

**DANILO GUERREIRO DE MORAES**

**PARÂMETROS PARA O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Pagani de Souza

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo — SP**

**2022**



**DANILO GUERREIRO DE MORAES**

**PARÂMETROS PARA O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Rodrigo Pagani de Souza.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo — SP**

**2022**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Moraes, Danilo Guerreiro de

Parâmetros para o controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário ; Danilo Guerreiro de Moraes ; orientador Rodrigo Pagani de Souza -- São Paulo, 2022.

218 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Regulação. 2. Agência reguladora. 3. Função normativa. 4. Controle jurisdicional. 5. Direito administrativo. I. Pagani de Souza, Rodrigo de, orient. II. Título.

---

MORAES, Danilo Guerreiro de

Título: Parâmetros para o controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof.(a) Dr.(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof.(a) Dr.(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_



*Para Mariely, Leonardo e João Victor,  
com amor.*





## **AGRADECIMENTOS**

Estudar na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a “Velha e Sempre Nova Academia de Direito do Largo São Francisco”, é um privilégio do qual tive o prazer e a honra de desfrutar. Por essa oportunidade sou grato aos Professores Fernando Dias Menezes de Almeida, Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza. A aprovação lograda no rigoroso processo seletivo que organizaram e conduziram ao longo de 2018 é algo que, a par de emprestar legitimidade à minha admissão na universidade pública, me lisonjeia.

Dedico um agradecimento especial ao Professor Rodrigo Pagani de Souza, meu estimado e culto orientador. Seus aconselhamentos foram determinantes para que eu não me distanciasse da hipótese de pesquisa ou, tendo-o feito, implementasse a devida correção de rumos. Foram igualmente necessários para o aprofundamento de temas precariamente desenvolvidos nas versões iniciais que lhe submeti. Todas as homenagens que eu lhe render não estarão à altura da magnitude de sua contribuição.

O trabalho contém imprecisões, e a banca examinadora as apontará. Por elas, todavia, responsabilizo-me pessoalmente.

Agradeço aos Professores Marcos Augusto Perez e Carlos Alberto de Salles pelas argutas observações feitas no exame de qualificação.

A ultimação do projeto de qualificação foi precedida de sabatina organizada pelo Professor Rodrigo Pagani de Souza, com a participação de Letícia Oliveira Lins de Alencar, Natália de Aquino Cesário, Natália de Sousa da Silva, Raphael de Mattos Cardoso, Rodrigo Rage Ferro e Thiago Priess Valiati. Agradeço a todos pelas observações e sugestões.

O deslocamento semanal de Bauru a São Paulo nem sempre foi ameno. Entretanto, o sacrifício das cansativas viagens foi esquecido nos bons momentos que passei com os amigos Paulo Vinícius Liebl Fernandes e Thiago Priess Valiati, a quem agradeço.

Algumas pessoas tornaram materialmente possível o sonho de estudar nas Arcadas. A minha maior incentivadora e ajudadora é a minha amada esposa, Mariely Cavalcanti Valério de Moraes, que desde 2019 acumula responsabilidades com o objetivo de me desonerar. Muito obrigado, meu amor, pela dedicação à minha causa.

Agradeço a Santo de Moraes e Pompéia Guerreira de Moraes, meus pais, a Héber Augusto Guerreiro de Moraes e Adilson Guerreiro de Moraes, meus irmãos, e a Mário Valério e Janete Cavalcanti Valério, meus sogros, pelo estímulo e apoio em momentos difíceis.

Agradeço ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que me propiciou as condições materiais para cursar o mestrado, e ao Núcleo de Biblioteca da Justiça Federal de São Paulo, pela disposição em fazer levantamentos bibliográficos e empréstimos de obras.

Agradeço a Guilherme Andrade Lucci, dileto amigo e colega de magistratura federal, cuja exitosa trajetória me infundiu a crença na possibilidade de trabalhar no interior e cursar pós-graduação da capital. Aliás, foi a partir de uma de nossas conversas no seu gabinete de trabalho, na Subseção Judiciária de Jaú, que decidi estudar as intersecções entre a regulação econômica e o Poder Judiciário.

Agradeço ao amigo Arthur Leão Massucato pela ajuda na fase final de elaboração da dissertação e pelo apoio moral em momentos de fadiga.

Por fim, registro a minha gratidão a algumas pessoas com quem tenho compartilhado alegrias e angústias acadêmicas, profissionais e pessoais: Cláudio Roberto Canata, Eliseu Bertinotti, Evandro Rosa de Lima, Everson da Silva Marcolino, Gabriel Guedes Cordeiro Coelho, Manoel de Souza Mendes Júnior, Marcelo Morato Rosas, Pedro Henrique do Amaral e Suzana Matsumoto.

## RESUMO

MORAES, Danilo Guerreiro de. **Parâmetros para o controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário**. 2022. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

O desempenho de capacidade normativa de conjuntura pela Administração Pública é ponto pacífico na literatura de direito administrativo e na jurisprudência dos tribunais judiciais. A concepção ortodoxa da teoria da separação dos poderes e da legalidade administrativa foi suplantada diante da emergência do Estado regulador, cujo desenvolvimento está intrinsecamente relacionado ao policentrismo administrativo e à complexidade da atuação indireta do poder público na economia. Fundamentados na complexidade técnica da regulação econômica e na maior expertise das agências reguladoras para o seu desempenho, os tribunais superiores têm deferido a interpretações administrativas reveladas em normas regulatórias ou em decisões voltadas à adjudicação de conflitos. Nas instâncias ordinárias o protagonismo judicial é mais saliente, sobretudo no contexto das tutelas de urgência. Independentemente da intensidade do controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras, urge verificar se o ordenamento jurídico oferece parâmetros seguros para este fim e, em caso afirmativo, se é possível sistematizá-los. A dissertação dá resposta afirmativa a estas indagações. Os parâmetros identificados são de ordem processual e material. A dimensão processual atina ao direito processual civil e ao conjunto de princípios e regras que informam o devido processo administrativo de produção normativa. A observância das normas inscritas no Código de Processo Civil e na legislação processual civil extravagante é corolário da natureza jurisdicional do controle exercido pelo Poder Judiciário. São essas prescrições que regulam a jurisdição civil no território nacional. As normas que materializam o devido processo de produção normativa são importantes porque condicionam a perfeição das normas administrativas. A validade formal é atributo das normas administrativas cuja edição é precedida do itinerário fixado nas leis e nos regulamentos executivos ou autorizados. De tal modo que o respectivo exame judicial pressupõe a verificação circunstanciada deste mesmo itinerário. Sob o ângulo material, o controle jurisdicional se efetiva à vista dos deveres de contextualização fática e jurídica plasmados nos dispositivos publicísticos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Testes forjados a partir dos elementos de legalidade interna e externa dos atos administrativos constituem ferramentas de grande utilidade teórica e prática. Porém, não conferem margem a um amplo controle jurisdicional, pois a Constituição Federal, ao enunciar a separação dos poderes, preserva um espaço de autonomia para a Administração Pública. O esforço de sistematização resulta na concepção de três metacritérios: predominância do enfoque procedimental; necessidade de exibição dos autos do processo administrativo normativo, sobretudo na hipótese de descumprimento de formalidade essencial; e exigência de motivação qualificada para assegurar o cumprimento dos deveres de contextualização fática e jurídica introduzidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Agência reguladora. Função normativa. Regulação econômica. Controle jurisdicional.



## ABSTRACT

MORAES, Danilo Guerreiro de. **Parameters for the judicial review of the rulemaking power of regulatory agencies**. 2022. Dissertation (Master's Degree) — Law School, University of São Paulo, 2022.

The performance of the normative capacity of the conjuncture by the Public Administration is an undisputed point in the administrative law literature and in the jurisprudence of the judicial courts. The orthodox conception of the theory of separation of powers and administrative legality was supplanted in the face of the emergence of the regulatory state, whose development is intrinsically related to administrative polycentrism and the complexity of the indirect action of public power in the economy. Based on the technical complexity of economic regulation and on the greater expertise of regulatory agencies in their performance, higher courts have deferred to administrative interpretations revealed in regulatory norms or in decisions aimed at adjudicating conflicts. In ordinary instances, judicial protagonism is more salient, especially in the context of urgent injunctions. Regardless of the intensity of the judicial review of the rulemaking power of regulatory agencies, it is urgent to verify if the legal system offers safe parameters for this purpose and, if so, if it is possible to systematize them. The dissertation offers an affirmative answer to these questions. The parameters identified are procedural and material. The procedural dimension concerns civil procedural law and the set of principles and rules that inform the due administrative process of rulemaking power. The observance of the norms inscribed in the Code of Civil Procedure and in the extravagant civil procedural legislation is a corollary of the jurisdictional nature of the control exercised by the Judiciary. It is these prescriptions that regulate civil jurisdiction in the national territory. The norms that materialize the due process of normative production are important because they condition the perfection of administrative regulations. Formal validity is an attribute of administrative rules whose edition is preceded by the itinerary established in the laws and executive or authorized regulations. In such a way that the respective judicial review presupposes the detailed verification of this same itinerary. From the material point of view, judicial review is effective in view of the factual and legal contextualization duties embodied in the publicity provisions of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. Tests forged from the elements of internal and external legality of administrative acts are tools of great theoretical and practical use. However, they do not provide scope for a broad jurisdictional control, since the Federal Constitution, by stating the separation of powers, preserves a space of autonomy for the Public Administration. The effort to systematize results in the design of three meta-criteria: predominance of the procedural approach; need to display the records of the rulemaking process, especially in the event of non-compliance with an essential formality; and requirement of qualified motivation to ensure compliance with the duties of factual and legal contextualization introduced by the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law.

Keywords: Regulatory agency. Rulemaking power. Economic regulation. Judicial review.



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI MC	Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI MC-Ref	Referendo de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADPF	Medida Cautelar em Arguição de Desc. de Preceito Fundamental
AgInt no CC	Agravo Interno no Conflito de Competência
AgInt no MS	Agravo Interno no Mandado de Segurança
AgInt no RMS	Agravo Interno no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
ApCiv	Apelação Cível
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
ARE AgR	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo
Bacen	Banco Central do Brasil
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Conflito de Competência
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
Des. Fed.	Desembargador Federal
Divulg.	Divulgado em
DJ	Diário da Justiça da União
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EC	Emenda Constitucional
Ibama	Instit. Bras. do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBio	Instituto “Chico Mendes” de Preservação da Biodiversidade
Inq	Inquérito
J.	Julgado em
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
MS AgR	Agravo Regimental em Mandado de Segurança
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PRO-REG	Programa de Fortalec. da Capac. Instit. para Gestão em Regulação
Public.	Publicado em
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF-1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF-2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF-3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF-5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>19</b>
<b>PRIMEIRA PARTE — REGULAÇÃO ESTATAL E CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>25</b>
<b>1 A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>27</b>
1.1 ADVERTÊNCIA PRELIMINAR: O PORQUÊ DO ESTUDO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE.....	27
1.2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO .....	28
1.3 DA LEGALIDADE ESTRITA À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA .....	40
1.4 A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	46
1.5 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	53
<b>2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>67</b>
2.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO — SISTEMA DE JURISDIÇÃO UNA .....	67
2.2 ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO: AS DUAS FACES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	78
2.3 A PREVALÊNCIA DAS NORMAS-REGRA E A VEDAÇÃO AO CONTROLE JURISDICIONAL EXCLUSIVAMENTE FUNDAMENTADO EM PRINCÍPIOS .....	97
<b>SEGUNDA PARTE — O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>103</b>
<b>3 PARÂMETROS DE CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>105</b>
3.1 A DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS INTERPRETAÇÕES DAS AGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NA PERSPECTIVA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS — <i>HARD LOOK REVIEW DOCTRINE</i> E DOUTRINAS <i>SKIDMORE</i> E <i>CHEVRON</i> .....	105
3.2 O DIÁLOGO POSSÍVEL ENTRE AS DOUTRINAS DEFERENCIAIS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS E O DIREITO BRASILEIRO .....	119

3.3	A INCOMPLETUDE DAS ESTRUTURAS DOGMÁTICAS SIMPLIFICADORAS E DAS ANÁLISES INSTITUCIONAIS COMPARATIVAS .....	124
3.4	A IDENTIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CONTROLE PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO DOMÉSTICO .....	130
3.5	AS NORMAS PROCESSUAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL EXTRAVAGANTE.....	131
	<b>3.5.1 Considerações preliminares.....</b>	<b>131</b>
	<b>3.5.2 O direito processual civil.....</b>	<b>132</b>
	3.5.2.1 <i>Pedido e causa de pedir</i> .....	132
	3.5.2.2 <i>Intervenção de terceiros</i> .....	135
	3.5.2.3 <i>Direito probatório</i> .....	136
	3.5.2.4 <i>Sistema de precedentes obrigatórios</i> .....	138
	3.5.2.5 <i>O dever de fundamentação qualificada das decisões judiciais</i> .....	143
	<b>3.5.3 Breve referência ao processo estrutural.....</b>	<b>145</b>
	<b>3.5.4 Controle concentrado da função normativa das agências reguladoras.....</b>	<b>152</b>
3.6	A LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, A LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS, AS LEIS SETORIAIS, OS REGULAMENTOS EXECUTIVOS E AUTORIZADOS E OS ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS .....	153
	<b>3.6.1 Considerações preliminares.....</b>	<b>153</b>
	<b>3.6.2 O processo administrativo normativo no direito brasileiro.....</b>	<b>155</b>
	<b>3.5.3 Os “testes de legalidade” propostos por Marcos Augusto Perez: uma proposta de controle judicial a partir dos elementos de legalidade interna e externa do ato administrativo.....</b>	<b>160</b>
3.7	AS NORMAS DE SEGUNDO GRAU INSCRITAS NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO — INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.655/2018.....	166
	<b>3.7.1 Considerações preliminares: a busca pela segurança jurídica mediante a introdução dos deveres de contextualização fática e jurídica oponíveis às autoridades administrativas, controladoras e judiciais .....</b>	<b>166</b>
	<b>3.7.2 O dever de contextualização fática e seus reflexos sobre a fundamentação das decisões judiciais .....</b>	<b>169</b>

3.7.3 A parcial incompatibilidade da função jurisdicional com os deveres de estimação das consequências jurídicas e administrativas do juízo de invalidade e de apontamento das condições para o saneamento dos defeitos de legalidade...	171
3.7.4 O dever de contextualização jurídica e os seus reflexos sobre o direito intertemporal: a regra da irretroatividade e os regimes de transição .....	174
<b>4 PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DE CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>179</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	179
4.2 A PREDOMINÂNCIA DO CONTROLE PROCEDIMENTAL .....	182
4.3 EXIBIÇÃO DOS AUTOS DO PROCESSO NORMATIVO NAS HIPÓTESES EM QUE A NULIDADE RESULTE DA OMISSÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL .....	187
4.4 A MOTIVAÇÃO COMO TÉCNICA ASSECURATÓRIA DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES DE CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA INSTITUÍDOS PELA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO .....	191
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>199</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>207</b>



## INTRODUÇÃO

A autonomia orgânico-institucional do Poder Judiciário e a independência técnico-funcional dos magistrados constituem elementos do regime democrático e, simultaneamente, mecanismos assecuratórios de sua estabilidade e permanência.

O liame entre a democracia e a justiça resta evidenciado diante do empenho de governos autocráticos no sentido da dissolução ou cooptação de Tribunais Constitucionais, Cortes Supremas e tantos outros organismos não necessariamente situados na cúspide do sistema de justiça, mas igualmente investidos de funções controladoras de natureza política, jurídica ou financeira.<sup>1</sup>

A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário é assegurada pelas normas constitucionais que consagram a separação dos poderes e outorgam aos tribunais as capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e, em menor medida, autolegislação (arts. 2º, 96, I, “a” a “f”, e 99, *caput* e § 1º).

A independência judicial emana das disposições constitucionais e legais que proíbem a instituição de juízos e tribunais de exceção; disciplinam o ingresso e a progressão na carreira da magistratura; estabelecem garantias institucionais e funcionais e vedações aos juízes; contemplam a existência de tribunais superiores, com jurisdição em todo o território nacional, e de tribunais federais e estaduais; delimitam as competências originária e recursal dos tribunais superiores, dos tribunais ordinários e dos juízes de primeiro grau; e regulam as hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes em geral (arts. 5º, XXXVII, 93, I–III, 94, 101–102, 104–105, 106, 108–126, CF e arts. 42–66, 144–148, CPC).

Diante de tais circunstâncias e, de resto, daquilo que se contém no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ninguém pode duvidar que a tutela dos direitos constitui função típica do Poder Judiciário. Porém, daí não se segue que tudo esteja ao seu alcance. Os direitos fundamentais de liberdade, a separação dos poderes e os correlatos espaços de autonomia legislativa e administrativa interditam um controle judicial desmesuradamente intrusivo na esfera jurídica dos sujeitos de direito, quer se trate de pessoas naturais, pessoas jurídicas de

---

<sup>1</sup> ZIBLATT e LEVITSKY, *Como as democracias morrem*, pp. 80–84.

direito privado ou mesmo pessoas jurídicas de direito público.

A presente dissertação se ocupa do controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário. O seu objetivo consiste em *identificar* e *sistematizar* parâmetros normativos que emprestem objetividade e previsibilidade ao controle judicial e, em última análise, contribuam para conformá-lo aos ideais de coerência e integridade do direito.

A pesquisa esteve concentrada na revisão bibliográfica e legislativa e, em menor extensão, na consulta a precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Para efeito de desenvolvimento do raciocínio que perpassa o texto, recorreu-se ao método dedutivo.

Do ponto de vista estrutural, o trabalho está dividido em duas partes, cada qual composta de dois capítulos. A primeira é dedicada ao estudo da regulação econômica e do controle jurisdicional da Administração Pública. A segunda cuida da identificação e, em seguida, da sistematização dos critérios de controle disponíveis no ordenamento jurídico doméstico.

A atribuição de centralidade aos temas da primeira parte deriva da impossibilidade de se dissociarem os parâmetros de exercício e de controle da função normativa das agências reguladoras. Sublinha-se a primazia da função administrativa controlada e, então, a partir do bloco de juridicidade que a informa, parametriza-se a correspondente revisão judicial.

O capítulo inaugural parte da definição dos contornos da teoria da separação dos poderes e do princípio da legalidade no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. O desenvolvimento subsequente tem em perspectiva a atividade normativa das agências reguladoras e a legitimidade democrática deste peculiar desdobramento da ação administrativa do Estado.

A revisitação da teoria da separação dos poderes almeja demonstrar a obsolescência da formulação atribuída a Montesquieu diante da emergência do Estado regulador e da expansão das técnicas que lhe são peculiares, especialmente o gerenciamento normativo de interesses complexos e multifacetados.

O esforço de requalificação do princípio da legalidade está umbilicalmente ligado à reformulação da teoria da separação dos poderes. Seu desiderato consiste em sublinhar a proeminência da atividade normativa do Poder Executivo e, assim, fundamentar o exercício de capacidade normativa de conjuntura pelas agências reguladoras e demais entidades

administrativas desprovidas deste rótulo, mas igualmente dotadas de autonomia reforçada, a exemplo do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

O segundo capítulo é inicialmente consagrado ao enquadramento do modelo brasileiro no contexto dos sistemas de controle jurisdicional da Administração Pública catalogados pela literatura nacional e estrangeira de direito administrativo — sistema de jurisdição uma, em oposição aos sistemas de contencioso administrativo e misto. A abordagem tem um apelo eminentemente classificatório.

Aproveita-se o ensejo para advogar a natureza administrativa — não jurisdicional — dos julgamentos das autarquias sob regime especial e dos Tribunais de Contas. Para tanto, invoca-se o conceito processual de jurisdição e alude-se ao fato de tais decisões não constituírem heterocomposição e, ainda, desafiarem exame por organismo exógeno às respectivas estruturas — o Poder Judiciário.

O passo seguinte consiste na defesa um ponto de vista crítico ao ativismo judicial e partidário do comportamento autocontido de juízes e tribunais. Com isso, pavimenta-se o caminho da deferência judicial a interpretações administrativas. Para fins expletivos, o ativismo é identificado com o comportamento judicial que, ao exorbitar dos respectivos limites constitucionais e legais, acaba por usurpar competências tipicamente legislativas e administrativas.

As reflexões se encerram com uma argumentação impregnada de ceticismo quanto ao esquema tradicional de solução jurisdicional de conflitos publicísticos mediante a aplicação de normas continentais de valores jurídicos abstratos. Defende-se que, para validamente decidir com fundamento nessas prescrições, a magistratura deve justificar a própria competência diante dos cometimentos reservados aos demais poderes da República e, ainda, assumir ônus de argumentação equivalentes aos dos reguladores administrativos.<sup>2</sup> Ante as dificuldades envoltas na ponderação de princípios, sustenta-se que as regras são as espécies normativas mais estreitamente conectadas às exigências que irradiam do postulado normativo aplicativo da segurança jurídica.<sup>3</sup>

O capítulo terceiro é integralmente dedicado à *identificação* dos parâmetros de controle

---

<sup>2</sup> SUNDFELD, **Direito administrativo para céticos**, pp. 228–229.

