise de insegurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

Ackerman, B. (2009). *A nova separação dos poderes.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. Tradução da obra "The New Separation of Powers", publicada originalmente em inglês pela Harvard Law Review, no volume 113, número 03, em janeiro de 2000.

Aragão, A. S. A. (2010). Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, 35 (abril). Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/alexandre_aragao.html. Acesso em: 18/08/2021.

Arguelhes, D. W. (2009). O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, FGV, 250, 3. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4107/2867. Acesso em: 07/09/2021.

Atienza, M. (2016). *As razões do direito:* teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. (2ª ed.) Rio de Janeiro: Fonte Universitária.

Barcellos, A, P. (2008). Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político–social e o controle jurídico no espaço democrático. In Sarlet, Ingo Wolfgang, & Timm, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais:* orçamento e "reserva do possível (111-147). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Barroso, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 240, 1-42, Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 13/10/2021

Barroso, L. R. (2009). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza*, 5 (8), jan./dez, 11-22.

Barroso, L. R. (2018). *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum.

Binenbojm, G. (2006). *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro, Renovar.

Binenbojm, G. (2007). Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In Sarmento, D. (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Binenbojm, G. (2020). Prefácio. In Maffini, R., & Ramos, R. (coord.) *Nova LINDB:* consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público- Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Bonacorsi de Palma, J. (2019). A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wpcontent/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-daseguran%C3%A7ajur%C3%ADdica.pdf

Bonacorsi de Palma, J. (2020). Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). *Revista De Direito Administrativo*. https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82012

Barbosa, R. (1910). O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional. (v.I e v.II). Rio de Janeiro: Typologia do Jornal do Commercio, 1910.

Bonavides, P. (2001). *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros.

Branco, P. G. G. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In De Paula, D. G., Fellet, A. L. F., &Novelino, M. (orgs.) (2011). As novas faces do ativismo judicial. Salvador, JusPodivm.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 66 de 13/05/2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318. Acesso em: 22/06/2021

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, de 18 de junho de 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf. Acesso em: 22/06/2021

Brasil. Decreto nº 9.830/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 10/06/2021

Campos, C. A. A. (2012). Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf. Acesso em: 24 de julho de 2021.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira (2019). As alterações na LINDB e o controle da Administração Pública. Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/582k1t95/W5W3c9g44eEHLhrk.pdf

Didier Júnior, F., & Oliveira, R. A. (2019). Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista do ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 73, jul./set.

Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/efici%C3%AAncia/. Acesso em: 28/09/2021.

Dworkin, R. (2002). *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

Fagundes, M. S. (1979). O *controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. (5ª Ed). Belo Horizonte, Rio de Janeiro: Forense.

Filho, J. S. C. (2005). *Manual de Direito Administrativo*. (12ª ed.), Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação. Enunciados do FONACRE – Fórum Nacional da Concorrência e Regulação. Disponível em: https://www.ajufe.org.br/images/compilados/enunciados/FONACRE_enunciados.pdf. Acesso em: 01/11/2021.

Gaetani, F. (2018). O mundo jurídico virou a principal fonte de insegurança jurídica. Valor Econômico. Disponível em: https://valor.globo.com/opiniao/coluna/a-governabilidade-da-administracao-em-jogo.ghtml. Acesso em: 31/07/2021.

Guimarães, F. (s.d.). O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalhaguimaraes/odireito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em 02/08/2021.

Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Enunciados. Disponível em: https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb. Acesso em: 30/08/2021

Jordão, E. (2016). *Controle judicial de uma administração pública complexa:* a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo. Ed. Malheiros.

Jordão, E. (2018). Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro.

Leal, F. (2016). Considerar as consequências das decisões resolve? Uma análise crítica do PL 349/15. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915 Acesso em 10/11/2021.

Legrand, P. (2014). A Impossibilidade de "Transplantes Jurídicos*". Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, 9(1), jan/jul,

11-39. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49746/31244. Acesso em: 20/09/2021.

Marques Neto, F. A. (2019). *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte. Fórum.

Marques Neto, F. A., & Moreira, E. B. (2015). Uma lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática.* Coordenação: Flávio Henrique Unes Pereira. Brasília: Senador Federal. Disponível em: http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf. Acesso em: 29/07/21.

Medeiros, I. K. (2020). Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis.

Meirelles, H. L. (1992). *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros.

Mello, C. A. B. (2015). *Curso de Direito Administrativo*. (32ª ed.). São Paulo: Malheiros.

Messite, P. J. (2015). O direito administrativo nos Estados Unidos. Disponível em https://editorajc.com.br/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/. Acesso em 15/10/2021

Montesquieu, C. S. (1996). O espírito das leis, tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes.