<sup>3</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 131.

da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário.

O ponto de partida é a apresentação das mais amplamente difundidas doutrinas deferenciais da Suprema Corte dos Estados Unidos — *hard look doctrine* e doutrinas *Skidmore* e *Chevron*. Segue-se o estabelecimento do diálogo possível entre tais formulações e o ordenamento jurídico doméstico. Tendo em perspectiva a absoluta impossibilidade de sua adoção como critério exclusivo ou primordial de julgamento dos litígios subjacentes aos processos judiciais nacionais, afirma-se que elas podem atuar como fontes ou diretrizes para a elaboração de normas processuais e materiais pelo Poder Legislativo, como fundamentos coadjuvantes da decisão judicial sob a forma de comentários laterais (*obiter dicta*) ou, ainda, como técnicas auxiliares de interpretação judicial do direito interno, quer se trate de controle procedimental ou substantivo.

Advoga-se a incompletude das estruturas dogmáticas simplificadoras e das análises institucionais comparativas. As primeiras são repelidas por escamotear o exame de critérios materiais ou de fatores não contemplados na sua formação. A últimas o são pelo fato de adotarem uma premissa insustentável: a de que seria possível qualificar as atividades administrativas do Estado, sobretudo as mais complexas, como revelações exclusivamente políticas, jurídicas ou técnico-científicas.

A etapa seguinte consiste no inventário dos parâmetros de controle inscritos no Código de Processo Civil, na legislação processual civil extravagante (Leis nº 7.347/1985<sup>4</sup> e 12.016/2009,<sup>5</sup> dentre outras), na Lei nº 9.784/1999,<sup>6</sup> na Lei nº 13.848/2019,<sup>7</sup> na Lei nº 13.874/2019,<sup>8</sup> na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nas leis setoriais de regulação econômica, nos regulamentos executivos baixados pelo presidente da República (Decretos nºs 9.830/2019<sup>9</sup> e 10.411/2020,<sup>10</sup> dentre outros) e nas normas administrativas editadas pelas agências reguladoras (regulamentos econômicos autorizados).

O desenvolvimento inicial tem em perspectiva as normas constitucionais e legais que regulam o exercício da função jurisdicional no contexto dos processos destinados à composição

---

<sup>4</sup> Lei da Ação Civil Pública.

<sup>5</sup> Lei do Mandado de Segurança.

<sup>6</sup> Lei do Processo Administrativo Federal.

<sup>7</sup> Lei Geral das Agências Reguladoras.

<sup>8</sup> Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

<sup>9</sup> Regulamenta os dispositivos publicísticos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (arts. 20 *et. seq.*)

<sup>10</sup> Regulamenta a análise de impacto regulatório prevista nas Leis nºs 13.848/2019 (art. 6º) e 13.874/2019 (art. 5º).



de litígios e, em menor medida, ao controle concentrado de constitucionalidade. Diante da amplitude do ordenamento processual, a abordagem se limita a algumas normas que dispõem sobre a interpretação do pedido e da causa de pedir, as intervenções de terceiro, o direito probatório, o sistema de precedentes obrigatórios e a motivação das decisões judiciais.

Em seguida, a estratégia de investigação alcança as leis e os regulamentos que substantivam o devido processo normativo, especialmente a Lei nº 9.784/1999, a Lei nº 13.848/2019, a Lei nº 13.874/2019, as leis setoriais e os Decretos nºs 9.830/2019 e 10.411/2020, na parte em que disciplinam a análise de impacto regulatório, as consultas e as audiências públicas.

A proposta metodológica tem por escopo o condicionamento da decisão judicial de validade da regulação econômica ao ciclo de formação da vontade estatal, ou seja, ao perfazimento da sequência itinerária que retrata o procedimento normativo a ser cumprido pelas agências reguladoras. Para tanto, recorre aos testes de legalidade forjados por Marcos Augusto Perez a partir dos elementos de legalidade interna e externa do ato administrativo. Os elementos de legalidade externa conferem as bases para a estruturação dos testes de processo, competência e forma; por sua vez, os elementos de legalidade interna fundamentam os testes de conteúdo, motivo e finalidade.

Todavia, ao contrário de Perez, cujo raciocínio é dirigido à sustentação de um amplo controle da discricionariedade administrativa — e, por extensão, da atividade administrativa em geral —, a presente dissertação advoga a deferência judicial em face de decisões regulatórias normativas ou concretas. Admite a amplitude do controle procedimental, porque adota como premissa o caráter eminentemente jurídico de tal aspecto da ação estatal. Contudo, defende que o controle material, isto é, o controle dos elementos de legalidade interna do ato administrativo seja tal que não franqueie ao juiz a oportunidade de se substituir ao regulador.

O derradeiro parâmetro de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário jaz nas metanormas inscritas nos arts. 20, 21, 22, § 1º, 23, 24, 27, 29 e 30, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentados pela Lei nº 13.655/2018. Rodrigo Pagani de Souza e Letícia Oliveira Lins de Alencar cognominaram estes conteúdos normativos de “deveres de contextualização fática e jurídica”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> PAGANI DE SOUZA e ALENCAR, O dever de contextualização na interpretação e aplicação (...), pp. 53–54.

A estratégia de subordinação do discurso judicial a normas que não proíbem, permitem ou determinam comportamentos, mas regulam a criação, a aplicação e a interpretação do direito público — daí o emprego do substantivo “metanormas” ou da locução “normas de segundo grau” — tem dúplice finalidade.

Sob o ângulo do dever de contextualização fática, sublinha que o ordenamento jurídico repele decisões administrativas, controladoras e judiciais fundamentadas apenas em valores jurídicos abstratos, dissociadas da realidade em que se inserem e, nesta medida, indiferentes às dificuldades e aos obstáculos enfrentados pelo administrador público, inclusive por força de políticas públicas que lhe caiba implementar (arts. 20, 21 e 22, § 1º, LINDB).

Do ponto de vista do dever de contextualização jurídica, prestigia o dever geral de normatização da Administração Pública, do qual resultam a imperatividade das normas administrativas sem defeitos de legalidade e a oponibilidade de seu conteúdo aos controladores em geral, inclusive os judiciais; reafirma a submissão do direito administrativo aos quadrantes do direito intertemporal, especialmente a regra da irretroatividade das normas que fundamentam julgamentos de invalidade da ação administrativa; e tempera a aplicação de novos limites e condicionamentos à liberdade e à propriedade mediante o estabelecimentos de regimes de transição, os quais podem consistir em modulação de efeitos, compensação financeira, ajuda de adaptação e cláusulas de exceção e opção (arts. 23, 24, 27, 29 e 30, LINDB).

Ultimada a identificação dos parâmetros de controle disponíveis no ordenamento jurídico, a dissertação se encarrega de *sistematizá-los*. Os metacritérios eleitos para esse fim são a predominância do controle procedimental; a importância de o controlador judicial ter acesso aos autos do processo administrativo normativo, especialmente nos casos em que a invalidade resulte da omissão de formalidade essencial prevista em lei ou regulamento; e a exigência de motivação qualificada para assegurar o cumprimento dos deveres de contextualização fática e jurídica introduzidos — ou, melhor, enfatizados — pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Os achados de pesquisa permitem inferência no sentido da aptidão dos parâmetros normativos e do método que os esquematiza. Contudo, um juízo seguro de eficácia jurídica ainda está a depender de ampla testagem pelos que atuam no foro. Oxalá as reflexões aqui vertidas desfrutem de semelhante apelo.

**PRIMEIRA PARTE — REGULAÇÃO ESTATAL E CONTROLE  
JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**



# 1 A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

## 1.1 ADVERTÊNCIA PRELIMINAR: O PORQUÊ DO ESTUDO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

A análise da teoria da separação dos poderes e do princípio da juridicidade administrativa<sup>12</sup> é condição necessária para a fixação dos parâmetros de controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras.

O interesse da pesquisa no revolvimento de tão decantadas concepções político-filosóficas se deve ao fato de a distribuição orgânica do poder estatal e a vinculação positiva da Administração Pública à lei de origem parlamentar ainda fundamentarem a insurgência de alguns publicistas e tribunais contra as normas administrativas destinadas à regulação econômica.

Neste átimo, pretende-se demonstrar a obsolescência das apreciações embasadas nos modelos ideais gestados entre o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna para explicar o funcionamento do Estado liberal, e a conseqüente necessidade de se adaptar a formulação teórica original à conjuntura política, social, econômica e cultural de cada sociedade, sobretudo à vista da crise do formalismo positivista e das revelações contemporâneas do fenômeno jurídico, a exemplo da organização administrativa policêntrica e regulação pública dos mercados.

---

<sup>12</sup> A nomenclatura tem a preferência de Paulo Otero e de muitos juristas brasileiros, a exemplo de Gustavo Binbenbojm. Contudo, não é isenta de críticas. Fernando Dias Menezes de Almeida recorda a advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem a preservação da noção estrita de legalidade tem a utilidade de especificar o conteúdo do princípio inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, assim, evitar a confusão de seu conceito com o de constitucionalidade (MENEZES DE ALMEIDA, **Formação e teoria do direito administrativo no Brasil**, p. 412, nota de rodapé 841; DI PIETRO [Coord.] BACELLAR FILHO e MARTINS, **Tratado de direito administrativo**, v. 5, pp. 586–590). Para além, em palestra intitulada “Legalidade administrativa: quando administrar é criar?”, refere que a substituição do substantivo “legalidade” por “juridicidade”, “justicialidade” ou qualquer outro não tem tanta importância, pois o sentido geral de legalidade compreende qualquer ato normativo resultante de processo legislativo, a exemplo das emendas constitucionais e das medidas provisórias etc.

## 1.2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A teoria da separação dos poderes — que, na avaliação de Dalmo de Abreu Dallari, alguns desvirtuaram para divisão dos poderes ao fazerem *tabula rasa* do caráter uno e indivisível do poder político — é atribuída a Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, o qual a concebeu no clássico “O espírito das leis”, de 1748, cujos antecedentes remontam ao pensamento filosófico de Marsílio de Pádua (“*Defensor Pacis*”, do século XIV), Nicolau Maquiavel (“O Príncipe”, do século XVI) e, sobretudo, John Locke (“Segundo tratado sobre o governo”, do século XVII).<sup>13</sup>

Ao discorrer sobre o sistema político inglês, Locke identificou três poderes em sentido material e dois poderes em sentido orgânico ou institucional. Desde a perspectiva material, isto é, de poder como função estatal, o filósofo inglês aludiu aos poderes legislativo, executivo e federativo, este último com vocação para “a gestão de segurança e do interesse público fora dela [da sociedade], juntamente com todos quantos poderão receber benefício ou sofrer dano por ela causado” — por exemplo, o poder de guerra e paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades.<sup>14</sup> Do ponto de vista institucional, ou seja, de poder como órgão estatal, mencionou os poderes legislativo e executivo, neste último enfeixadas as competências inerentes ao poder federativo.

Montesquieu jamais fez menção a um princípio de separação dos poderes, porque os considerava interpenetrados. Exemplo disto é o seu reconhecimento de que “o Poder Executivo deve estar dotado de funções executivas e — pela titularidade da *faculdade de impedir* (poder de veto) — também de parcela das funções legislativas”.<sup>15</sup> Contudo, ao buscar inspiração no modelo inglês de compartilhamento do poder político entre a Coroa e o Parlamento, lançou as bases daquilo que, no fim do século XVIII, sob influência de James Madison e seu Artigo Federalista LI, viria a ser positivado na Constituição norte-americana de 1787 e nas Constituições francesas de 1791 e 1795.<sup>16</sup> Nas palavras do filósofo francês:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo

---

<sup>13</sup> DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 213.

<sup>14</sup> GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 224.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 227.

<sup>16</sup> RANIERI, *Teoria do Estado*, pp. 282 e 284; GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 223–232.

das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

[...]

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. [...]

[...]

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requerer.

[...]

Os dois outros poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução dessa vontade geral.<sup>17</sup>

A descentralização do poder estatal, ainda que excepcionalmente cometido a um único órgão da soberania — pois é desejável que a cada função corresponda um arranjo institucional independente, encarregado de seu desempenho — foi originalmente vocacionada à salvaguarda da liberdade individual e à contenção do poder político e, de conseguinte, à garantia de equilíbrio no exercício da potestade pública.<sup>18</sup> Tanto assim que, no capítulo quarto do livro décimo primeiro, intitulado “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”, Montesquieu afirma:

A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria, até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.<sup>19</sup>

Apenas depois, sob o influxo dos federalistas norte-americanos, ganhou relevo a noção de tripartição de funções (dicotomia poder e funções), por meio da qual é encarecida a busca

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, pp. 167–169.

<sup>18</sup> DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 215–216; GRAU, *O direito posto (...)*, p. 226.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 166.

pelo aumento da eficiência do Estado.<sup>20</sup>

Ao enfatizar a importância da teoria da separação dos poderes para o constitucionalismo ocidental, Dalmo de Abreu Dallari assinala que a Declaração de Virgínia, de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, atribuíram-lhe o *status* de requisito da democracia.<sup>21</sup> Do parágrafo 5º da Declaração de Virgínia consta “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados do judiciário”. Por sua vez, o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão enuncia: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a separação dos poderes constitui princípio bifronte, de natureza jurídico-organizatória e normativa autônoma.<sup>22</sup> Como princípio jurídico-organizatório, a separação dos poderes é responsável por promover uma “ajustada atribuição de competências expressa na fixação clara de regras processuais e na vinculação à *forma jurídica* dos poderes a quem é feita essa atribuição”.<sup>23</sup> Na condição de princípio normativo autônomo, presta-se a assegurar o “núcleo essencial” da “ordenação constitucional dos poderes”, isto é, a garantir que as funções tipicamente legislativas não sejam usurpadas pelo órgão jurisdicional ou executivo, que o espaço de reserva de jurisdição não seja indevidamente colonizado pelos órgãos legislativo e executivo, bem assim que a função administrativa não seja sequestrada pelos órgãos legislativo e jurisdicional.<sup>24</sup>

Nessa perspectiva, é correto dizer que a teoria da separação dos poderes, juntamente com o regime democrático, é um dogma da teoria do Estado, que a tem como um de seus valores absolutos.<sup>25</sup> Contudo, a tradicional descentralização da soberania política entre Legislativo, Executivo e Judiciário, à maneira do direito constitucional norte-americano, dá mostras de esgotamento ou, no mínimo, de incompatibilidade com alguns dos sistemas políticos forjados no último pós-guerra.

Nina Ranieri encontra explicações válidas para o fenômeno na hipertrofia normativa do Poder Executivo, resultante da crescente complexidade das relações intersubjetivas e da

---

<sup>20</sup> MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 216; GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 223.

<sup>21</sup> DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 216.

<sup>22</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 251–252.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 251.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 252.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 218.



incapacidade do Poder Legislativo para oferecer respostas tempestivas às demandas sociais, bem assim no surgimento de novos organismos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.<sup>26</sup> A esses fatores podem ser agregadas as propostas de criação de um sistema de governo intermediário entre o presidencialismo norte-americano e o parlamentarismo inglês, a previsão de organismos autônomos estranhos à tríade clássica nas constituições modernas ou, ainda, a atribuição de competências quase-legislativas e quase-judiciais a órgãos ou entidades do Poder Executivo.<sup>27</sup>

A tese da inadequação da separação dos poderes estadunidense, em sua concepção original, à totalidade dos sistemas políticos contemporâneos é advogada por Bruce Ackerman, que propõe um novo arranjo denominado “parlamentarismo limitado” (*constrained parliamentarianism*), estribado em três princípios fundamentais: legitimidade democrática, especialização funcional e tutela dos direitos fundamentais. O seguinte excerto é ilustrativo dos três núcleos da reflexão do constitucionalista norte-americano:

Mais concretamente: retorno reiteradamente a três ideais de legitimidade ao responder à pergunta: “separação de poder em nome de quê?” 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 as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e a ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos da tirania.<sup>28</sup>

Ackerman sustenta que a distribuição do poder legislativo entre câmara, senado e presidência tem se mostrado catastrófica para além das fronteiras dos Estados Unidos. Objeta, porém, com a insuficiência do modelo inglês, que carece de uma constituição escrita e de uma suprema corte encarregada de defender e garantir direitos fundamentais. Na sua intelecção, o modelo ideal se aproxima do adotado no segundo pós-guerra por Alemanha, Itália e Japão, neste último país como contrapartida à proteção militar norte-americana. Trata-se de uma “solução de uma casa e meia” (*one-and-a-half house solution*), em que, *grosso modo*, as funções legislativas são divididas entre as casas de um parlamento bicameral com concentração de poderes na câmara.<sup>29</sup> Eis a síntese de seu pensamento:

Assim, um modelo distinto *realmente* emerge. A peça central do meu modelo de parlamentarismo limitado é uma câmara democraticamente eleita responsável pela

<sup>26</sup> RANIERI, *Teoria do Estado*, p. 288.

<sup>27</sup> MEDAUAR, *O direito administrativo em evolução*, p. 139.

<sup>28</sup> ACKERMAN, *A nova separação dos poderes*, p. 7.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, pp. 44–46.

seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária. O poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instituições com propósito especial, cada uma motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes [legitimação democrática, especialização funcional e proteção dos direitos fundamentais].

Do lado da legitimidade democrática, o centro é limitado pelas decisões prévias do povo, exprimidas por referendos sequenciais e implementadas por uma corte constitucional. Ele também pode ser freado por um senado federal subordinado ou por uma segunda câmara mais poderosa, organizada em linhas nacionais.

Do lado da especialização funcional, o centro é limitado não só por um sistema de tribunais independentes, mas também por uma instância de integridade que escrutina o governo por corrupção e abusos semelhantes, bem como uma instância regulatória que força a burocracia a explicar como o seu legislador suplementar melhorará de fato os resultados gerados pela “mão invisível”.

Do lado dos direitos liberais, o centro é limitado por uma instância da democracia que procura salvaguardar direitos participativos de cada cidadão, uma instância da justiça distributiva que se concentra na provisão econômica mínima daqueles cidadãos menos capazes de defender os seus direitos politicamente, e em uma corte constitucional dedicada à proteção de direitos humanos fundamentais para todos.<sup>30</sup>

Organismos estranhos ao esquema clássico de tripartição dos poderes podem ser encontrados nos mais diversos sistemas jurídicos ocidentais. Na Europa, a par da constitucionalização de modelos que conjugam elementos do presidencialismo madsoniano e do parlamentarismo de Westminster (Alemanha e Itália, para limitar a ilustração aos exemplos dados por Bruce Ackerman), há os Tribunais Constitucionais, os Tribunais de Contas, as autoridades administrativas independentes e, no direito inglês, as *quasi-autonomous non-government organizations* (*quango*, *QUANGO* ou *Qu-ANGO*).

Muitos dos Tribunais Constitucionais e Tribunais de Contas europeus não compõem a estrutura do governo, do parlamento ou dos tribunais judiciais.<sup>31</sup> São órgãos constitucionais autônomos incumbidos, respectivamente, da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e do controle da atividade financeira do Estado. Na dicção de Gomes Canotilho:

[...] a CRP [Constituição da República Portuguesa] não especifica concretamente a posição jurídico-constitucional do **Tribunal Constitucional** (TC). É indiscutível tratar-se de um “tribunal”, (cfr. arts. 209.º/1 e 221.º), com as características de um órgão constitucional, institucional, e funcionalmente autónomo (cfr. art. 221.º).<sup>32</sup>

As autoridades administrativas independentes são entidades governamentais com competência para o exercício da função administrativa de regulação econômica, dotadas de autonomia reforçada, isto é, desvinculadas do núcleo político do Poder Executivo e com garantias semelhantes às da magistratura, para que atuem com objetividade e imparcialidade no

<sup>30</sup> ACKERMAN, **A nova separação dos poderes**, pp. 113–114.

<sup>31</sup> Ao contrário da corte constitucional portuguesa, o Tribunal Constitucional Federal alemão integra o Poder Judiciário (cf. art. 92 da Lei Fundamental alemã, de 1949). O Tribunal de Contas de Portugal é órgão do Poder Judiciário (cf. arts. 209º, 1, “c”, e 214º).

<sup>32</sup> CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 678.

desempenho das funções técnico-científicas que lhes foram cometidas.<sup>33</sup>

Por fim, as *quasi-autonomous non-government organizations* são entidades públicas ou privadas a que o Estado delega o exercício de funções administrativas, mas submete a controle e financiamento público.

No Brasil, os exemplos mais eloquentes da obsolescência do modelo tradicional são as agências reguladoras, o Ministério Público, a Defensoria Pública, e os Tribunais de Contas, que ocupam posição ímpar no arranjo político-institucional nacional, visto que não pertencem ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo e tampouco ao Poder Judiciário. Ressalve-se, apenas, a situação do Ministério Público de Contas, que não goza de autonomia administrativa e financeira. A despeito de seus procuradores desfrutarem das garantias outorgadas aos membros dos Ministérios Públicos da União e dos Estados (art. 130, CF), a existência deste *parquet* especial é acessória e ancilar à do Tribunal de Contas perante o qual funciona.<sup>34</sup>

As agências reguladoras surgidas no contexto das privatizações e desestatizações havidas em meados dos anos 1990 também atrimam com os arquétipos da teoria geral do Estado, pois a legislação lhes dá revestimento formal de autarquias sob regime especial, com autonomia administrativa, financeira, técnica e decisória e as isenta da subordinação hierárquica ou da tutela administrativa que caracteriza as entidades da Administração Pública descentralizada (arts. 2º e 3º, *caput*, da Lei nº 13.848/2019).

No entanto, ao contrário do que a interpretação literal do art. 3º, *caput*, da Lei nº 13.848/2019 possa indiciar, a autonomia reforçada das agências reguladoras nada tem de absoluta, pois o ordenamento jurídico não permite que tais entidades existam e funcionem “como se fossem ‘Estados independentes’, isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado”.<sup>35</sup> Por ostentarem a natureza de autarquias, isto é, de “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa”, para usar a definição de Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>36</sup> elas estão vinculadas à macropolítica setorial, e o cumprimento deste dever é assegurado por intermédio de um mínimo de tutela administrativa, que no plano federal é denominada supervisão ministerial (arts. 19 *et seq.* do Decreto-lei nº 200/1967).<sup>37</sup>

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, **O direito das agências reguladoras independentes**, pp. 185–186.

<sup>34</sup> ADI 2.378, rel. acórdão min. Celso de Mello, Pleno, j. 19/05/2004.

<sup>35</sup> SUNDFELD, Introdução às agências reguladoras, p. 27.

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Curso de direito administrativo, p. 164.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 27.

Para além das competências típicas de poder público, as agências reguladoras, que também são denominadas autoridades administrativas independentes, são dotadas de competências normativas e judicantes — ditas quase-legislativas e quase-judiciais. Dentre outras atribuições, cumpre-lhes fazer o gerenciamento normativo de aspectos sensíveis da atividade econômica em sentido amplo (atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos) e dirimir conflitos de interesse eclodidos nas relações entre reguladores e regulados e entre regulados e usuários de serviços públicos ou consumidores dos bens e serviços ofertados no mercado consumidor.<sup>38</sup>

A categorização da atividade econômica como gênero, abrangente da atividade econômica em sentido estrito e do serviço público, remonta a Eros Roberto Grau, para quem não há “oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. [...] Daí a verificação de que o *gênero* — *atividade econômica* — compreende duas espécies: o *serviço público* e a *atividade econômica*”.<sup>39</sup>

O direito constitucional não ficou alheio às necessidades de aprimoramento de suas estruturas. São conhecidos os recursos às técnicas da delegação de poderes e da transferência constitucional de competência.<sup>40</sup> “Recebida de início com muitas reservas e despertando forte resistência, a delegação de poderes, sobretudo a delegação de poder legislativo, foi aos poucos penetrando nas Constituições”, com a ressalva de competências indelegáveis.<sup>41</sup> A transferência constitucional de competências tem sido implementada por emendas constitucionais ou pela manifestação do poder constituinte originário em circunstâncias indicativas de pouca aderência ao sistema de freios e contrapesos. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, isso tem se prestado a “aumentar as competências do poder executivo, dando como resultado a manutenção de órgãos do poder legislativo que conservam sua estrutura tradicional, mas têm um mínimo de participação na formação da vontade do Estado”.<sup>42</sup>

Nas províncias do direito administrativo, a resposta política à crescente sofisticação das relações sociais e econômicas veio por meio de emendas constitucionais e leis ordinárias e consistiu na criação de agências reguladoras, a que foram atribuídas competências para praticar

---

<sup>38</sup> “Regular, assim, é em boa medida *normatizar*. Mais do que isso, é gerenciar, pela produção contínua de normas, interesses muitas vezes conflitantes, algo impossível de ser feito pela produção, única e exclusivamente, de uma lei geral” (PAGANI DE SOUZA, *Controle da regulação no Brasil*, p. 116).

<sup>39</sup> GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*: pp. 97–98.

<sup>40</sup> DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 219.

<sup>41</sup> *Op. cit.*, p. 219.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 219.

atos individuais de habilitação, fiscalização, sancionamento, consentimento e arbitramento de conflitos, bem assim para expedir atos normativos voltados à regulação de assuntos técnicos, observados os limites estabelecidos em leis-quadro (*adjudication* e *rulemaking*, de acordo com a nomenclatura norte-americana). Este movimento remonta às Emendas Constitucionais nºs 8 e 9, de 1995,<sup>43</sup> e está imbricado com os esforços de construção de um Estado regulador em substituição ao Estado liberal instaurado pelas Constituições imperial (1824) e republicana (1891) e, sobretudo, ao Estado positivo ou intervencionista forjado pelas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969.

A Emenda Constitucional nº 8/1995, a par de permitir a delegação dos serviços de telecomunicação a pessoas jurídicas de direito privado, previu a criação, mediante lei ordinária, de um “órgão regulador” setorial (art. 21, XI, CF). A Emenda Constitucional nº 9/1995, por sua vez, implementou a “quebra de reserva” do monopólio público no setor petrolífero e previu a criação, também por lei ordinária, de um “órgão regulador do monopólio da União” (art. 177, § 2º, III, CF).<sup>44</sup>

A propósito da atuação estatal do domínio econômico e do desenvolvimento político-institucional no sentido da consolidação do Estado regulador, convém resgatar o pensamento de Giandomenico Majone, para quem o intervencionismo se opera mediante a redistribuição de renda, a estabilização monetária e a regulação de mercados. O autor assinala que as medidas redistributivas e de estabilização monetária supõem intervenção pelo núcleo do Poder Executivo, pois estão diretamente relacionadas ao poder de tributar e gastar, exigindo a formulação de políticas sociais e econômicas e a distribuição de divisas das camadas mais favorecidas para as mais vulneráveis do tecido social. Por sua vez, a regulação é uma forma de atuação estatal indireta sobre o domínio econômico, por meio da qual autoridades independentes, dotadas de conhecimento técnico e legitimadas por procedimentos formais, editam atos normativos gerais e abstratos para a criação de deveres oponíveis aos agentes econômicos, aos quais caberá fazer investimentos para atingir os objetivos de política pública definidos nas leis e nos regulamentos.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> A Emenda Constitucional nº 8/1995, a par de permitir a delegação dos serviços de telecomunicação a pessoas jurídicas de direito privado, previu a criação, mediante lei ordinária, de um “órgão regulador” setorial (art. 21, XI, CF). A Emenda Constitucional nº 9/1995, por sua vez, implementou uma quebra de reserva do monopólio público no setor petrolífero e previu a criação, também por lei ordinária, de um “órgão regulador do monopólio da União” (art. 177, § 2º, III, CF).

<sup>44</sup> BERCOVICI, Petrobras — Monopólio estatal e política concorrencial, pp. 139–140.

<sup>45</sup> MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador, pp. 56–58.

Apesar de sua capilaridade no direito nacional e europeu continental — à imagem e semelhança do que se verifica nos sistemas jurídicos filiados ao *common law* —, a regulação estatal ainda encontra opositores. Apegados a noções ortodoxas do constitucionalismo liberal, alguns autores brasileiros entendem que o exercício de função normativa por agências reguladoras e autoridades independentes desprovidas deste rótulo, mas igualmente dotadas de competências regulatórias — por exemplo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários —, é inconstitucional porque implica usurpação de função legislativa, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, e também porque embaraça a direção superior da Administração Pública, na medida em que limita a autonomia do chefe do Poder Executivo.

Ao contrário do que se passa na Europa ocidental, em que as reflexões teóricas enfocam o potencial déficit de legitimidade democrática das autoridades administrativas independentes frente ao sistema parlamentarista, no Brasil os pontos que mais frequentemente geram questionamentos dizem respeito à amplitude da função normativa das agências reguladoras e à falta de coincidência entre os mandatos de seus dirigentes e do chefe do Poder Executivo.<sup>46</sup> Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

23. O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio, a resposta não é difícil.

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica [...], resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas [...]. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente [...] ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial” [...].

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a situação jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e na intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*.

[...]

26. Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se *além de um mesmo período governamental*.

Parece-nos evidentiíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com

<sup>46</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, pp. 176–180.

orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente. Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma *fraude contra o próprio povo*.<sup>47</sup>

Marcelo Figueiredo igualmente duvida da constitucionalidade da amplitude conferida à função normativa das agências reguladoras. Para o autor, tem-se aí um risco concreto de retrocesso político-institucional diante da ameaça que o exercício abusivo de competências normativas pelo Poder Executivo representa às conquistas democráticas pós-revolucionárias, notadamente a legalidade como instrumento de contenção do poder político. Na contramão das reflexões produzidas por muitos estudiosos do direito e da ciência política, afirma que a crescente complexidade da função administrativa é um argumento metajurídico e, portanto, incapaz de opor-se à legalidade administrativa plasmada na Constituição Federal.<sup>48</sup>

O inconformismo é injustificado, visto que revela uma percepção equivocada das novas técnicas de atuação do Estado no domínio econômico e da organização político-administrativa nacional.

A vinculação do embotamento da autonomia do Poder Executivo à falta de coincidência entre os mandatos dos dirigentes de agências reguladoras e os mandatos do presidente, dos governadores ou dos prefeitos equivale a negligenciar o fato de a Constituição Federal dispor de um sistema de freios e contrapesos com aptidão para dirimir conflitos do governante eleito com o parlamento e a burocracia profissional do Estado, a exemplo da iniciativa legislativa, do poder de veto, da competência regulamentar e da legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Na condição de autoridades máximas do poder público nas respectivas esferas federativas, os referidos agentes políticos têm ampla liberdade para iniciar processos legislativos vocacionados ao desenho de políticas regulatórias que deverão ser observadas pelos dirigentes das agências reguladoras no exercício de suas competências normativas e ordenadoras (art. 61, *caput*, CF). A par disso, desfrutam da prerrogativa de veto das proposições contrárias ao bloco de constitucionalidade e aos interesses públicos convergentes com seu plano de governo e suas ideologias partidárias (art. 66, CF). Também dispõem de competência para

<sup>47</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Curso de direito administrativo**, pp. 176–177 e 179–180.

<sup>48</sup> FIGUEIREDO, **Agências reguladoras**, p. 132–138.

editar regulamentos executivos que, juntamente com as leis ordinárias, balizarão o exercício da função regulatória pelas agências setoriais ou multisetoriais (art. 84, IV, CF). Para vencer as resistências congressuais expressas na derrubada do veto a proposições que considerem inconstitucionais ou contrárias ao interesse público, ostentam legitimidade para promover ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou, no plano subnacional, perante o Tribunal de Justiça estadual (arts. 103, I, e 125, § 2º, CF).

Decerto, o ordenamento jurídico repele a interferência do poder político na execução de atividades administrativas em que preponderem elementos de natureza técnico-científica, a exemplo da edição de atos normativos de interesse geral, da prática de atos liberatórios de atividades privadas e do arbitramento de conflitos eclodidos nos múltiplos setores dos mercados regulados. Todavia, nisso não há nada de extraordinário. Ao contrário, cuida-se de desdobramento de normas constitucionais que garantem o Estado Democrático de Direito, a juridicidade administrativa, a impessoalidade e a eficiência no exercício da função administrativa.

O exercício de função normativa por órgãos e entidades da Administração Pública, inclusive empresas estatais, tampouco é inédito no Brasil. Ilustram-no diversos atos normativos editados pela extinta Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde,<sup>49</sup> pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil,<sup>50</sup> pelo extinto Banco Nacional da Habitação,<sup>51</sup> pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo,<sup>52</sup> pelo Banco Central do Brasil,<sup>53</sup> pelo Conselho

---

<sup>49</sup> A Portaria SVS/MS nº 344/1998, define o rol de substâncias entorpecentes, inclusive para fins penais. Na atualidade, esse ato normativo vem sendo atualizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a quem a Lei nº 9.742/1999 outorgou a regulação sanitária em todo o território nacional.

<sup>50</sup> Em matéria de compensação tributária, o órgão de cúpula da Administração Tributária tem um notável protagonismo normativo, pois as leis que tratam do assunto, sobretudo a Lei nº 9.430/1996, conferem amplo espaço de conformação para os regulamentos administrativos. Exemplo eloquente disso é a Instrução Normativa RFB nº 1.717/2017, cujos 170 artigos regulam a restituição, a compensação, o ressarcimento e o reembolso dos tributos administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

<sup>51</sup> A despeito de ostentar personalidade jurídica de direito privado, o Banco Nacional da Habitação, empresa pública vinculada ao antigo Ministério da Fazenda (cf. Leis nºs 4.380/1964, que lhe deu a forma de autarquia, e 5.762/1971, responsável por transformá-lo de autarquia em empresa pública), teve papel decisivo na regulação do Sistema Financeiro da Habitação. Essa proeminência normativa pode ser vista na Resolução da Diretoria nº 18/1977, que estabeleceu “condições especiais e particulares do seguro compreensivo especial integrante da apólice habitacional”.

<sup>52</sup> Outro exemplo de empresa estatal dotada de função regulatória é a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb), empresa pública vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente, a que competem o controle, a fiscalização, o monitoramento e o licenciamento de atividades poluidoras no território paulista.

<sup>53</sup> Por meio da Resolução nº 4.292/2013, o Banco Central do Brasil instituiu normas que limitam e condicionam o direito à portabilidade de operações de crédito, inclusive os financiamentos imobiliários concedidos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. O caráter inovador da norma é visível.



Monetário Nacional,<sup>54</sup> pela Comissão de Valores Mobiliários, pela Superintendência de Seguros Privados,<sup>55</sup> pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente<sup>56</sup> etc. Apesar de nominalmente se apresentarem como atos regulamentares e subalternos, na prática esses provimentos administrativos são impregnados de conteúdo inovador da ordem jurídica.

Essa competência é típica da Administração Pública, que, afora as funções ordenadoras e prestacionais, tem a titularidade de parte expressiva da função normativa do Estado, que compreende não apenas a função legislativa, mas também as funções regulamentar e regimental, esta última de titularidade do Poder Judiciário para viabilizar a elaboração de regimentos internos pelos tribunais.<sup>57</sup> E a função regulamentar compreende não apenas a expedição de regulamentos de execução, prepostos à fiel execução da lei, mas também os regulamentos autorizados, que, sobre operarem segundo a lógica da “reserva da norma”, permitem a criação de direitos e deveres dentro do espaço de um espaço conformação instituído pelo legislador.<sup>58</sup>

A razão está com Eros Roberto Grau, para quem:

A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliados a motivações de premência e celeridade na conformação do regime que se subordina a atividade de intermediação financeira [e, de resto, toda a regulação econômica setorial], tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias especialmente conjunturais.<sup>59</sup>

Em síntese apertada, no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica e de seu objeto de estudo — isto é, do direito positivo constitucional e infraconstitucional —, não é possível atribuir à teoria da separação dos poderes sentido e alcance análogos aos que lhe dispensavam os filósofos e políticos dos séculos XVII e XVIII. A obsolescência da formulação original, a decadência do positivismo clássico e a emergência do Estado regulador determinaram a reconfiguração dos poderes políticos, especialmente do Poder Executivo, o

---

<sup>54</sup> A Resolução nº 4.733/2019, do Conselho Monetário Nacional, dispõe sobre as condições de emissão de letra financeira por bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, caixas econômicas, companhias hipotecárias, sociedades de crédito imobiliário, cooperativas de crédito e pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

<sup>55</sup> A Circular nº 564/2017, da Superintendência de Seguros Privados, “altera e consolida regras e critérios complementares de funcionamento e de operação da cobertura por sobrevivência oferecida em planos de seguro de pessoas e dá outras providências”.

<sup>56</sup> A Resolução nº 237/1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, regula o processo de licenciamento ambiental.

<sup>57</sup> GRAU, **O direito posto e o direito pressuposto**, pp. 239–240.

<sup>58</sup> *Op. cit.*, pp. 234–249; SUNDFELD, **Direito administrativo para céticos**, pp. 265–280.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 229.

qual, por força de leis parlamentares, passou a dispor de amplas competências normativas em matéria econômica, sem que daí tenha resultado nenhum prejuízo ao sistema democrático. A existência de mecanismos de freios e contrapesos ao exercício do poder político e a elevação dos níveis de processualidade administrativa são garantias efetivas contra o exercício arbitrário da função administrativa e, também, contra a usurpação da função legislativa pelo Poder Executivo.

O assunto será retomado mais adiante, quando do exame da atividade normativa das agências reguladoras (item 1.4).

### 1.3 DA LEGALIDADE ESTRITA À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

Atentos aos ideais revolucionários franceses responsáveis pela erosão da monarquia absoluta e consequente instauração do Estado de Direito, autores estrangeiros e brasileiros explicam o surgimento do direito administrativo a partir de alusões à teoria da separação dos poderes e à legalidade clássica, segundo a tônica da supremacia do parlamento.<sup>60</sup> Diogo Freitas do Amaral sintetiza esta linha de pensamento:

Com a Revolução Francesa triunfam os ideais de liberdade individual contra o autoritarismo tradicional da Monarquia europeia, quase transformado em totalitarismo de Estado no curto mas intenso período da Monarquia absoluta. Os cidadãos passam a ser titulares de direitos subjectivos públicos, invocáveis perante o Estado. Estabelece-se o *princípio da separação dos poderes*: a Coroa perde o poder legislativo, que é atribuído ao Parlamento, e o poder judicial, que é confiado aos Tribunais, ficando apenas para si com o poder executivo. E o *princípio da legalidade* impede a Administração de invadir a esfera dos particulares ou prejudicar os seus direitos sem ser com base numa lei emanada do Poder Legislativo. Administrar converte-se em sinónimo de executar leis. Se os órgãos da Administração violam a lei e com isso ofendem a esfera subjectiva dos cidadãos, estes podem recorrer a tribunal para fazer valer os seus direitos frente à Administração. Nasce a preocupação de conferir aos particulares um conjunto de garantias jurídicas, capazes de os proteger contra o arbítrio administrativo cometido sob a forma de ilegalidade: surge, assim, o *Direito Administrativo* moderno.<sup>61</sup>

No entanto, Paulo Otero apresenta versão menos adornada daquilo que é o embrião do fenómeno jurídico superveniente à queda do Antigo Regime francês. O publicista português alude a uma “ilusão garantística da gênese” do direito administrativo, que albergava

---

<sup>60</sup> RIVERO, *Direito administrativo*, pp. 25–34; AMARAL, *Curso de direito administrativo*, pp. 62–64; BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, pp. 37–42; DI PIETRO, *Direito Administrativo*.

<sup>61</sup> AMARAL, *Curso de direito administrativo*, p. 63.

contradições com o princípio da separação dos poderes ao exonerar o Estado da jurisdição dos tribunais ordinários e do direito aplicável às relações privadas. Para ele, nos primórdios de sua existência, o direito administrativo serviu ao propósito de conferir longevidade aos privilégios da monarquia absoluta, na medida em que consagrou um contencioso administrativo organicamente vinculado ao Poder Executivo, com poder para criar normas especiais aplicáveis às situações jurídicas de interesse do recém-inaugurado Estado liberal.<sup>62</sup>

Este ponto de vista é compartilhado por Daniel Sarmento, Humberto Ávila e Gustavo Binenbojm, em cujos escritos estão as bases do movimento brasileiro de resistência ao princípio da supremacia do interesse público.<sup>63</sup> Eros Roberto Grau também lança sob suspeição o caráter inicialmente libertário do direito administrativo e realça a sua conotação de instrumento de perpetuação dos privilégios monárquicos absolutistas ocultos sob as vestes do interesse coletivo.<sup>64</sup>

Apoiado na doutrina de Paulo Otero, Gustavo Binenbojm resume as contradições do discurso tradicional sobre a concepção do direito administrativo e a realidade do Estado liberal bonapartista:

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou *ilusão garantística da gênese*. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d'État*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e *insubmissa* daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.

[...]

Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do

<sup>62</sup> OTERO, **Legalidade e Administração Pública**, pp. 269–274.

<sup>63</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo**, pp. 9–17.

<sup>64</sup> GRAU, **O direito posto e o direito pressuposto**, pp. 252–264.

Estado de Direito em sua origem liberal: *o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes*. De fato, a atribuição da função de legislar sobre o direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.<sup>65</sup>

De qualquer modo, a noção rígida de legalidade é nuclear ao direito público. Todavia, há um dilema contemporâneo, que consiste em delimitar a extensão deste princípio jurídico. Vulgarizou-se a definição de legalidade a partir da asserção segundo a qual a Administração Pública está jungida à lei formal e, portanto, só pode fazer aquilo que lhe seja explicitamente determinado ou permitido.<sup>66</sup> Cuidar-se-ia de uma “vinculação positiva à lei” ou, ainda, de uma legalidade em sentido forte, oposta à ideia privatista de autonomia do indivíduo para fazer tudo aquilo que a lei não proíba, definida como “vinculação negativa à lei” ou, então, legalidade em sentido fraco.<sup>67</sup>

Entretanto, não é acertado condicionar a ação administrativa do Estado unicamente às normas jurídicas editadas pelo Poder Legislativo, pois no sistema constitucional brasileiro a “reserva da lei” convive pacificamente com a “reserva da norma”. A distinção conceitual é de Eros Roberto Grau:

Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação da Administração às definições *da lei*; (ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* — isto é, fixadas em virtude dela —, de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*; no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*; ou *regimental*).

Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa — mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em atos legislativos contida —, o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa *reserva da lei em termos relativos* (= *reserva da norma*), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares — e os vincule.<sup>68</sup>

A sujeição da Administração Pública à lei parlamentar é estreme de dúvidas (art. 37, *caput*, CF), mas a amplitude do bloco de juridicidade é substancialmente maior que esta específica fonte formal do direito público.<sup>69</sup> Além das leis e das medidas provisórias, ele abrange a Constituição, os regulamentos executivos e autorizados, as normas regulatórias, os

<sup>65</sup> BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, pp. 11–12.

<sup>66</sup> FAGUNDES, *O controle (...)*, pp. 115–123; MEIRELLES, *Direito administrativo (...)*, pp. 61–62.

<sup>67</sup> DI PIETRO (Coord.) e MARTINS JUNIOR, *Tratado (...)*, p. 308; BINENBOJM, *Uma teoria (...)*, p. 34.

<sup>68</sup> GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 242.

<sup>69</sup> *Op. cit.*, pp. 336–338.

demais atos administrativos normativos e até mesmo as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e os precedentes qualificados dos Tribunais Superiores.<sup>70</sup>

Na atual quadra histórica, o reconhecimento da força normativa da Constituição<sup>71</sup> é inevitável porque, sob influência do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, a Constituição suplantou o *status* de documento político, aglutinador de ambições a serem concretizadas mediante a interposição legislativa, para converter-se em texto normativo com eficácia jurídica direta e aplicabilidade imediata, ainda que exigente da ação integrativa do legislador infraconstitucional (normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade diferida).<sup>72</sup>

A par disso, razões jurídicas e pragmáticas conduzem à admissão de que, tal como a Constituição e as leis, os regulamentos editados pelo chefe do Poder Executivo e as normas produzidas por agências reguladoras criam direitos e obrigações, sobretudo no contexto da sociedade capitalista, em que a dinâmica e a complexidade das relações sociais e econômicas justificam a consagração de uma “capacidade normativa de conjuntura” a órgãos e entidades da Administração Pública. Os regulamentos em sentido amplo, sobretudo os autorizados, não podem jamais contradizer as leis a que conferem executividade, mas, dentro de limites fixados no caso concreto, acrescentam-lhes comandos voltados à regulação de pormenores que escapam ao conhecimento do legislador.

A locução “capacidade normativa de conjuntura” foi cunhada por Eros Roberto Grau para definir a competência normativa conferida a órgãos e entidades do poder público para regular a economia no que se apresenta incompatível com a morosidade do processo legislativo.<sup>73</sup> Jean-Paul Veiga da Rocha afirma que o seu exercício dilata o âmbito do regulamento, que, além da fiel execução da lei, passa a criar direitos e deveres nos espaços de

---

<sup>70</sup> De acordo com o art. 19, VI, “a”, combinado com o art. 19-A, da Lei nº 10.522/2002, os auditores-fiscais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Economia, não constituirão créditos tributários quando houver tese desfavorável à Fazenda Nacional firmada em sede de recurso repetitivo, devendo, no entanto, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional manifestar-se a respeito da abrangência do impedimento ao exercício da competência tributária da União.

<sup>71</sup> No clássico “A força normativa da constituição”, Konrad Hesse procura desconstruir a tese de Ferdinand Lassalle, no sentido de que a Constituição é um documento político e que sua essência descansa nos fatores reais de poder existentes na sociedade (militares, econômicos, sociais e culturais). Para ele, nem sempre a tensão entre a realidade fática e a ordenação normativa será resolvida a favor da primeira, devendo ser reconhecida a relação de coordenação entre ambas, sob a presidência de uma vontade de Constituição.

<sup>72</sup> BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 151.

<sup>73</sup> GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 227–229.

conformação abertos pelo legislador infraconstitucional (regulamentos autorizados).<sup>74</sup>

O tema foi retomado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, de relatoria de Eros Roberto Grau, então ministro do Supremo Tribunal Federal, na passagem relativa à competência normativa do Conselho Monetário Nacional. Os itens 9 e 10 da ementa do acórdão bem sintetizam o conteúdo do julgamento:

9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional.<sup>75</sup>

Esse complexo normativo a que a Administração Pública está sujeita recomenda a substituição da noção restritiva de legalidade pelo conceito expandido de juridicidade administrativa, o qual, de resto, já está presente na Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), que estabelece que a atuação conforme à lei e ao direito é critério de observância obrigatória pelo poder público na condução de processos administrativos (art. 2º, parágrafo único, I). Segue-se daí a degradação da dicotomia “vinculação *versus* discricionariedade” da ação administrativa do Estado, que dá lugar à ideia de graus de vinculação à juridicidade.

Gustavo Binenbojm sintetiza esse pensamento:

A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição [e, de resto, ao direito posto, qualquer que seja a sua estatura], não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor controlabilidade judicial dos seus atos. Não obstante, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os *procedimentos* adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular *jurídico-funcionalmente adequado*.<sup>76</sup>

A teoria dos graus de vinculação à juridicidade tem a pretensão de superar o controle jurisdicional fundamentado em estruturas dogmáticas simplificadoras (por exemplo, a dicotomia “vinculação *versus* discricionariedade”), que também se revelou insuficiente em

<sup>74</sup> VEIGA DA ROCHA, **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico**, p. 29.

<sup>75</sup> ADI nº 2.591, rel. p/ acórdão min. Eros Grau, Pleno, j. 07/06/2006.

<sup>76</sup> BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo**, p. 39.

jurisdições estrangeiras, a exemplo do contencioso administrativo italiano.

Tradicionalmente, a Itália adota um controle intenso para atos vinculados e um controle deferente para atos discricionários. Entretanto, essa concepção sofreu abalos consideráveis em dois momentos históricos distintos, marcados pela introdução do conceito de “discricionariedade técnica” e pelo desenvolvimento da ideia de “avaliações técnicas complexas”.<sup>77</sup>

A alternativa oferecida pela teoria em questão consiste em conjugar a análise normativa com um enfoque jurídico-funcional, que, ao divisar no princípio da separação dos poderes uma divisão de funções especializadas, prestigie as capacidades institucionais de cada um dos órgãos da soberania política e, também, o nível de processualidade por eles adotado na tomada de decisões políticas e administrativas, ao qual atribui o *status* de fator de legitimação democrática.

A despeito do avanço proporcionado por essa forma de encarar o controle jurisdicional da Administração Pública, é duvidosa a sua aptidão para solucionar os impasses detectados na prática, sobretudo diante da dificuldade envolta na determinação dos fatores preponderantes em uma decisão do poder público. A complexidade da moderna atividade administrativa torna difícil uma segmentação que conduza à utilidade das relações tendenciais segundo as quais o Poder Judiciário deve ocupar-se predominantemente de questões dotadas de sensibilidade jurídica (direitos fundamentais etc.), cabendo aos órgãos e entidades do Poder Executivo, sobretudo às agências independentes, o tratamento de assuntos revestidos de elementos preponderantemente técnico-científicos ou políticos.<sup>78</sup>

Sem prejuízo dos dilemas referidos, para efeito de encerramento deste tópico, é bastante o reconhecimento de que, na atual quadra histórica, a abrangência do princípio da juridicidade administrativa vai muito além das leis formais, pois a noção rígida de vinculação positiva à lei está em crise. Diante das transformações desencadeadas pela sofisticação das relações sociais e econômicas e, mais recentemente, pela emergência do Estado regulador, tornou-se inevitável o reconhecimento da validade dos atos normativos produzidos pelas agências reguladoras, assim como dos regulamentos autorizados em geral, os quais derivam do exercício da capacidade normativa de conjuntura, de que a Administração Pública se acha investida.

O tema será retomado no capítulo 3, dedicado ao estudo dos critérios para o controle

---

<sup>77</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, pp. 212–224.

<sup>78</sup> *Ibid.*, pp. 172–173.

jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras.

#### 1.4 A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O exercício de função normativa pelas agências reguladoras independentes, tanto quanto a edição de regulamentos autorizados pelo chefe do Poder Executivo, acarreta a emanação de comandos constitutivos de direitos e deveres para os sujeitos que se qualifiquem como agentes econômicos do setor regulado ou, então, como usuários dos serviços públicos ou consumidores das atividades econômicas sob regulação estatal.

Nisto não há absolutamente nada de inaudito. Na dicção de Carlos Ari Sundfeld, “administrar é criar”, sobretudo quando se trata do exercício de função normativa dentro de um espaço de conformação assegurado à Administração Pública por leis-quadro.<sup>79</sup> Observadas as reservas legais absolutas, a oposição ao exercício de competência normativa pelo poder público não passa de injustificável preconceito contra o exercício independente da função administrativa.

A função administrativa de regulação econômica — enfatiza Sundfeld — “não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica”.<sup>80</sup> Por meio de seu manejo, o Estado instrumentaliza a sua atuação indireta na economia, em substituição à prestação de serviços públicos e à exploração de atividades econômicas em sentido estrito, tradicionalmente cometidas a entidades descentralizadas, sobretudo as autarquias e as empresas estatais.

De acordo com Giandomenico Majone, a regulação dos mercados é a principal estratégia de transição do Estado positivo ou intervencionista para o Estado regulador, e resulta do exaurimento dos orçamentos públicos na provisão de necessidades coletivas.<sup>81</sup> Para a profícua execução desta diretriz, o Estado fragmenta os mercados em setores materialmente específicos e concebe estruturas especializadas dotadas de orçamento próprio e pessoal qualificado, às quais confia o desempenho de atos de normatização, habilitação, fiscalização,

---

<sup>79</sup> SUNDFELD, **Direito administrativo para céticos**, pp. 231 *et seq.*

<sup>80</sup> *Id.*, Introdução às agências reguladoras, p. 23.

<sup>81</sup> MAJONE, Do Estado positivo ao Estado regulador, pp. 58–67.



sancionamento e arbitramento de conflitos.<sup>82</sup> Majone toma de empréstimo a teoria de Alfred Chandler sobre a importância das estruturas e estratégias no desenvolvimento das organizações:

Há mais de trinta anos, Alfred Chandler (1962: 16) propôs a tese de que ‘a estrutura acompanha a estratégia e de que o tipo mais complexo de estrutura é resultado da concatenação de várias estratégias básicas’. Em seguida, encaminhou a discussão teórica um passo à frente a fazer duas perguntas correlatas: (1) Se a estrutura realmente acompanha a estratégia, por que haveria atrasos no desenvolvimento de uma organização nova, necessária para atender às demandas administrativas da nova estratégia? (2) Por que a nova estratégia, que exige uma mudança da estrutura, é definida antes da estrutura?<sup>83</sup>

Na comparação com as demais emanções da função administrativa (polícia administrativa, serviço público, fomento, intervenção no domínio econômico e controle), a regulação econômica se sobressai, na medida em que ostenta caráter multifacetado e abrangente de competências públicas que, nos rudimentos do direito administrativo, eram tratadas como atividades estanques. Apesar da importância reconhecida às dimensões habilitadora, fiscalizadora, sancionatória e arbitral da regulação econômica, a faceta normativa é a que desfruta de maior proeminência.

Na dicção de Rodrigo Pagani de Souza:

Um conceito exato para essa figura [a regulação], tal qual se apresenta no Brasil, ainda está em construção pela literatura jurídica dedicada ao tema. Mas um traço característico muito lembrado é o de que se cuida de atividade administrativa que envolve boa dose de produção de normas, naturalmente de caráter infralegal (visto ser a administração sujeita ao princípio de legalidade), atinentes tanto ao campo das atividades econômicas reservadas ao Estado (“serviços públicos”) como ao daquelas próprias do setor privado (que se convencionou denominar de “atividades econômicas em sentido estrito”). Regular, assim, é em boa medida *normatizar*. Mais do que isso, é gerenciar, pela produção contínua de normas, interesses muitas vezes conflitantes, algo impossível de ser feito pela produção, única e exclusivamente, de uma lei geral.<sup>84</sup>

Contudo, o aspecto que notabiliza o fenômeno jurídico regulatório é a principal fonte de controvérsias a seu respeito. Passadas quase três décadas da promulgação das Emendas Constitucionais n.ºs 8 e 9, de 1995, que deflagraram o movimento constitucional de transição do Estado positivo ou intervencionista para o Estado regulador e determinaram a criação de “órgãos” reguladores<sup>85</sup> para os setores das telecomunicações e do petróleo e gás (arts. 21, XI, e

<sup>82</sup> Ao definir a regulação estatal, Floriano de Azevedo Marques Neto evidencia seu caráter complexo. Diz tratar-se de “*modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses internos ao sistema regulado e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico*” (DI PIETRO [coord.], MARQUES NETO e KLEIN, **Tratado de direito administrativo**, pp. 523 e 578–587, destaques do original).

<sup>83</sup> MAJONE, Do Estado positivo ao Estado regulador, p. 55.

<sup>84</sup> PAGANI DE SOUZA, Controle da regulação no Brasil, p. 116.

<sup>85</sup> Conquanto a Constituição haja feito referência à criação de órgãos reguladores, mediante a técnica da desconcentração administrativa, o legislador optou pelo recurso à descentralização por serviços e, assim, instituiu

176, § 2º, III, CF), ainda se identificam autores avessos ao exercício pleno de função normativa por agências reguladoras, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Marcelo Figueiredo.<sup>86</sup>

A despeito do paulatino desenvolvimento da regulação pública da economia, sobretudo no plano federal, em que se multiplicou a instituição de agências reguladoras de serviços públicos e de atividades econômicas em sentido estrito, em paralelo a órgãos e a entidades não independentes com atribuições equivalentes,<sup>87</sup> há quem se mantenha fiel ao mito onipotência da lei como fundamento da ação administrativa do Estado. Referido pensamento, consistente em negar validade à regulação estatal<sup>88</sup> ou, então, em restringir sua atuação a aspectos exaustivamente demarcados pelo legislador,<sup>89</sup> faz ecoar uma intelecção reducionista das disposições constitucionais que consagram o Estado de Direito e a separação dos poderes.

Decerto, o texto constitucional contém espaços destinados à exclusiva ação conformadora do Poder Legislativo. São as reservas absolutas de lei em sentido formal ou “reservas da lei”<sup>90</sup> para a definição de crimes e cominação de penas (art. 5º, XXXIX); instituição e majoração de tributos (art. 150, I); outorga de benefícios e incentivos fiscais (art. 150, § 6º); criação e extinção de cargos públicos, salvo os vagos, que podem ser extintos por decreto presidencial (arts. 61, § 1º, II, “a”, e 84, VI, “b”); criação de entidades de direito público da

---

agências reguladoras sob a roupagem de autarquias sob regime especial, com independência política, funcional, financeira e técnica.

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Curso de direito administrativo**, pp. 176–180; FIGUEIREDO, **Agências reguladoras**, pp. 132–138.

<sup>87</sup> Conquanto originalmente desprovidos de autonomia reforçada, o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, dentre outros arranjos institucionais, desempenham relevantes funções reguladoras da economia. Referidos órgãos e entidades exercem, sem oposição contundente da comunidade jurídica ou do mercado, uma capacidade normativa de conjuntura fundamental para o equilíbrio do sistema financeiro nacional e do mercado de capitais. A Lei Complementar nº 179/2021 elevou o Banco Central do Brasil ao *status* de agência reguladora em sentido estrito ao defini-lo como “autarquia de natureza especial” e conferir-lhe autonomia reforçada “caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e pela estabilidade durante seus mandatos”.

<sup>88</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Curso de direito administrativo**, pp. 173–185.

<sup>89</sup> Exemplos de crença na onipotência da lei formal são as decisões que decretam a invalidade do art. 218 da Resolução Normativa 414, da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), que obriga o concessionário do serviço de distribuição de energia elétrica a transferir o sistema de iluminação pública registrado como ativo imobilizado em serviço à pessoa jurídica de direito público competente (municípios e Distrito Federal). A argumentação estribada na ilegalidade da norma não examina o fenômeno em perspectiva, pois não dá a devida importância ao fato de a agência reguladora envidar esforços para que o concessionário renuncie ao serviço de iluminação pública para se concentrar no serviço de energia elétrica. Para assegurar a continuidade do serviço de iluminação pública, essas decisões sobrevalorizam as competências administrativas da União em matéria de energia elétrica e amesquinham o princípio federativo, pois obnubilam a titularidade municipal do serviço público e a competência exclusiva dos municípios para escolher entre prestá-lo direta ou indiretamente, sob regime de concessão patrocinada.

<sup>90</sup> GRAU, **O direito posto e o direito pressuposto**, p. 242.

Administração Pública descentralizada (art. 37, XIX); definição dos imperativos de segurança nacional e individualização do interesse público relevante que legitime a ação empresarial do Estado (art. 173, *caput*) etc. Contudo, daí não se segue que todos os assuntos elevados ao nível constitucional devam ser regulados em minúcias por atos normativos primários do Congresso Nacional. Em matéria de regulação econômica, uma tal afirmação esbarraria em obstáculos lógico-conceituais e jurídico-formais.

A perspectiva lógico-conceitual induz ao reconhecimento de que a atividade normativa do Poder Executivo é essencialmente criadora do direito administrativo, e não meramente repetitiva de fórmulas ou termos legais, e se desenvolve em espaços de autonomia administrativa interditados ao legislador,<sup>91</sup> qualificados como reservas de administração,<sup>92</sup> ou ainda nos limites das delegações legislativas para a edição de regulamentos autorizados.

Desde os regulamentos executivos e autorizados até os atos gerais e abstratos editados por titulares de órgãos administrativos subalternos, as manifestações de função normativa do poder público inovam no ordenamento jurídico, visto que transcendem a simples organização interna do Estado para, simultaneamente, detalhar o modo pelo qual as autoridades públicas e seus agentes desenvolverão a função administrativa no caso concreto. No limite, instituem critérios para a interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais e, também, para o exercício das competências discricionárias, ditando o instante, a forma e a dinâmica das medidas necessárias e suficientes à realização de interesses públicos cuja determinação é casuística, jamais apriorística, e cuja apreensão supõe uma situação específica da realidade factual.

Nos domínios da regulação econômica, a competência normativa do poder público goza de proeminência porque se ocupa de aspectos específicos de serviços públicos e de atividades econômicas de conteúdo técnico-científico, e por isso mesmo incompatíveis com o processo legislativo ordinário. Em outras palavras, a “capacidade normativa de conjuntura”<sup>93</sup> do Poder

---

<sup>91</sup> OTERO, **Legalidade e Administração Pública**, pp. 749–755.

<sup>92</sup> Na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.501, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como a “pílula do câncer”, por pacientes portadores de neoplasia maligna, independentemente de autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.779, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 13.454/2017, que, também ao arremedo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autorizou a produção, a comercialização e o consumo de inibidores de apetite das substâncias sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol. Em ambas as oportunidades, a Corte reafirmou a competência exclusiva do poder público para executar as atividades de regulação sanitária, que são necessárias para garantir a eficácia, a segurança e a qualidade dos fármacos comercializados no território nacional.

<sup>93</sup> GRAU, **O direito posto e o direito pressuposto**, pp. 227–229.

Executivo é uma realidade inevitável.

Ao analisar o exercício de competência normativa por organismos do Sistema Financeiro Nacional, Jean-Paul Veiga da Rocha revela a sua importância para o mercado financeiro e para a democratização do acesso ao crédito:

Essa doutrina liberal [avessa ao exercício de poder normativo pelo Executivo, quer sob a forma de delegação legislativa ou de expansão da competência regulamentar], predominante na cultura jurídica brasileira, é desafiada a todo momento pela profusão de normas jurídicas sem as quais o mercado se desestruturaria e o Estado não teria como intervir no domínio econômico também para perseguir outras finalidades que não a mera preservação do sistema econômico.

Um exemplo recente pode ilustrar o que foi dito. Quando, em julho de 2003, o governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva anunciou ao País um programa de microfinanças e microcrédito, o Conselho Monetário Nacional (CMN) limitou a 2% ao mês as taxas de juros a serem cobradas pelos bancos comerciais, no âmbito do programa criado, que visava a beneficiar a população de baixa renda e os microempreendedores. Em outras palavras, o CMN, e não o Congresso Nacional, “legislou”, tabelando os juros relativos a certos tipos de operação bancária.

Levada a suas últimas consequências, aquela doutrina jurídica inviabilizaria um importante programa de democratização do acesso ao crédito, num país famoso pelas maiores taxas de juros do mundo.

Entretanto, não é necessário buscar exemplos de inovação da ordem jurídica em ocasiões excepcionais como essa. O exercício dessa *capacidade normativa de conjuntura*, que inova a ordem jurídica, não ocorre somente em intervenções estatais de caráter “social” ou extraordinário, conforme a hegemonia política ou a crise do momento. Ele é constante. Por mais paradoxal que pareça, é uma atuação *conjuntural* de caráter *estrutural*. Em outras palavras, trata-se de uma forma de atuação reguladora do Estado indispensável para a preservação da estrutura do mercado financeiro, independentemente do grupo político-partidário que exerce a hegemonia no aparato estatal. O dia-a-dia dos bancos, seu próprio modo ordinário de funcionar, é condicionado, em cada detalhe, por uma enorme quantidade de normas produzidas pelo órgão regulador do sistema financeiro. As mais conhecidas dizem respeito a atuações da autoridade monetária que constam de qualquer manual de economia.