Moraes, A. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. *Revista De Direito Administrativo*, 243, 13–28. https://doi.org/10.12660/rda.v243.2006.42538

Moreira, E. B. (2016). Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia . Acesso em 28/09/2021.

Moreira Neto, D. F. (2014). Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. (16ª ed. rev. e atual). Rio de Janeiro: Forense.

Morgado, C. (2011). A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (66), 80.

Motta, F. & Nohara, I. (2019). *LINDB no Direito Público:* Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Niebuhr, P. M., Oliveira, C. L. de, & Medeiros, I. K. (2020). Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In Nova LINDB - Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Nohara, I. (2019). Controle da Administração Pública. Disponível em: https://direitoadm.com.br/controle-da-administracao-publica/. Acesso em: 13/09/2021.

Nohara, I. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). Disponível em: https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/. Acesso em: 13/09/2021.

Oliveira, R. R. (2012). Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, 39, out./dez. Disponível em: http://www.professorrafaeloliveira.com.br/Backoffice/noticias/pdf/Ativismo%20judicial,%20pragmatismo%20e%20capacidades%20institucionais.pdf. Acesso em: 29/09/2021.

Oliveira, R. C. R. (2021). *Curso de Direito Administrativo*. (2ª ed.), São Paulo: Método.

Piçarra, N. (1990). *A reserva de administração.* O Direito, primeira parte, 1, jan./mar, 335.

Ramos, E. S. (2010). *Ativismo judicial.* São Paulo: Saraiva.

Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf. Acesso em: 16/07/2021.

Sarmento, D. (2009) O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, 3(9), jan.

Scalia, A. G. (1989). Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. *Duke Law Journal, Durham*.

Silva, V. A. (2008). O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In Souza Neto C. P. & Sarmento, D. *Direitos sociais:* fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Silveira, A. B. (2017). Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. Revista De Direito Administrativo, 276, 109–146. https://doi.org/10.12660/rda.v276.2017.72994. Acesso em: 07/09/2021.

Souza Neto, C. P. (2017). *Direito constitucional:* teoria, história e métodos de trabalho. (2ª ed.) Belo Horizonte: Fórum.

STF. Mandado de Segurança N. 1.006 - Minas Gerais, Apenso ao Diário da Justiça de 02/06/1951 p. 1347. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629741.

STF. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016.

STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min.Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014.

STF. 1ª Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013.

Sundfeld, C. A. (2012). *Direito Administrativo Para Céticos*. (1ª ed). São Paulo: Direito GV/ Malheiros.

Sundfeld, C. A., & Marques Neto, F. A. (2015). Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro In Segurança Jurídica e Qualidade Das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática. Coordenação: Flávio Henrique Unes Pereira. Brasília: Senador Federal, 2015. Disponível em: http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf. Acesso em: 29/07/21.

Sundfeld, C. A., Salama, B. M. (2015). Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: Segurança Jurídica e Qualidade Das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática. Coordenação: Flávio Henrique Unes Pereira. Brasília: Senador Federal. Disponível em: http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf. Acesso em: 29/07/21.

Sunstein, C. R. (1990). *Law and administration after Chevron,* New York, 90.

Sunstein, C. R. (2018). *Chevron without Chevron.* Supreme Court Review.

Sunstein, C. R. (2005). Chevron Step Zero. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper. 91. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 12/10/2021.

Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 468 US 837 (1984). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837. Acesso em: 18/06/2021.

Tocqueville, A. (1998). *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2804534/mod_resource/content/0/tocqueville_a-democracia-na-america-vol-1.pdf. Acesso em:

Valle, V. R. L. (s.d.). O PL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade. Disponível em:

https://www.academia.edu/36482470/O_PL_7448_17_E_O_RESGATE_DA_ESS%C3%8ANCIA_DA_JURICIDADE. Acesso em: 21/11/2021.

Valle, V. R. L. (2018). Direito e as políticas públicas: escolhas administrativas à luz da Lei 13.655/18. Palestra proferida no âmbito do Programa Quartas Acadêmicas promovido pela Universidade Cândido Mendes. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=wAOzLDB_Z6U&t=19s. Acesso em: 15/01/2021.

Valle, V. R. L. (2020, a). Escolhas administrativas processualmente adequadas e deferência judicial. In Nova LINDB - Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Valle, V. R. L. (2020, b). Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. Rev. direitos fundam. democ., v. 25, n. 1 p. 110-132, jan./abr. 2020. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577

Vermeule, A. (2016). Law's abnegation: from law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press.

AMBRA
UNIVERSITY