[...]

Se um regulamento de uma autoridade restringisse o direito de propriedade e a liberdade econômica dos fabricantes de geladeiras, impondo-lhes uma cota máxima de produção, provavelmente haveria um consenso na comunidade jurídica acerca do caráter inovador — e inconstitucional — de tal norma. Ela restringiria claramente, de forma fundamental, direitos dos agentes econômicos. Ora, no âmbito da regulação financeira, essa restrição é a própria regra, é elemento essencial do quadro regulatório. A regulação do depósito compulsório é uma limitação fundamental do negócio dos bancos, da sua capacidade de fazer empréstimos e multiplicar moeda.<sup>94</sup>

Presente esse contexto, o problema deriva para o plano jurídico-formal, visto que se desloca da natureza criativa da função normativa das agências reguladoras — já amplamente aceita, inclusive pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>95</sup> —, para a fixação dos limites respectivos. A dificuldade daí emergente está em compatibilizar a separação dos

<sup>94</sup> VEIGA DA ROCHA, **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico**, pp. 27–29.

<sup>95</sup> Ao julgar a ADI 1.668, proposta contra a Lei Geral das Telecomunicações, e a ADI 4.926, proposta contra a Lei do Serviço de Acesso Condicionado, o Supremo Tribunal Federal assentou a validade da função normativa cometida às agências reguladoras, contanto que acomodadas aos limites da Constituição e da lei.

poderes, a vedação à delegação de poder legislativo e a legalidade estrita com a necessidade prática de criação e aplicação de normas jurídicas em mundo cada vez mais complexo, no qual a discricionariedade política cede espaço para o conhecimento técnico-científico. Mas esse também é um conflito aparente.

À semelhança dos juízes e tribunais, que criam uma norma individual concreta para dirimir o litígio que lhes é submetido e uma norma geral a ser aplicada aos casos futuros, análogos ao precedente (*ratio decidendi* ou *holding*), a Administração Pública forja a regra de direito tanto nas hipóteses em que expede atos individuais e concretos, quanto nas circunstâncias em que edita regulamentos em sentido amplo. E o faz no exercício de competências asseguradas pela Constituição Federal: o chefe do Poder Executivo e seus auxiliares diretos retiram fundamento de validade para seus atos normativos dos arts. 84, IV, e 87, II; as autoridades administrativas subalternas recorrem às delegações legislativas, a um princípio geral de hierarquia e a poderes implícitos irradiantes da regra de competência; as autoridades administrativas independentes alojadas nas agências reguladoras atuam amparadas pelo art. 174, *caput*, que declara caber ao Estado o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica”,<sup>96</sup> e por leis setoriais atributivas de competência normativa.

Sublinhe-se que não se cuida de deturpação da separação dos poderes ou, ainda, de delegação legislativa disfarçada,<sup>97</sup> pois nestas situações o poder público opera em espaços de autonomia que lhe foram reservados pela Constituição, explícita ou implicitamente, qualificáveis como “reservas da norma”.<sup>98</sup>

A hesitação ao reconhecimento da compatibilidade da dimensão criativa da função administrativa de regulação econômica com a separação dos poderes, tal como idealizada pelo constitucionalismo norte-americano,<sup>99</sup> resulta de uma concepção estática das regras e dos princípios constitucionais que o enunciam, assim como a seus corolários imediatos, notadamente a vedação à delegação de poder legislativo e a legalidade administrativa em

---

<sup>96</sup> MOREIRA, Normatividade legal v. normatividade regulatória. Para Egon Bockmann Moreira, o art. 174 da Constituição Federal é o fundamento constitucional dos regulamentos econômicos, que não se confundem com os regulamentos executivos, que se destinam à fiel execução da lei, na forma do art. 84, IV, da Constituição Federal.

<sup>97</sup> Em artigo no qual perquire os fundamentos da competência normativa das agências reguladoras, Jean-Paul Veiga da Rocha critica o que chama de reconhecimento constrangido da delegação legislativa ou ainda de retórica da expansão do campo do regulamento. Para o autor, mais adequado é identificar a existência de delegação legislativa na atribuição de função normativa a agências reguladoras. A tese é sedutora, mas esbarra no texto constitucional em vigor, que restringe a delegação legislativa à hipótese de seu art. 68, alusivo às leis delegadas. (ROCHA, Quem tem medo da delegação legislativa?, pp. 197–206).

<sup>98</sup> GRAU, **O direito posto e o direito pressuposto**, pp. 227–229.

<sup>99</sup> RANIERI, **Teoria do Estado**, p. 285.

sentido forte. Cumpre ter presente, no entanto, que a natureza estática dos vocábulos estampados no texto constitucional não suprime do intérprete a prerrogativa de os interpretar e deles extrair normas compatíveis com a conjuntura histórica da atividade hermenêutica desenvolvida.<sup>100</sup>

Apesar de o texto constitucional ter sido gestado numa quadra histórica em que a regulação econômica por agências reguladoras independentes não era um problema de ordem jurídica, cabe ao intérprete examiná-lo com as lentes da realidade factual contemporânea e a partir daí determinar-lhe o sentido e o alcance, superando suas eventuais obsolescências mediante cuidadoso juízo hermenêutico que, todavia, não implique usurpação de função legislativa.

Resumidamente, portanto, o ideário liberal clássico de vinculação positiva à norma de emanção parlamentar — um verdadeiro mito da onipotência da lei formal como fundamento da ação administrativa do Estado, nas palavras de Paulo Otero — é francamente incompatível com a moderna dinâmica das relações políticas, sociais e econômicas. A abrangência e a velocidade das transformações da realidade não podem aguardar as constantes dilações processo legislativo, atribuídas à sua permeabilidade aos interesses político-partidários que colonizam as pautas legislativas.

A reação do direito positivo constitucional e infraconstitucional a esse estado de coisas consistiu na atribuição de capacidade normativa de conjuntura à Administração Pública, que, então, viu-se habilitada a regular as tecnicidades e científicas dos serviços públicos e das atividades econômicas em sentido estrito. Este fenômeno se manifesta com especial notoriedade no domínio da regulação estatal. Diante de uma declarada falta de aptidão para disciplinar em plenitude o setor regulado, o Poder Legislativo edita leis-quadro e, por seu intermédio, outorga função normativa às agências reguladoras independentes, com eficácia constitutiva de direitos e deveres.

---

<sup>100</sup> GRAU, *Por que tenho medo dos juizes*, pp. 46–47.

## 1.5 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A estratégia de transição do Estado positivo ou intervencionista para o Estado regulador demandou a implementação de uma estrutura que conferisse viabilidade material e jurídica à atuação governamental no domínio econômico. Para o atendimento deste reclamo institucional, o legislador concebeu as agências reguladoras, às quais outorgou competência para a prática de atos de normatização, habilitação, fiscalização, sancionamento e adjudicação dos conflitos eclodidos no setor regulado.

O tópico anterior ocupou-se da função normativa de regulação econômica, que constitui o foco principal do controle jurisdicional estudado nesta dissertação. O desenvolvimento seguinte tem em perspectiva a conformidade da atividade normativa das agências reguladoras ao regime democrático.

Nos sistemas parlamentares da Europa ocidental, o déficit de legitimidade democrática das autoridades administrativas independentes nacionais está imbricado com a falta de responsabilidade política do governo eleito pelas condutas destas instâncias decisórias estatais.<sup>101</sup> Sustenta-se que, apesar de ditar os rumos da Administração Pública, o primeiro-ministro não está sujeito a questionamentos por ações e omissões imputáveis a estes organismos.<sup>102</sup> Adverte-se, também, para o risco de a criação de autoridades administrativas independentes prestar-se ao fim de o governo isentar-se a si próprio de responsabilidade política pelo exercício das competências administrativas transferidas.<sup>103</sup>

Entretanto, nem todos os analistas europeus estão alinhados a esse enfoque. Tendo em vista a experiência regulatória norte-americana, Giandomenico Majone põe em xeque a noção de que a única fonte da legitimidade democrática é vontade majoritária declarada nas urnas. No seu entendimento, o Estado regulador é multicêntrico e, portanto, incompatível com a ideia de Administração Pública unitária; ademais, a legitimidade democrática da regulação econômica resulta das exigências procedimentais oponíveis à produção de atos normativos e do

---

<sup>101</sup> Atualmente, também se discute a legitimidade democrática das autoridades independentes comunitárias, mas a presente dissertação não avança sobre este terreno. Para quem queira se aprofundar no assunto, sugere-se o artigo *The accountability of supranational Administration: the case of European Union agencies*, de Johannes Saurer, publicado na *American University International Law Review*.

<sup>102</sup> OTERO, **Legalidade e Administração Pública**, p. 322.

<sup>103</sup> *Op. cit.*, p. 322.

profissionalismo dos agentes públicos dela ocupados.<sup>104</sup>

Para o autor, a legitimidade democrática das autoridades administrativas independentes pode ser analisada sob duas perspectivas, uma formal e outra substancial.

A legitimidade procedimental implica, entre outras coisas, que as agências são criadas por leis democraticamente promulgadas que definem a autoridade legal e os objetivos das agências; que os reguladores são nomeados por funcionários eleitos; que a tomada de decisões em matéria reguladora obedece a regras formais que muitas vezes exigem a participação pública; finalmente, que as decisões das agências devem ser justificadas e estão abertas ao escrutínio judicial. [...] A legitimidade das instituições depende também de sua capacidade de gerar e manter a crença de que elas são as mais apropriadas para as funções a elas confiadas. No caso de órgãos reguladores independentes, os critérios relevantes da legitimidade substantiva são: consistência em matéria de políticas; o conhecimento específico e a habilidade de solucionar problemas dos reguladores; sua capacidade de proteger interesses difusos; o profissionalismo; e, o que é mais importante, uma definição clara dos objetivos da agência e dos limites dentro dos quais espera-se que esta opere.<sup>105</sup>

Entre nós, todavia, o problema não apresenta contornos análogos, pois o Brasil adota o sistema presidencialista norte-americano, em que o mecanismo de responsabilização político-administrativa do chefe do Poder Executivo é o *impeachment* (arts. 85 e 86, CF e Lei nº 1.079/1950). No ordenamento jurídico doméstico, a legitimidade democrática das agências reguladoras não se condiciona ao estabelecimento de vinculação político-partidária com o chefe do Poder Executivo. Antes, resulta de seu processo constitutivo, da forma de investidura de seus dirigentes, da processualidade na tomada das decisões regulatórias e da amplitude dos controles internos e externos a que se submetem.

As agências reguladoras brasileiras são autarquias sob regime especial qualificado por autonomia reforçada nos planos administrativo, financeiro, técnico e decisório. Ante a horizontalidade das relações que mantêm com o núcleo do poder político, não estão subordinadas hierarquicamente ao ministério ou à secretaria a que se acham organicamente vinculadas; tampouco se submetem à tutela administrativa oponível à generalidade dos entes da Administração Pública descentralizada. No entanto, por serem entidades autárquicas, a sua criação, modificação ou extinção resulta de um processo legislativo de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo (arts. 37, XIX, e 61, § 1º, II, “e”, CF). Para além, vinculam-se à macropolítica setorial e estão sujeitas a um mínimo de supervisão ministerial.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> MAJONE, Do Estado positivo ao Estado regulador, pp. 75–79.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, pp. 76–77.

<sup>106</sup> A propósito da vinculação das agências reguladoras à macropolítica do respectivo ministério supervisor, vide o item 1.2, acima.



Nesse processo constitutivo jaz o primeiro signo de conformidade ao regime democrático, pois o presidente da República, os deputados federais e os senadores — e os congêneres estaduais, distritais e municipais, nas respectivas esferas federativas — são titulares de mandatos eletivos, com autorização do povo para, nos limites e possibilidades constitucionais, fazer as escolhas necessárias e suficientes à consecução dos interesses coletivos.<sup>107</sup> Em situações extremas, os mandatários populares têm a faculdade de alterar ou extinguir as entidades administrativas que se tornem obsoletas ou inconvenientes nas perspectivas político-institucional e jurídico-administrativa.

À semelhança do processo legislativo dantes referido, a investidura dos dirigentes das agências reguladoras brasileiras é resultado de um procedimento subjetivamente complexo, em que se conjugam as vontades dos órgãos da democracia representativa: o Poder Executivo faz a indicação do escolhido e, obtida a aprovação parlamentar, formaliza a sua nomeação; o Poder Legislativo controla a legalidade, a conveniência e a oportunidade da indicação mediante arguição pública e votação secreta. No plano federal, compete ao Senado Federal sabatar o indicado pelo presidente da República (art. 52, III, “F”, CF).

O indicado deve ostentar “formação acadêmica compatível com o cargo” e “notório conhecimento no campo de sua especialidade”, resultante de experiência profissional pública ou privada, inclusive na docência ou na pesquisa (art. 5º da Lei nº 9.986/1999, com a redação dada pela Lei nº 13.848/2019). Afinal de contas, a função regulatória tem conotação técnica, na medida em que se ocupa da criação de um ambiente normativo adequado à prestação de serviços públicos ou à exploração de atividades econômicas com predominantes elementos metajurídicos, a exemplo das telecomunicações; da geração, distribuição e transmissão de energia elétrica; da infraestrutura de transporte terrestre, aquaviário e aéreo; da prospecção, refino e comercialização do petróleo e seu derivados; da vigilância sanitária; da saúde suplementar e da mineração.

Ainda que seja absolutamente necessária, a qualificação profissional do indicado não é condição suficiente da investidura, pois o procedimento também contempla uma etapa de depuração política da escolha governamental: a sabatina pelo Senado Federal e, quando previsto em leis locais, pelas Assembleias Legislativas estaduais, pelas Câmaras Municipais e pela Câmara Legislativa distrital. Neste átimo, além de perquirir se o escolhido detém os

---

<sup>107</sup> ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 466.

conhecimentos necessários para o desempenho da atividade administrativa de regulação econômica, os parlamentares, sobretudo os da situação, avaliam sua afinidade com as diretrizes do governo.

Sublinhe-se, no entanto, que as aludidas exigências de qualificação não podem ser opostas aos aspirantes a cargos de direção em agências reguladoras estaduais, distritais e municipais, porquanto a aplicabilidade da Lei nº 13.848/2019 é circunscrita à esfera federal, e, no arranjo federativo brasileiro, a competência para legislar sobre organização administrativa é concorrente. Porém, diante dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência administrativa, é aconselhável que os legislativos regionais e locais as instituem mediante leis próprias.

Além desse sistema de controle prévio, em que se combinam fatores técnico-jurídicos e político-constitucionais, a regulação econômica está sujeita a um escrutínio concomitante e posterior, interno e externo, que cabe à própria agência reguladora, ao Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à sociedade.<sup>108</sup>

A Lei nº 13.848/2019 conferiu homogeneidade à disciplina dos processos normativos, decisórios, de controle e de coordenação intersetorial e interfederativa. Por intermédio de normas extensíveis à universalidade das agências reguladoras federais, o Congresso Nacional buscou uniformizar a dinâmica da regulação econômica brasileira e, de conseguinte, eliminar as assimetrias existentes ao tempo de sua entrada em vigor. Tanto nos domínios da produção normativa quanto da atividade concreta (*rulemaking* e *adjudication*), foram robustecidas as noções de planejamento, análise de impacto regulatório, processualidade, *accountability* e articulação intersetorial e interfederativa.

À semelhança da atividade financeira do Estado, cuja execução está subordinada ao plano plurianual, à lei de diretrizes orçamentárias e à lei orçamentária anual (art. 165, CF), o desempenho da função regulatória vincula-se a um plano estratégico, a um plano de gestão anual e a uma agenda regulatória, que devem ser elaborados pela diretoria colegiada ou pelo conselho diretor da agência reguladora setorial (arts. 17, *caput*, 18, § 2º, e 21, § 2º).

O plano estratégico, de duração quadrienal, deve ser compatível com o plano plurianual e conter “os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência

---

<sup>108</sup> DI PIETRO (Coord.), MARQUES NETO e KLEIN. **Tratado de direito administrativo**, pp. 677–685.

reguladora relativos à sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas”, sem prejuízo da indicação dos fatores externos alheios ao controle da agência com aptidão para afetar significativamente seu cumprimento (art. 17). O plano de gestão anual, que deve estar alinhado ao plano estratégico, corresponde ao “instrumento anual do planejamento consolidado da agência reguladora” e deve contemplar as ações, os resultados e as metas relacionados aos processos finalísticos e de gestão (art. 18). A agenda regulatória, que integrará o plano de gestão anual, é o “instrumento de planejamento da atividade normativa que conterà o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência” (arts. 18, § 1º, e 21).

Paralelamente a essa dimensão planejadora, a atividade normativa das agências reguladoras acha-se condicionada pela análise de impacto regulatório, que, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, é “um estudo de estimativa dos impactos da regulação que integra o procedimento interno ou o processo regulatório normativo, voltando-se, neste caso, a qualificar a motivação da regulação final”.<sup>109</sup>

Nas palavras de Patrícia Pessoa Valente:

Em breves linhas, a *análise de impacto regulatório (AIR)* é um procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória estatal, baseado no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma dada decisão. Apresenta como principais etapas a delimitação de objetivos e meios pretendidos pela decisão regulatória a ser tomada, o mapeamento dos prováveis impactos, a análise dos custos e benefícios da medida e o monitoramento dos efeitos após sua implementação. Além de ser um requisito para sua elaboração, a AIR também deve ser realizada em caso de alteração de uma decisão anteriormente formalizada em uma norma regulatória.<sup>110</sup>

Incentivada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a análise de impacto regulatório foi introduzida no direito administrativo brasileiro no contexto do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), criado por meio do Decreto nº 6.062/2007, alterado pelo Decreto nº 8.760/2016.<sup>111</sup> Sua elevação ao nível legislativo ordinário ocorreu com o advento da Medida Provisória nº 881/2019, convertida na Lei nº 13.874/2019 (art. 5º), autoproclamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e da Lei nº 13.848/2019 (art. 5º), que dispõe sobre a

<sup>109</sup> DI PIETRO (Coord.), MARQUES NETO e KLEIN. **Tratado de direito administrativo**, p. 639.

<sup>110</sup> VALENTE, **Análise de impacto regulatório**, pp. 35–36.

<sup>111</sup> Para um histórico completo do PRO-REG, consultar o sítio da Casa Civil da Presidência da República, em que há uma seção dedicada ao sistema regulatório brasileiro. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/sistema-regulatorio-brasileiro/historico-do-pro-reg/historico-do-pro-reg-pagina>. Acesso em: 31 out. 2021.

gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. O regulamento respectivo foi publicado por meio do Decreto nº 10.411/2020.

Por fim, cumpre referir a exigência legal de coordenação intersetorial e interfederativa, notadamente nas intersecções da regulação econômica com a defesa da concorrência, do meio ambiente e do consumidor (arts. 29 a 35).

A instituição de ordenamentos setoriais compatíveis com a natureza multicêntrica e horizontal da Administração Pública no Estado regulador não infirma o caráter unitário do direito e a interdisciplinaridade que permeia os serviços públicos delegados e as atividades econômicas franqueadas a particulares. Daí a possibilidade de que setores complexos como o de infraestrutura atraiam a competência de diversas agências reguladoras e de órgãos ou entidades não independentes de um mesmo nível governamental ou de esferas federativas diferentes.

Ilustre-se com a hipótese de concessão de rodovia federal que atravesse ou tangencie áreas de proteção ambiental ou unidades de conservação de uso sustentável. A depender das circunstâncias, os atos normativos e de adjudicação<sup>112</sup> da Agência Nacional de Transportes Terrestres poderão conflitar com as disposições regulamentares do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e do Instituto “Chico Mendes” de Preservação da Biodiversidade (ICMBio). A par disto, é possível que o compartilhamento de infraestrutura, a exemplo daquele que se verifica nos setores de energia elétrica e de telecomunicações,<sup>113</sup> implique justaposição de instâncias regulatórias.

A defesa da concorrência também é ambiente propício para a eclosão de conflitos de competência regulatória. Em passado recente, assistiu-se à disputa havida entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica pela aprovação de ato de

---

<sup>112</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto qualifica a regulação normativa, fiscalizatória, sancionadora e adjudicatória como técnicas de regulação baseadas na autoridade, que se opõem às técnicas de regulação fundamentadas no consenso, como, por exemplo, as recomendações, e os acordos regulatórios. A regulação adjudicatória consiste na “*edição de atos que habilitem o particular a explorar uma atividade regulada ou que permitam o exercício regular de um direito, obedecendo, sempre que for o caso, os requisitos previstos na Lei de Licitação e Contratos. Trata-se de competência definida em lei para que a autoridade regulatória, analisando o contexto do setor e a condição subjetiva do pleiteante, outorgue o título habilitador da atividade regulada, que pode ser uma autorização, uma licença, uma permissão ou qualquer outro título que o ordenamento setorial confira*” (DI PIETRO [coord.], MARQUES NETO e KLEIN, **Tratado de direito administrativo**, p. 587, destaques do original).

<sup>113</sup> *Op. cit.*, pp. 676–677.

concentração de instituições financeiras.<sup>114</sup>

Fundamentado no Parecer GM nº 20/2001, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo presidente da República, o Banco Central do Brasil perseverou na defesa do seu papel de autoridade regulatória e concorrencial no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. A questão foi levada ao Poder Judiciário mediante mandado de segurança impetrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em face do Banco Central do Brasil. Na Justiça Federal de primeira instância, a segurança foi denegada para assentar a competência do impetrado para a realização do controle de estrutura. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região proveu apelação interposta pela autarquia antitruste e afirmou a prevalência da legislação de defesa da concorrência em detrimento da legislação bancária.<sup>115</sup> Contudo, no Superior Tribunal de Justiça a tese vencedora, alusiva a um princípio de especialidade, deu pela prevalência da autoridade bancária e do parecer vinculante que justifica sua competência, que foi considerado oponível a toda Administração federal, até mesmo às autoridades independentes.<sup>116</sup> A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mas foi negado seguimento ao recurso extraordinário,<sup>117</sup> dando-se sobrevida à decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Antes mesmo da edição da Lei nº 13.848/2019, alguns autores já defendiam a celebração de atos normativos conjuntos pelos reguladores conflitantes e a criação de uma entidade de coordenação regulatória com a incumbência de identificar os potenciais dissídios e incentivar o diálogo institucional voltado à expedição de atos normativos conjuntos, sem, contudo, comprometer a autonomia reforçada das agências reguladoras.<sup>118</sup> Estas soluções foram encampadas pelo legislador ordinário.

Os arts. 25 e 26 da Lei nº 13.848/2019 dispõem sobre a interação entre as agências reguladoras e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que devem atuar de

---

<sup>114</sup> MENDONÇA e IVO, O conflito de competência entre o CADE e o BACEN (...), pp. 160–187.

<sup>115</sup> Autos nº 2002.34.00.033475-0 (numeração única da Justiça Federal de primeiro e segundo graus).

<sup>116</sup> Recurso Especial nº 1.094.218, rel. min. Eliana Calmon, de cuja ementa se extrai o seguinte: “1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração. 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.”

<sup>117</sup> Recurso Extraordinário 664.189, rel. min. Dias Toffoli, j. 09/06/2014.

<sup>118</sup> DI PIETRO (Coord.), MARQUES NETO e KLEIN, **Tratado de direito administrativo**, p. 676.

modo concertado e simbiótico, privilegiando a troca de experiências. Doravante, as agências reguladoras têm a incumbência de “monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência” (art. 25, *caput*). Ao tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, “deverão comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis” (art. 27).

A competência para sancionar os responsáveis por infrações à ordem econômica e para fazer o controle de estruturas é do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a quem cumpre instaurar os processos administrativos devidos (art. 25, § 1º). Contudo, as agências reguladoras poderão ser demandadas para a elaboração de “pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos” (art. 25, § 2º).

O dever de colaboração recíproca também é oponível ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que, na forma da lei, “notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração”, para que sejam adotadas as providências legais (art. 28).

A articulação intersetorial está prevista no arts. 29 e 30 da Lei nº 13.848/2019, que vão ao encontro das propostas de Floriano de Azevedo Marques Neto, dantes referidas. O primeiro alude à edição de atos normativos conjuntos que disponham “sobre matéria cuja disciplina interesse a agentes econômicos abrangidos por mais de uma regulação setorial”, os quais poderão prever a adoção de mediação e arbitragem por comissão composta por representantes de todas as agências reguladoras afetadas. O segundo autoriza a constituição “comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre si ou com os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” vocacionados a “estabelecer orientações e procedimentos comuns para o exercício da regulação nas respectivas áreas e setores e a permitir a consulta recíproca quando da edição de normas que impliquem mudanças nas condições dos setores regulado”.

A articulação interorgânica na esfera federal, com órgãos de defesa do consumidor e do meio-ambiente, e em escala interfederativa, com agências reguladoras ou órgãos de regulação

estaduais, municipais e distritais, segue a lógica da coordenação intersetorial. Para o desempenho da tarefa consistente em zelar pelo cumprimento da legislação consumerista e ambiental, as agências reguladoras poderão celebrar convênios e acordos de cooperação cujo escopo seja a colaboração mútua, vedada, no entanto, a delegação de competências que lhes tenham sido atribuídas por lei específica de proteção e defesa do consumidor no âmbito do setor regulado (art. 31, § 2º, e 33 da Lei nº 13.848/2019).

Seguindo uma tendência consolidada na prática regulatória,<sup>119</sup> inclusive com o consentimento do Tribunal de Contas da União,<sup>120</sup> a Lei nº 13.848/2019 reafirmou aquilo que já se continha na Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)<sup>121</sup> e facultou às agências reguladoras a celebração de compromissos de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à sua competência regulatória, com força de título executivo extrajudicial e eficácia suspensiva do poder punitivo na esfera administrativa.<sup>122</sup>

Repita-se que as agências reguladoras não estão subordinadas hierarquicamente ao titular do ministério ou da secretaria estadual ou municipal a que estão organicamente vinculadas. Tampouco lhes é oponível a tutela administrativa ou a supervisão ministerial, abertamente incompatível com a autonomia reforçada, tendo a Lei nº 13.848/2019 suprimido a possibilidade de recurso hierárquico impróprio, outrora admitido por força do Parecer nº 51/2006, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo presidente da República.<sup>123</sup>

O referido parecer, atualmente revogado pela legislação ordinária, admitia a revisão ministerial das decisões das agências reguladoras nas hipóteses de excesso de poder, desvio de finalidade ou violação de políticas públicas setoriais. No item II de sua ementa, consta o

<sup>119</sup> Processo 53500.026485/2016-62, Termo de Ajustamento nº 001/2020. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) celebrou seu primeiro compromisso de ajustamento de conduta em junho de 2020.

<sup>120</sup> TC nº 038.355/2019-1, acórdão nº 618/2020, rel. min. Bruno Dantas.

<sup>121</sup> Art. 5º, [...] “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” Embora a lei refira os “órgãos públicos legitimados”, a previsão também abrange as entidades da Administração indireta, cuja legitimidade está expressa no inciso IV do dispositivo legal mencionado.

<sup>122</sup> Art. 32.

<sup>123</sup> O referido parecer, atualmente revogado pela legislação ordinária, admitia a revisão ministerial das decisões das agências reguladoras nas hipóteses de excesso de poder, desvio de finalidade ou violação de políticas públicas setoriais. No item II de sua ementa, consta o seguinte: “Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta”. A excessiva abertura do texto opinativo, em cuja redação houve um emprego abusivo de termos vagos e imprecisos, dava margem ao recurso hierárquico impróprio em toda e qualquer hipótese.

seguinte:

Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

A excessiva abertura do texto opinativo, em cuja redação houve um emprego abusivo de termos vagos e imprecisos, dava margem ao recurso hierárquico impróprio em toda e qualquer hipótese.

Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

A razão da inexistência de controle hierárquico é de fácil entendimento. Se admitida esta espécie de controle, os órgãos da Administração direta poderiam interferir permanentemente na atividade do regulador, monitorando seus atos e, sempre que adotados em contrário à vontade política existente no núcleo do poder, desfariam o ato reformando-o ou determinando o seu refazimento. Assim, descabem, no âmbito interno ao Poder Executivo, tanto a tutela dos atos praticados pelo regulador, quanto a sua revisão de ofício ou mediante recurso do interessado.<sup>124</sup>

Entretanto, subsiste a necessidade de respeito à macropolítica setorial, do que resulta um mínimo de vinculação ao ministério supervisor. De resto, a autonomia reforçada das agências reguladoras tampouco afasta os mecanismos de controle externo a cargo do Poder Legislativo, secundado pelo Tribunal de Contas, do Ministério Público, do Poder Judiciário e da sociedade (arts. 14, 16 e 22 da Lei nº 13.848/2019).

Para viabilizar o controle parlamentar — que ordinariamente é repressivo, mas também pode ser preventivo, e neste particular é oportuno realçar o controle exercido por Tribunais de Contas sobre a atividade administrativa de regulação pública da economia<sup>125</sup> —, a agência reguladora deve elaborar “relatório anual circunstanciado de atividades”, no qual lhe cabe destacar o cumprimento da política setorial, tal qual definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos planos estratégico e de gestão anual. Este relatório, que conterà sumário executivo e será elaborado em consonância com o relatório de gestão integrante da prestação de contas da agência reguladora, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.443/1992, deve ser encaminhado pela agência reguladora, por escrito, no prazo de até 90 dias após a abertura da

<sup>124</sup> MARQUES NETO, **Agências reguladoras independentes**, p. 73.

<sup>125</sup> RIBEIRO, e JORDÃO, Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória. Neste opúsculo, os autores referem, além da ausência de previsão constitucional e legal para muitas competências que o Tribunal de Contas da União atribui si mesmo no controle da regulação estatal (o que já é um grande problema jurídico), os riscos que essas investidas da Corte de Contas representam à imparcialidade esperada das agências reguladoras, que devem operar como “poderes neutrais”.



sessão legislativa do Congresso Nacional, ao ministro de Estado da pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União; também deve ser disponibilizado aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

A atividade fiscalizadora que o Ministério Público exerce sobre as agências reguladoras restringe-se à verificação da compatibilidade de seus atos normativos e concretos com a Constituição, as leis e os regulamentos setoriais. Seu desiderato consiste em tutelar o patrimônio público e social e zelar pelo efetivo respeito do poder público aos direitos assegurados constitucionais dos cidadãos (art. 129, II e III, CF). Para o desempenho deste mister, o *parquet* pode instaurar procedimentos investigatórios e inquéritos civis, bem assim propor ações civis públicas.

Embora integre o microssistema processual de defesa da moralidade administrativa, a ação de improbidade administrativa regulada pela Lei nº 8.429/1992 tem caráter repressivo e sancionatório e, portanto, não pode ser manejada com o propósito de tutelar o patrimônio público ou social e de controlar a formulação ou a execução de políticas regulatórias (art. 17-D, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, acrescentado pela Lei nº 14.230/2021). Para este fim, o ordenamento jurídico franqueia ao Ministério Público a ação civil pública disciplinada pela Lei nº 7.347/1985, que é o instrumento processual adequado para a tutela de direitos metaindividuais ameaçados ou lesados por comportamentos administrativos.

O controle jurisdicional, inclusive mediante provocação do Ministério Público, é um controle de legalidade. O grande desafio a ele associado consiste em calibrar a sua intensidade, isto é, em delimitar a extensão e a profundidade da atividade cognitiva desenvolvida por juízes e tribunais (cognição horizontal e vertical), mediante a ponderação dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois a exorbitância do controlador pode comprometer a efetividade do comando regulatório e cercear a autoridade da agência incumbida da regulação setorial.<sup>126</sup>

A função controladora desenvolvida por juízes, tribunais e órgãos do Ministério Público também pode ter conotação preventiva ou repressiva, pois, na forma do art. 5º, XXXV, Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Isto porque, ao proclamar o direito fundamental à proteção judicial efetiva

---

<sup>126</sup> DI PIETRO (Coord.), MARQUES NETO e KLEIN, **Tratado de direito administrativo**, p. 677.

contra ameaças a situações jurídicas individuais ou coletivas, o constituinte salvaguardou a tutela provisória, de natureza cautelar e tutela satisfativa, exercitável em caráter antecedente ou incidental, nos termos da legislação processual civil.<sup>127</sup>

O assunto será abordado com mais vagar na segunda parte desta dissertação, que se ocupará da determinação dos critérios para o controle jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras.

Por fim, tem-se o controle social, que é aquele provocado ou desenvolvido por sujeito direta ou indiretamente interessado no bom funcionamento do aparelho estatal, em defesa de direitos próprios ou alheios ou, ainda, contra ilegalidades ou abusividades no exercício da função administrativa (art. 37, § 3º, II e III, CF).

Ressalvadas as hipóteses de sigilo imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade” (art. 5º, XXXIII, CF). A obtenção destas informações é instrumentalizada pelo direito de petição, a que corresponde um dever estatal de publicidade e transparência (arts. 5º, XXXIV, “a”, e 37, *caput* e § 3º, II, CF e Lei nº 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação.) Uma vez que se encontre na posse de tais elementos informativos ou probatórios, o indivíduo tem a prerrogativa de deduzir pretensões perante a Administração Pública ou o Poder Judiciário, com o objetivo de sanar defeitos que, à revelia do ordenamento jurídico, impliquem limites e condicionamentos a seus direitos.

Na atualidade, as ouvidorias das agências reguladoras, previstas nos arts. 22 a 24 da Lei nº 13.848/2019, são relevantes instrumentos de controle social, na medida em que, de modo rápido e simples, permitem ao interessado reclamar contra comportamentos desviantes de agentes públicos e econômicos, sobretudo de delegados de serviços públicos concedidos ou autorizados ou, ainda, de exploradores de atividades econômicas sujeitas à regulação estatal.

Diante do que foi exposto, à moda de síntese parcial, deve-se reconhecer que o debate brasileiro sobre a compatibilidade do modelo de agências reguladoras independentes com a democracia representativa é bem menos intenso que o equivalente europeu, pois a

---

<sup>127</sup> O regime geral da tutela provisória descansa nos arts. 297 e seguintes do Código de Processo Civil. Em leis processuais extravagantes constam normas sobre tutela provisória, as quais dialogam com as congêneres do diploma codificado (diálogo das fontes).

constitucionalidade destes arranjos institucionais não se condiciona ao estabelecimento de vinculação político-partidária com o titular da Administração Pública centralizada. Antes, resulta de seu processo constitutivo, da forma de investidura de seus dirigentes, da processualidade na tomada das decisões regulatórias e da amplitude dos controles internos e externos que lhe são opostos pelo ordenamento jurídico.



## 2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO — SISTEMA DE JURISDIÇÃO UNA

O direito brasileiro é caudatário do sistema jurídico europeu continental, também denominado sistema romano-germânico ou sistema de *civil law*, que “proveio dos estudos do direito romano, realizados a partir do século XII, nas universidades europeias dos países latinos e [...] germânicos, entre as quais se destaca a Universidade de Bolonha, na Itália”.<sup>128</sup> Neste sistema, a ciência do direito desfruta de protagonismo na formulação das regras de conduta, ao passo que a norma escrita, codificada ou extravagante, produzida pelo órgão legislativo, tem primazia sobre a jurisprudência e os costumes.

Ao discorrer sobre a formação e o desenvolvimento do sistema romano-germânico, René David observa:

A primeira família de direitos, que merece reter a nossa atenção, é a família de direito romano-germânica. Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estritamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a “doutrina” pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de “códigos”.

Uma outra característica dos direitos da família romano-germânica reside no fato destes direitos terem sido elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando regular as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos, partindo dos princípios do “direito civil”, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito.<sup>129</sup>

O direito administrativo nacional é manifestação inequívoca dessa família de direitos. Embora ao tempo de sua concepção não se apresentasse como um direito legislado, o seu desenvolvimento está umbilicalmente ligado aos ensinamentos de autores franceses, alemães, austríacos, italianos, portugueses e espanhóis. A despeito de um acentuado déficit de normas

<sup>128</sup> DI PIETRO, (Coord.) e MARTINS JUNIOR, *Tratado de direito administrativo*, p. 95.

<sup>129</sup> DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, pp. 17–18.

escritas — ainda em fase de suprimento pelos poderes políticos<sup>130</sup> —, as noções de ato administrativo, licitação, contrato administrativo, serviço público, polícia administrativa, intervenção estatal na propriedade privada, órgão público, desconcentração, descentralização etc. são reconduzíveis aos conceitos legados à ciência jurídica por esses estudiosos do direito público, que se abeberaram não apenas no conhecimento teórico acumulado após a queda do Antigo Regime francês e a emergência do Estado de Direito, mas também na jurisprudência de seus tribunais administrativos e nas suas constituições e leis.

A exceção a essa regra é o nosso direito constitucional, cuja formação remonta ao sistema anglo-saxão, também denominado sistema de *common law*. Na gênese deste sistema, os juízes eram as figuras proeminentes, pois lhes cumpria “resolver litígios particulares, [...] e não formular uma regra geral de conduta para o futuro”.<sup>131</sup> Foi no sistema de *common law*, especialmente na respectiva matriz norte-americana, que Ruy Barbosa buscou inspiração para esboçar o anteprojeto que se converteu na Constituição de 1891, cujas características fundamentais se espalharam por todos os textos constitucionais supervenientes.

Contudo, tem havido uma paulatina interpenetração das famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*, sobretudo com a influência da moral cristã e da expansão do papel da lei escrita nesta última.<sup>132</sup> Exemplo disso é o *United States Code*, que condensa a legislação federal dos Estados Unidos, inclusive o *Administrative Procedure Act*, de 1946,<sup>133</sup> a principal lei administrativa daquele país.

Em matéria de controle jurisdicional da Administração Pública, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição una, cujo núcleo essencial consiste em reservar ao Poder Judiciário a competência para decidir definitivamente, com autoridade de coisa julgada, sobre a validade de comportamentos estatais derivados do exercício de função administrativa. As referências ao sistema de contencioso administrativo ou sistema francês e ao sistema misto<sup>134</sup> ostentam apelo

---

<sup>130</sup> Nos anos 1990, 2000 e seguintes, assistiu-se à edição de um expressivo número de leis preordenadas à disciplina de temas de direito administrativo até então disciplinados por normas de origem pretoriana ou infralegal (delegação de serviços públicos mediante concessão, permissão e autorização, processo administrativo, terceiro setor, análise de impacto regulatório etc.).

<sup>131</sup> DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 19.

<sup>132</sup> *Op. cit.*, p. 20; MARQUES NETO, *O direito administrativo (...)*. pp. 69–72.

<sup>133</sup> Cf. título 5, parte I, capítulo 5, subcapítulo II, §§ 551 a 559.

<sup>134</sup> Segundo Odete Medauar, “incluem-se no modelo misto os ordenamentos em que um único tribunal representa o último grau para os litígios administrativos e os demais; não se leva em consideração a existência de um Tribunal específico para litígios de natureza constitucional, o qual, de regra, encabeça todas as jurisdições”. Na Espanha, por exemplo, “há jurisdições especializadas em contencioso administrativo em todos os escalões do Judiciário; no Tribunal Supremo, dentre as cinco câmaras se encontra a Câmara do Contencioso Administrativo”. Assim também na Suíça, em cujo Poder Judiciário há um Tribunal Administrativo Federal instalado em 2007 em substituição a

unicamente teórico, pois desde o Império não se tem notícia de um órgão de jurisdição administrativa estranho aos quadros do Poder Judiciário.

O Conselho de Estado, previsto nos arts. 137 a 144 da Constituição de 1824, extinto pelo Ato Institucional de 1834, recriado pela Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, e novamente extinto pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, não apresentava nenhuma similitude com o homônimo francês, nem mesmo na fase de justiça retida.<sup>135</sup> A sua atuação era exclusivamente consultiva,<sup>136</sup> limitada ao assessoramento do imperador para assuntos graves e para medidas gerais. Embora o art. 7º, inciso 4, da Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, promulgada por Dom Pedro Segundo, “tenha lhe atribuído a manifestação, por consulta do Imperador, sobre conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias, o Conselho de Estado não firmou tradição de órgão jurisdicional”.<sup>137</sup>

Na contemporaneidade, o fundamento de validade do sistema brasileiro de jurisdição una é o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual enuncia que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, individual ou coletivo em sentido amplo,<sup>138</sup> exercitável em face do poder público ou de particulares.<sup>139</sup> Por força deste dispositivo constitucional, o acesso à jurisdição estatal independe de prévio recurso à esfera administrativa, com a ressalva dos conflitos eclodidos no âmbito de competições desportivas,<sup>140</sup> do *habeas*

---

inúmeras comissões federais de recurso. “Em todo cantão existe ou um tribunal administrativo distinto dos demais, ou uma câmara administrativa inserida no tribunal do cantão competente em matéria civil e penal” (MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, pp. 210–211).

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, **As transformações da justiça administrativa**, pp. 23–28.

<sup>136</sup> A comparação estabelecida tem em perspectiva um mesmo momento histórico, pois, na primeira fase de sua história, o Conselho de Estado francês também exercia funções meramente consultivas. Nas palavras de Jean Rivero, “[c]riado pelo artigo 52º da Constituição do ano VIII, à imagem do Conselho do Rei, de que se considera sucessor, o Conselho de Estado napoleônico exerce a princípio a sua competência consultiva nos três domínios: legislativo (elabora os grandes Códigos), executivo e contencioso; a partir de 1806 uma comissão do contencioso, criada no seu seio, especializa-se no julgamento de litígios, a título de justiça reservada” (RIVERO, **Direito administrativo**, p. 219).

<sup>137</sup> MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, p. 213.

<sup>138</sup> No direito positivo pátrio, os direitos ou interesses coletivos *lato sensu* também são intitulados direitos transindividuais e se subdividem em direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I a III, da Lei nº 8.078/1990, denominada Código de Defesa do Consumidor). Os critérios de definição empregados pelo legislador são a divisibilidade do objeto (indivisível ou divisível), a determinabilidade dos sujeitos (sujeitos indeterminados, indetermináveis, determináveis e determinados) e a natureza do vínculo que os une (situação factual ou relação jurídica base).

<sup>139</sup> A Constituição Federal de 1988 avançou em relação à Carta Constitucional de 1969, cujo art. 153, § 4º era mais tímido e restringia a regra da inafastabilidade do controle jurisdicional às hipóteses de “lesão de direito individual”. A despeito da consagração do processo cautelar no plano infraconstitucional, inclusive sob o signo de poder cautelar geral da autoridade judiciária, a tutela jurisdicional preventiva, de índole satisfativa ou acauteladora, não figurava entre os direitos fundamentais de natureza processual.

<sup>140</sup> “Art. 217 [...] § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Ao discorrer sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, Alexandre de Moraes refere a existência de uma previsão constitucional

*data*<sup>141</sup> e dos litígios cuja causa de pedir remota compreenda questões factuais que devam ser examinadas pela Administração Pública previamente à revisão judicial, sob pena de usurpação de função administrativa e de não configuração do interesse de agir.<sup>142</sup>

As referências constitucionais, legais e regulamentares ao exercício de função jurisdicional pela Administração Pública<sup>143</sup> e por Tribunais de Contas<sup>144</sup> suscitam cuidado e atenção à totalidade do sistema jurídico, especialmente à teoria da separação dos poderes e aos conhecimentos acumulados pela ciência processual.

Conquanto exposto a transformações desencadeadas pelas contingências políticas, sociais, econômicas e culturais, o Estado contemporâneo mantém a partilha das funções de legislar, administrar e julgar entre distintos órgãos da soberania política, isto é, entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>145</sup> O surgimento de arranjos institucionais insuscetíveis de acomodação perfeita à tríade clássica (a exemplo dos Tribunais de Contas, da Defensoria Pública, do Ministério Público e das agências reguladoras), a delegação de poderes e a

---

“jurisdição condicionada”, também denominada “instância administrativa de curso forçado”. Por se tratar de norma originária, sua validade está acima de qualquer questionamento (MORAES, **Direito constitucional**, p. 106).  
<sup>141</sup> “Súmula 2. Não cabe o habeas data [...] se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. Embora não haja previsão constitucional de jurisdição condicionada na hipótese, o acesso direto e imediato ao Poder Judiciário, sem prévia oportunidade de atuação corretiva do detentor dos dados, atenta contra a separação dos poderes, pois franqueia ao Poder Judiciário oportunidade de usurpar função administrativa, e subverte a lógica processual de condicionamento do interesse de agir à necessidade de provimento certificador de ilegalidade. Esse aspecto processual é tratado na nota seguinte.

<sup>142</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o prévio requerimento administrativo é indispensável para caracterizar o interesse de agir no processo judicial previdenciário quando seja necessário analisar matéria fática e não haja recusa sistemática do poder público ao acolhimento da pretensão do beneficiário da seguridade social. Entretanto, o requerimento administrativo não se confunde com o exaurimento da instância, a qual não é exigível. A ementa do acórdão tem a seguinte dicção: “1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo — salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração —, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. [...]”

<sup>143</sup> Leis e atos normativos regulamentares aludem, de modo equivocado, ao exercício de jurisdição por órgãos administrativos. É o caso da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências (art. 4º); da Lei nº 8.443/1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências (art. 4º); da Resolução nº 24/2021, da Comissão de Valores Mobiliários (art. 1º), que aprova o regimento interno da autarquia encarregada da regulação do mercado de capitais etc.

<sup>144</sup> O art. 73, *caput*, da Constituição Federal enuncia que o Tribunal de Contas da União tem “sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e *jurisdição* em todo o território nacional”.

<sup>145</sup> Nos sistemas parlamentaristas europeus, os órgãos da soberania política são o parlamento, o governo, a administração pública e os tribunais.



transferência constitucional de competências não têm aptidão para eclipsar o núcleo essencial da tripartição orgânica e funcional do poder estatal.

Nessa linha de intelecção, e na esteira da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição deve ser assimilada como uma função típica dos órgãos comuns ou especializados do Poder Judiciário,<sup>146</sup> excepcionalmente cometida a árbitros privados,<sup>147</sup> “destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.<sup>148</sup> Alternativamente, de acordo com os ensinamentos de Cássio Scarpinella Bueno, pode-se descrevê-la como a “função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com vocação de definitividade de conflitos intersubjetivos”.<sup>149</sup> Parafraseando Fredie Didier Jr., também é admissível conceituá-la como a função atribuída a terceiro imparcial, preposta a realizar o direito de modo imperativo e criativo, mediante o reconhecimento, a efetivação ou a proteção de situações jurídicas materiais ou processuais, em decisão insuscetível de controle externo, com aptidão para tornar-se indiscutível.<sup>150</sup> Sem prejuízo do acerto dos que o antecedem, este último conceito tem a virtude de agrupar a totalidade dos atributos da jurisdição e sublinhar seu caráter constitutivo do direito, e não meramente declaratório da vontade objetiva da lei.

O desempenho por terceiro imparcial com ou sem investidura em cargo público (juiz estatal ou árbitro privado), a aptidão para a formação de coisa julgada (definitividade) e a impossibilidade de revisão do provimento jurisdicional por organismo estranho ao aparelho judiciário (admissibilidade limitada do juízo revisional) são características indissociáveis da função jurisdicional.<sup>151</sup>

Embora discorde dos argumentos alusivos à substitutividade e à definitividade, que considera acidentais, Araken de Assis atribui à imparcialidade e à admissibilidade limitada do juízo revisional o *status* de elementos diferenciadores das funções jurisdicional e

---

<sup>146</sup> Os órgãos do Poder Judiciário são aqueles referidos nos incisos I a VII do art. 92 da Constituição Federal. O Conselho Nacional de Justiça, mencionado no inciso I-A, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, não exerce função jurisdicional. *Grosso modo*, sua competência é circunscrita ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário nacional e ao cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-4, § 4º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda nº 45/2004).

<sup>147</sup> Fredie Didier Jr. sustenta a constitucionalidade da arbitragem, e reafirma a sua natureza jurisdicional, e faz um interessante contraponto a Luiz Guilherme Marinoni e a Daniel Mitidiero, processualistas que advogam a tese segundo a qual contratual da arbitragem e o monopólio estatal da função jurisdicional (DIDIER JR., **Curso de direito processual civil**, pp. 171–176).

<sup>148</sup> DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, pp. 453–454.

<sup>149</sup> BUENO, **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1, p. 131.

<sup>150</sup> DIDIER JR., **Curso de direito processual civil**, p. 155.

<sup>151</sup> DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, pp. 458–460.

administrativa. De conseguinte, conquanto de forma oblíqua — visto que na passagem consultada o autor não se propôs a investigar a natureza das decisões do contencioso administrativo —, confere amparo à assertiva segundo a qual tribunais administrativos e mesmo Tribunais de Contas, que não deixam de ser órgãos administrativos, não exercem jurisdição em sentido estrito. O excerto a seguir é de indispensável leitura:

A diferenciação dos atos jurisdicionais e administrativos sempre despertou maiores controvérsias. Conceberam-se várias teorias a respeito. Nenhuma se revela plenamente satisfatória. Os traços distintivos porventura identificados — por exemplo, a promoção do bem comum, satisfazendo os interesses individuais e coletivos, por obra do ato administrativo —, raramente calham tão só à jurisdição ou à administração. O critério orgânico é imprestável, porque sempre houve zonas de fronteira. Também a matéria própria da jurisdição não é homogênea em diferentes ordenamentos jurídicos. De resto, o item somente adquire importância nos sistemas jurídicos que consagram o princípio da dualidade da jurisdição, o que enseja mais problemas do que vantagens. Ao particular não interessa qual o órgão judiciário que processará, julgará e, por fim, executará a causa, mas os respectivos predicados — em especial, a equidistância.

A concepção de maior realce, e que angariou larga difusão no direito brasileiro, assenta no fato de a atividade processual atuar com o objetivo de restaurar e impor os comandos legislativos desrespeitados pelos particulares, ou pela Administração, e, assim, sub-rogar-se na conduta originária e conforme ao direito dos particulares e da Administração. Essa hipotética peculiaridade sugere que o traço básico da jurisdição avulta no caráter substitutivo. A ideia se difundiu no direito pátrio. Flagrantemente a tese é falsa. Existem situações perante as quais o órgão não se substitui ao particular no ponto de vista substancial, jurisdiciona originariamente; por exemplo, na aplicação das regras quanto à própria competência. O inconsistente caráter substitutivo da atividade jurisdicional deixa sem explicação várias tarefas transcendentais afetas ao juiz.

Tampouco se pode localizar no produto eventual da função jurisdicional, que é a autoridade de coisa julgada, a respectiva essência. Em tal concepção, o vínculo — eficácia processual da coisa julgada — dos outros órgãos judiciários ao decidido anteriormente, impedindo-lhes de julgar outra vez e, destarte, assumir o risco de contradizer o julgado na prática, representaria corolário necessário do direito à tutela jurídica do Estado.

Essa perspectiva troca a causa pelo efeito. É verdade que se trata de atributo dos mais distintos ou “efeito importante e característico do ato jurisdicional”. Todavia, ele é próprio da função de conhecimento — na verdade, da regra jurídica concreta formada nessa atividade ou “trabalho de gabinete” —, inexistindo, segundo o entendimento largamente predominante, na função executiva e, segundo opinião majoritária, em determinadas sentenças definitivas (infra, 154). Essas decisões decorrem do exercício da pretensão à tutela jurídica do Estado (ação processual). Pouco razoável vincular uma coisa à outra. A adoção da coisa julgada como critério distintivo da jurisdição implicaria o abandono da atividade instrumental mais relevante do juiz, no que tange ao mundo social, a realização forçada das regras jurídicas individualizadas, objeto da função executiva. E tal atitude constitui flagrante concessão ao paradigma racionalista, limitando a atividade jurisdicional ao reconhecimento de regras preexistentes (em primeiro lugar, todavia, cumpre-lhe atuar os direitos fundamentais) e erige a certeza como valor fundamental da ordem jurídica.

Explicam-se as diferenças entre os atos administrativos e jurisdicionais de modo mais simples e direto. Os pronunciamentos do órgão judiciário pressupõem lide real ou virtual entre as partes ou entre estas e algum interesse público meta-processual que exige a interseção do juiz para entregar o bem da vida. O escopo que origina a atividade jurisdicional, que lhe dá causa, enfim, a sua razão de ser reside na resolução da lide (retro, 1). É verdade que tal ocorrerá mediante a provisão de terceiro imparcial — a célebre nota da “terzeità” —, e os provimentos dos órgãos jurisdicionais se

mostram imunes à revisão de outro órgão estatal desprovido da função de julgar. Nem sequer a lei pode desautorizar e desfazer os atos judiciais (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988).<sup>152</sup>

Semelhante argumentação é desenvolvida por Alexandre Freitas Câmara, que individualiza as funções administrativa e jurisdicional a partir das noções de substitutividade, estabilidade resultante da autoridade da coisa julgada e imparcialidade, pois o juiz é terceiro imparcial, ao passo que o administrador é árbitro de suas próprias disputas.<sup>153</sup>

Decerto, as agências reguladoras e as entidades administrativas desprovidas deste rótulo, mas igualmente dotadas de autonomia reforçada, a exemplo do Banco Central do Brasil,<sup>154</sup> da Comissão de Valores Mobiliários<sup>155</sup> e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica,<sup>156</sup> são competentes para, à semelhança do Poder Judiciário, arbitrar conflitos entre agentes econômicos do setor regulado e entre eles e os destinatários dos serviços públicos delegados ou das atividades econômicas autorizadas. Contudo, daí não se segue que se qualifiquem como organismos jurisdicionais em sentido técnico-processual, pois as decisões que proferem carecem de definitividade e podem ser revistas em juízo. Esta técnica de solução heterônoma de litígios é apenas um “equivalente jurisdicional”, na medida em que as decisões regulatórias estão sujeitas a amplo controle pelo Poder Judiciário, de ordem formal e substancial.<sup>157</sup>

Sublinhe-se, no entanto, que o monopólio judicial da função jurisdicional não é absoluto. Em circunstâncias demarcadas pela Constituição Federal ou até mesmo pela legislação ordinária, a competência para dizer o direito é episodicamente conferida ao Poder Legislativo ou, ainda, a árbitros privados. Assim sucede quando o Senado Federal julga, de

<sup>152</sup> ASSIS, **Processo civil brasileiro**, v. I, título III, seção I, capítulo 13, item 181.2.

<sup>153</sup> CÂMARA, **Lições de direito processual civil**, pp. 77–78.

<sup>154</sup> A autonomia reforçada do Banco Central do Brasil foi expressamente assegurada pelo art. 6º, *caput*, da Lei Complementar nº 179/2021.

<sup>155</sup> O art. 5º da Lei nº 6.385/1976 expressamente qualifica a Comissão de Valores Mobiliários como autoridade administrativa independente.

<sup>156</sup> Ao contrário do que se passa com o Banco Central do Brasil e com a Comissão de Valores Mobiliários, cuja autonomia reforçada está assegurada em lei, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica não é expressamente qualificado pela Lei nº 12.529/2011 como autoridade administrativa independente. Contudo, é inegável que desfruta de autonomia administrativa e decisória, pois os seus conselheiros são titulares de mandato e não são demissíveis *ad nutum* (arts. 6º, § 1º, e 7º) e as suas decisões não desafiam recurso hierárquico impróprio, podendo ser contestadas internamente (arts. 9º, VI, 65, I, 66, § 4º, 84, § 2º) ou mediante demanda judicial. Em carta de abertura do anuário publicado em 2019, o presidente da autarquia afirmou que a Lei nº 13.848/2019 incluiu a autarquia no rol de agências reguladoras e explicitamente lhe assegurou autonomia administrativa, financeira e orçamentária. No entanto, esse documento vai de encontro ao conteúdo prescrito do art. 2º, cujos incisos I a XI e parágrafo único, da aludida lei. Disponível em: <<http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-cade-2019.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>157</sup> DIDIER JR., **Curso de direito processual civil**, v. 1, p. 170.

modo irrecorrível internamente e insindicável quanto ao mérito pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>158</sup> os crimes de responsabilidade atribuídos ao presidente da República, ao vice-presidente da República, aos ministros de Estado e aos comandantes das Forças Armadas, nos casos de crimes conexos com os daqueles, bem assim aos ministros do Supremo Tribunal Federal, aos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, ao procurador-geral da República e ao advogado-geral da União (art. 52, I e II, CF). Ou, então, quando da instituição da arbitragem por sujeitos de contratos administrativos ou de negócios jurídicos privados que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis.<sup>159</sup>

Inicialmente reputada um simples método alternativo de solução de controvérsia, a arbitragem foi elevada ao nível de atividade jurisdicional em sentido estrito pela doutrina processual civil e pela jurisprudência.<sup>160</sup> Para Cândido Rangel Dinamarco:

No atual estado da ciência processual, todo estudo sobre a jurisdição deve passar pela inclusão, nesse conceito, da jurisdição exercida pelo juiz estatal e também por aquela que se exerce no processo *arbitral*, sabendo-se que a arbitragem é um processo e, tanto quanto o processo conduzido pelos juízes, insere-se desenganadamente na teoria geral do processo. É do passado a crença em um *monopólio estatal* da jurisdição, responsável pela concentração dos estudos sobre esta com o foco lançado exclusivamente sobre a jurisdição estatal. Há notórias diferenças entre essas duas espécies de jurisdição mas não tantas nem tão profundas que legitimem o alijamento da jurisdição arbitral do conceito de jurisdição.<sup>161</sup>

Já Fredie Didier Jr. refere que a aptidão para a formação de coisa julgada é atributo que inexoravelmente conduz ao reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem:

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada).<sup>162</sup>

<sup>158</sup> Para demonstrar a definitividade e a irrecorribilidade da decisão senatorial em processo de impeachment, Alexandre de Moraes alude ao Mandado de Segurança nº 21.689-1. Neste processo, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a possibilidade de revisão da decisão proferida pelo Senado Federal no processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor. O autor destaca o voto proferido pelo ministro Paulo Brossard, cujo excerto segue transcrito: “Em verdade, as leis não concebem recurso algum da decisão do Senado para qualquer outra Corte, nem mesmo para o próprio Senado; nem a rescisória é admitida; o judiciário, originariamente ou em grau de recurso, não pode conhecer da matéria, dado que a Constituição, bem ou mal, reservou para o Senado e exclusivamente para ele conhecer e decidir acerca do assunto” (MORAES, **Direito constitucional**, p. 578).

<sup>159</sup> A instituição da arbitragem pressupõe a existência de convenção de arbitragem, que se exprime sob a forma de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral (art. 3º da Lei nº 9.307/1996).

<sup>160</sup> AgInt nos EDcl no AgInt no CC 170.233/SP, rel. min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. 14/10/2020; REsp 1.735.538/SP, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 06/10/2020; AgInt no CC 156.133/BA, rel. min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, j. 22/08/2018; CC 139.519/RJ, rel. p/ acórdão min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, j. 11/10/2017.

<sup>161</sup> DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, v. 1, p. 454.

<sup>162</sup> DIDIER JR., **Curso de direito processual civil**, v. 1, p. 173.

A despeito do alinhamento entre a jurisprudência e a doutrina, a tese que advoga a natureza jurisdicional da arbitragem não desfruta de unanimidade entre os estudiosos do direito processual civil.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que a arbitragem é manifestação da autonomia privada, acessível a um universo reduzido e economicamente privilegiado, destinada a subtrair do juiz estatal o exame de conflitos entre pessoas capazes, relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. A jurisdição, por seu turno, é função indelegável e exclusiva do Poder Judiciário, que somente pode ser exercida por pessoa investida no cargo de juiz após concurso público de provas e títulos, com as garantias e os impedimentos inscritos no estatuto constitucional da magistratura.<sup>163</sup>

De acordo com os aludidos autores, a atribuição de *status* jurisdicional às decisões proferidas por tribunais arbitrais resulta de uma confusão operada pela doutrina ao reconhecer a compatibilidade da Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem) com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.<sup>164</sup> Em outras palavras:

[...] não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional. Aliás, é até risível argumentar que, ao se excluir o Judiciário, não se afasta a jurisdição porque a arbitragem também configura jurisdição, uma vez que uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos. Ora, admitir expressamente que uma jurisdição não serve, e por isso é necessário outra, e se pretender fazer acreditar que essa outra jurisdição é essencialmente a mesma que foi afastada constitui uma terrível contradição lógica. Até porque, se fosse verdadeiro tal argumento, não se estaria excluindo nada.

Na verdade, faltaram a essa discussão as lembranças da essência da jurisdição e da sua “unidade”. Essa se funda na incontestável ideia de que a jurisdição não admite divisões, pois isso seria o mesmo que dizer que o Estado pode ter várias soberanias. Contudo, quando se alude a essa elementar unidade, aceita-se como premissa que a jurisdição é uma manifestação do poder estatal.

Portanto, não há como deixar de destacar a diferença qualitativa entre a jurisdição e a arbitragem. Se a arbitragem pode ser preferida por contar com árbitros conhecedores de técnicas específicas relacionadas a determinados conflitos, cuja legitimidade decisória deriva da autonomia das partes, além de ser sigilosa e mais rápida, não há como esquecer que a jurisdição é marcada, além de outras, pelas regras da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural, cujo fundamento de validade deriva da soberania estatal e da observância das normas constitucionais.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> A locução “estatuto constitucional da magistratura” designa os direitos e os deveres dos membros do Poder Judiciário, previstos no art. 95 da Constituição Federal, que alude a garantias institucionais, a garantias funcionais e a vedações. Nesta dissertação, o substantivo “estatuto” é acompanhado do adjetivo “constitucional” porque, passados mais de 30 anos da promulgação do texto constitucional, ainda não foi editado o estatuto da magistratura exigido pelo art. 93 respectivo. Na atualidade, a magistratura está sujeita à regulação da Lei Complementar nº 35/1979, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman).

<sup>164</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, parte I, capítulo 8, seção 8.2.

<sup>165</sup> *Ibid.*

Os argumentos não convencem. É verdadeiro que a opção pela arbitragem implica abdicação da jurisdição estatal, mas daí não se segue uma espécie de renúncia à função jurisdicional *tout court*.

A despeito de exprimir fragmento da soberania política, a função jurisdicional bem pode ser desempenhada por particular da confiança dos litigantes, autorizado mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Guardadas as devidas proporções, assim também se passa no domínio dos serviços públicos, que consistem em função administrativa prestacional do Poder Executivo — portanto, parcela da soberania estatal, ombreada pelas funções legislativa e jurisdicional —, mas admitem delegação a terceiros mediante habilitação por contrato ou ato unilateral da Administração Pública.

A associação da função jurisdicional à investidura em cargo efetivo de juiz mediante concurso público de provas e títulos não adere ao modelo constitucional de provimento dos cargos de juiz e desembargador de tribunais federais e estaduais ou, ainda, de ministro de Tribunais Superiores.

Um quinto do quadro de magistrados de segundo grau dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal é composto por membros do Ministério Público e por advogados com mais de dez anos de carreira ou atividade profissional, respectivamente (quinto constitucional; art. 94, CF). Os Tribunais Regionais Eleitorais são integrados por sete juízes, sendo quatro provenientes da magistratura estadual (dois desembargadores e dois juízes de direito), um da magistratura federal e dois da advocacia (art. 120, § 1º, I a III, CF).

Nos Tribunais Superiores, que têm competência para uniformizar a interpretação da Constituição e das leis federais, a situação é ainda mais intensamente singular, pois os únicos requisitos de investidura são o “notável saber jurídico” e a “reputação ilibada”, e a aferição respectiva se opera não mediante concurso público, mas no contexto de arguição pública e votação secreta, de competência exclusiva do Senado Federal (arts. 52, III, “a”; 101, *caput*; 104, parágrafo único; e 119, II, CF). Ressalva-se apenas a situação do Tribunal Superior do Trabalho, que conta com 27 ministros, dos quais um quinto provém da advocacia e do Ministério Público do Trabalho e os quatro quintos remanescentes provêm dos Tribunais Regionais do Trabalho, que os recrutam entre magistrados de carreira (art. 111-A, I e II, CF, incluído pela EC nº 45/2004).

Por fim, o fundamento alusivo aos custos econômicos da arbitragem e à limitação do universo de sujeitos dotados de capacidade econômico-financeira para suportá-la é metajurídico, estranho ao racional da ciência do direito, que é essencialmente normativa.

Para resumir o que até aqui foi referido, o sistema jurídico brasileiro é produto da simbiose entre as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law* e, nesta medida, congrega institutos típicos de ambas. A família do *civil law* nos legou a atribuição de relevância à doutrina na construção do conhecimento jurídico, a sistematização do direito em normas escritas, a codificação da legislação e, mais recentemente, o controle concentrado de constitucionalidade das leis por intermédio de cortes constitucionais apartadas do sistema judiciário. Da família do *common law*, sobretudo do direito constitucional norte-americano, o direito brasileiro tomou emprestados os principais institutos jurídico-políticos; federalismo, separação dos poderes, presidencialismo, *impeachment*, constitucionalismo, supremacia da constituição, controle difuso de constitucionalidade e regulação econômica são manifestações inequívocas deste fenômeno.

A influência do direito público europeu continental na formação do direito administrativo brasileiro foi decisiva para a assimilação das noções de ato administrativo, licitação, contrato administrativo, serviço público, desconcentração e descentralização administrativa, intervenção estatal no domínio econômico etc. Porém, entre nós, os tradicionais esquemas teóricos provenientes da base romanística sofrem os temperamentos desencadeados pela adoção de institutos e conceitos cuja notoriedade é atribuída à experiência jurídica norte-americana. Os exemplos mais eloquentes desta afirmação são os processos administrativos que antecedem o *rulemaking* e a *adjudication* que incumbe às agências administrativas dependentes ou independentes desenvolver e a deferência judicial no controle de interpretações administrativas resultantes de procedimentos informais do tipo *notice and comment rulemaking*.

Em matéria de controle jurisdicional da Administração Pública, o ordenamento jurídico nacional encampou o sistema de jurisdição una, que consiste em atribuir ao Poder Judiciário a competência para decidir definitivamente, com autoridade de coisa julgada, sobre a validade de comportamentos estatais derivados do exercício de função administrativa. Seu fundamento é o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O exercício de função judicante por órgãos e entidades da Administração Pública e por

Tribunais de Contas não tem o condão de sepultar as discussões subjacentes aos processos administrativos, pois as decisões destas instâncias estão sujeitas ao escrutínio judicial. A ausência de imutabilidade extraprocessual e a condição de parte que o poder público ostenta nesses conflitos administrativos são fatores que, isolada ou conjuntamente, inviabilizam a atribuição de natureza jurisdicional em sentido estrito às decisões proferidas por órgãos do contencioso administrativo e por Cortes de Contas. Nestas hipóteses, a revisão judicial sempre será juridicamente possível, embora em intensidades variadas, a depender da matéria e do procedimento.

Ainda que a demanda judicial tenha por objeto ato, contrato, ajuste, processo ou norma resultante de comportamento estatal acomodado ao espaço de autonomia administrativa (reserva de administração), o controle jurisdicional terá cabimento. A ressalva consiste em que, nessas hipóteses, a revisão judicial deverá restringir-se a aspectos de legalidade da ação administrativa e, de conseguinte, prestar deferência às escolhas legítimas do poder público.

A intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública será objeto da segunda parte desta dissertação, que tem por objeto a identificação e a sistematização de critérios para o controle da atividade normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário.

## 2.2 ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO: AS DUAS FACES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988, a mais longeva manifestação do poder constituinte originário no Brasil, representa um contundente ponto de inflexão nas províncias do controle da Administração Pública.<sup>166</sup> A redução dos espaços de autonomia administrativa, o fortalecimento do sistema de controle interno<sup>167</sup> e o redimensionamento do perfil dos Tribunais de Contas e do Ministério Público são sinais da importância crescente da administração controladora<sup>168</sup> e dos organismos externos encarregados de supervisionar o desempenho da

---

<sup>166</sup> MARQUES NETO e PALMA, Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil.

<sup>167</sup> A Constituição Federal alude aos sistemas de controle interno nos seus arts. 31, *caput*; 40, § 22, VII; 70, *caput*; e 74.

<sup>168</sup> Ao fazer a classificação dos atos administrativos segundo a natureza da atividade desenvolvida pelo poder público, Celso Antônio Bandeira de Mello refere a existência de atos de administração ativa, consultiva, controladora, verificadora e contenciosa (BANDEIRA DE MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 435).



função administrativa sob os ângulos da legalidade, da economicidade, da eficiência e de tantos outros valores juridicizados. Diante deste panorama, os Tribunais de Contas e o Ministério Público são arranjos institucionais que se sobressaem, pois o constituinte lhes conferiu novas competências privativas e lhes assegurou garantias institucionais e funcionais originalmente consagradas à magistratura.<sup>169</sup>

Atentos a tais circunstâncias, alguns analistas afirmam que se vivenciam tempos de sobrevalorização da função controladora em detrimento de outras atividades igualmente relevantes, que se distinguem pelo fato de serem diretamente responsáveis pela satisfação dos interesses coletivos — ações prestacionais, normativas e redistributivas, a exemplo dos serviços públicos, da ordenação, da regulação e do fomento. Na avaliação destes estudiosos, assiste-se à propagação da “cultura do controle”,<sup>170</sup> cuja disciplina jurídica se encerra num draconiano “direito administrativo do medo”,<sup>171</sup> portador de atributos que o tornam dissuasório do exercício destemido e inovador das competências administrativas (usa-se a metáfora do “apagão das canetas”) e, de resto, afastam bons profissionais dos quadros de pessoal da Administração Pública.

De fora parte as hipérboles, é indubitável que a amplitude conferida aos direitos fundamentais — especialmente a garantia de proteção judicial efetiva e os direitos sociais, econômicos e culturais — e a falta de rigor na interpretação e aplicação dos princípios jurídicos concorreu para a sedimentação desse movimento expansionista, responsável pela superação das últimas barreiras antepostas à sindicabilidade judicial da discricionariedade e de outras manifestações de função administrativa em que a dimensão criativa seja mais acentuada.<sup>172</sup> A aceitação ampla do controle jurisdicional de políticas públicas representou o ponto culminante da limitação dos espaços de autonomia administrativa.

Exemplo dessas afirmações pode ser encontrado em monografia escrita por Celso Antônio Bandeira de Mello no ano de 1992. Ali o autor estabelece um paralelo entre a legalidade e a função pública e conclui que a ruptura do equilíbrio desta relação diante do caso concreto é causa necessária e suficiente de um controle jurisdicional forte, não deferente a

---

<sup>169</sup> Os arts. 70 a 73 dispõem sobre a organização e as competências do Tribunal de Contas da União; e o art. 75 dão os contornos gerais dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Por sua vez, os arts. 127 a 130 delinham a organização, as garantias institucionais e funcionais, e as atribuições dos Ministérios Públicos e dos Ministérios Públicos de Contas.

<sup>170</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle.

<sup>171</sup> SANTOS, **Direito administrativo do medo**.

<sup>172</sup> SANTOS, **Direito administrativo do medo**, capítulo 2, seção 2.4.

escolhas administrativas que contenham o rótulo da discricionariedade, mas que na verdade expressem comportamentos arbitrários, caprichosos e, de conseguinte, ilegais. Nas suas palavras:

Uma vez que atividade administrativa é desempenho de *função* e dado que função é o cumprimento obrigatório do *dever* de atingir uma *finalidade antecipadamente estabelecida* através do manejo de poderes exercitáveis no interesse de outrem, e estabelecido que a lei sempre e sempre impõe, como é natural, o dever de buscar-se a medida que atenda de modo preciso sua finalidade, resulta certo que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, como as do direito privado. Significa o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência — isto é, o ato — ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros — interesse coletivo e não do agente — tal como firmado na regra aplicanda.

Segue-se que a abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante. Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma.

Este é um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos — praticados embora *sub color* de (pretenso) exercício de discricionariedade — sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido exercício de verdadeira discricionariedade administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito.<sup>173</sup>

O raciocínio é preciso em seus termos. Contudo, o excesso de protagonismo do Poder Judiciário no controle de atividades administrativas estranhas ao universo da vinculação estrita fez instaurar um estado de coisas dificilmente conciliável com o Estado de Direito, o qual, paulatinamente, é substituído por um “Estado de juízes”, definido como uma institucionalidade juridicamente patológica, francamente atentatória à noção elementar de democracia representativa. A advertência é de Eros Roberto Grau:

A Constituição do Brasil afirma a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário — artigo 2º —, o que supõe que cada um dos três Poderes se limite a exercer as funções que lhe cabem. Daí que o Judiciário não pode legislar. Essa é uma prerrogativa do Legislativo.

Não obstante seja assim, a invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário é, atualmente, alarmante. Passamos a viver não mais sob um estado de direito, porém submissos a um *estado de juízes*. A apropriação, pelo Judiciário, do poder de fazer leis e alterá-las é estarrecedora. Ninguém negará que os juízes hão de ser

<sup>173</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, pp. 47–48.

independentes, mas — nas democracias — nos termos e no quadro da Constituição e das leis, garantindo a sua aplicação. Não podem, em hipótese nenhuma, ir além. A Constituição lhes impõe o dever de declarar sua eventual inconstitucionalidade, mas a substituição dos preceitos declarados inconstitucionais por outros incumbe exclusivamente ao Legislativo.

Desafortunadamente, no entanto, juízes de primeira instância — especialmente os tribunais — em nossos dias seguidamente se apropriam da função de legislar. Glosando uma canção de Roberto Carlos, os juízes de hoje em dia, sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis!<sup>174</sup>

A ampliação do âmbito da ação controlável pelos organismos endógenos e exógenos à Administração Pública produziu resultados benéficos, na medida em que intensificou a necessidade de observância dos deveres objetivos de cuidado pelos administradores públicos, estimulou a processualidade administrativa e tornou ainda mais relevante a motivação dos atos estatais. Conseqüentemente, fortaleceram-se o Estado Democrático de Direito, cuja característica principal é a submissão de todos à lei produzida no seio de um governo majoritário, e o regime republicano, com fundamento no qual é pressuposta a responsabilidade de quem se dedique à gestão do patrimônio público (*res publica*).

Contudo, a hipertrofia dos mecanismos de controle da Administração Pública também ensejou a aparição de externalidades negativas, visto que fez disseminar “a compreensão de que quanto mais controle, melhor, como se a dose de controle fosse indiferente ao bom funcionamento do aparelho administrativo”; a par disto, “prestigiou-se um equipamento essencialmente burocrático de controle, desprezando-se seus aspectos finalísticos”.<sup>175</sup>

No âmbito do controle jurisdicional, as constatações apontam para a proliferação de decisões revestidas de fundamentação superficial, relutantes à aplicação de normas extraídas de prescrições continentais de regras e frequentemente circunscritas à reprodução textual ou parafraseada de normas principiológicas, sem preocupação com a técnica de ponderação concebida pela jurisprudência germânica e largamente difundida pela doutrina constitucional brasileira.<sup>176</sup>

O direito sanitário tem se revelado um ambiente permeável a provimentos judiciais que sacodem as estruturas do Sistema Único de Saúde. Nada obstante os novos contornos dados pela legislação processual civil à regra da motivação das decisões judiciais,<sup>177</sup> a fixação de teses

<sup>174</sup> GRAU, Eros Roberto. Estado de juízes, aquele jardim, no Inferno, p. 74.

<sup>175</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle.

<sup>176</sup> SUNDFELD, **Direito administrativo para céticos**, pp. 205–229.

<sup>177</sup> O art. 489, § 1º, I a VI, do Código de Processo Civil em vigor enuncia que não se consideram fundamentados os provimentos jurisdicionais monocráticos ou colegiados, processuais ou de mérito, que: (i) se limitem à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão

restritivas em sede de recursos repetitivos julgados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>178</sup> e pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>179</sup> e o progresso havido com as jornadas de saúde promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda há juízes e tribunais que, com fundamento único em dispositivos constitucionais que proclamam a dignidade humana e o direito à saúde, insistem em compelir o Estado ao fornecimento de fármacos e tratamentos não inscritos nas relações de medicamentos federais, estaduais ou municipais, não contemplados nos protocolos terapêuticos oficiais e não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde.<sup>180</sup> Para satisfazer o próprio senso de justiça, esses julgadores, além de vulnerarem o devido processo legal e seus corolários, fazem pouco caso das normas de direito financeiro e de direito administrativo que regulam a execução orçamentária, a formulação e a execução de políticas públicas, a contratação pública etc.<sup>181</sup>

Problema análogo era detectado no setor de saúde suplementar. Antes da decisão proferida pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em junho de 2022,<sup>182</sup> que seguiu a linha da “taxatividade mitigada” (*sic*), o “rol de procedimentos e eventos em saúde” elaborado

---

decidida; (ii) empreguem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) se limitem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (vi) deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>178</sup> RE 657.718, rel. p/ acórdão min. Roberto Barroso, j. 22/05/2019; RE 1.165.959, rel. p/ acórdão min. Alexandre de Moraes, j. 21/06/2021.

<sup>179</sup> REsp 1.657.156, rel. min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 25/04/2018.

<sup>180</sup> A Lei nº 14.313/2022 acrescentou um parágrafo único e dois incisos ao art. 19-T da Lei nº 8.080/1990 para “dispor sobre os processos de incorporação de tecnologias ao Sistema Único de Saúde [...] e sobre a utilização, pelo SUS, de medicamentos cuja indicação de uso seja distinta daquela aprovada no registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária [...]”. O inciso I estabelece que o Sistema Único de Saúde poderá ser obrigado a fornecer medicamentos e produtos cuja indicação de uso seja distinta daquela aprovada no registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (uso *off label*), contanto que sejam recomendados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde, que sejam previstos em protocolos do Ministério da Saúde e que haja evidências científicas sobre a respectiva eficácia, acurácia, efetividade e segurança. Por sua vez, o inciso II enuncia que o Sistema Único de Saúde poderá ser obrigado a fornecer medicamento e produto recomendados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública do Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas, nos termos do § 5º do art. 8º da Lei nº 9.782/1999.

<sup>181</sup> TRF-3, ApCiv 5003110-14.2020.4.03.6106, Sexta Turma, rel. des. fed. Souza Ribeiro, j. 11/02/2022; TJSP, Apelação e Remessa Necessária 1004565-44.2021.8.26.0037, rel. des. Maurício Fiorito, Sexta Câmara de Direito Público, j. 21/02/2022.

<sup>182</sup> A questão está sob o escrutínio da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, perante a qual tramitam os REsp 1.886.929 e 1.889.704, ambos de relatoria do min. Luis Felipe Salomão, ambos afetados ao rito dos recursos repetitivos, a fim de determinar a natureza exemplificativa ou taxativa do rol de procedimentos e eventos em saúde e, assim, dirimir o conflito existente entre a Terceira e a Quarta Turmas.

e periodicamente atualizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>183</sup> era tratado como uma lista meramente exemplificativa, que poderia ser suplantada casuisticamente, a depender das necessidades individuais do usuário do plano de saúde, mas — isto é importante sublinhar — ao arrepio da regulação administrativa e contratual. O julgamento é um inequívoco apelo à deferência judicial à regulação administrativa, mas já existem registros de decisões de Tribunais de Justiça em sentido contrário à referida orientação pretoriana.

Enfim, o terreno das políticas públicas é campo fértil para heterodoxias, e elas se evidenciam nas decisões, sentenças e acórdãos emanados da Justiça Federal, do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de conflitos atrelados à seguridade social. Sob o pretexto de concretizar direitos fundamentais de segunda dimensão e compensar a vulnerabilidade social e econômica do trabalhador, estes órgãos jurisdicionais fazem *tabula rasa* de disposições constitucionais, legais e regulamentares.

Embora habitualmente seja mais austero no julgamento de questões previdenciárias e assistenciais, o Supremo Tribunal Federal, à revelia dos parâmetros estabelecidos pelos Poderes Legislativo e Executivo da União, redefiniu a política assistencial no tocante ao benefício de prestação continuada devido ao idoso e à pessoa com deficiência em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Ao declarar a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), em sua redação original, o tribunal outorgou às instâncias ordinárias da Justiça Federal a prerrogativa de dizer quem é economicamente vulnerável e, portanto, elegível ao recebimento de um salário-mínimo mensal às expensas do erário.<sup>184</sup> Uma evidente usurpação judicial de função administrativa, a ser exercida sem as amarras da lei e do regulamento.

Acontecimento parecido foi detectado no julgamento de referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, convertida em arguição de descumprimento de preceito fundamental, no qual a corte decidiu fixar o termo inicial da licença-maternidade e do salário-maternidade na data da alta hospitalar do recém-nascido ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas.<sup>185</sup>

<sup>183</sup> Cf. arts. 9º e seguintes da Lei nº 9.656/1998. Atualmente, o “rol de procedimentos e eventos em saúde” consta dos anexos à Resolução Normativa nº 465/2021, alterada pela Resolução Normativa nº 478/2022, ambas da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

<sup>184</sup> RE 567.985, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 18/04/2013; RE 580.963, rel. min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 18/04/2013.

<sup>185</sup> ADI nº 6.327 MC-Ref, rel. min. Edson Fachin, Pleno, j. 03/04/2020.

No Superior Tribunal de Justiça, os episódios de desrespeito à legislação previdenciária são ainda mais numerosos. E aí se tem o grande paradoxo, porque, por expressa determinação constitucional, o tribunal é o guardião e o intérprete autêntico da legislação federal.

Muito antes de o Supremo Tribunal Federal consolidar a sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, o aludido Tribunal Superior interpretava o dispositivo como um critério mínimo de aferição da renda familiar para efeito de concessão de benefício assistencial, passível de superação pelo julgador no caso concreto, mediante elementos probatórios diversos.<sup>186</sup> Esta exegese se estribava em argumentos remissivos à dignidade humana, à valorização do convencimento judicial, à liberdade probatória e às circunstâncias do caso concreto. Sua consequência imediata era a não aplicação do dispositivo legal por órgãos fracionários do tribunal, em manifesto desrespeito à cláusula de reserva de plenário inscrita no art. 97 da Constituição Federal e à Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 2008.<sup>187</sup>

Em outras ocasiões, o tribunal voltou a claudicar na sua missão constitucional de guardião da lei federal. Assim sucedeu quando: i) estendeu o “auxílio-acompanhante” previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/1991, que regula a aposentadoria por incapacidade permanente, a todas as modalidades de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social;<sup>188</sup> ii) declarou a natureza meramente exemplificativa da relação de agentes nocivos previstos em decretos regulamentares para fins de aposentadoria especial, na forma do art. 58, *caput*, da Lei nº

---

<sup>186</sup> REsp 1.112.557/MG, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 28/10/2009 (recurso repetitivo). “3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF [...] 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável. 5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar”. O entendimento foi mantido quando questões de direito previdenciário passaram a ser julgadas pela Primeira Seção.

<sup>187</sup> “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>188</sup> REsp 1.648.305, rel. p/ acórdão min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, j. 22/08/2018. Assinale-se, no entanto, que o entendimento foi revertido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a existência de violações ao princípio da legalidade e à regra da precedência da fonte de custeio da seguridade social (RE 1.221.446, rel. min. Dias Toffoli, Pleno, j. 21/06/2021).

8.213/1991;<sup>189</sup> iii) admitiu a flexibilização do critério econômico para a concessão de auxílio-reclusão aos dependentes do segurado de baixa renda (limite mensal do salário-de-contribuição do segurado no instante da prisão).<sup>190</sup>

Em todas essas situações, repetiu-se a estratégia decisória adotada para frustrar a aplicação do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, a saber: a referência ao princípio constitucional da dignidade humana para impedir a subsunção da situação factual a uma regra legal válida e eficaz, editada com a finalidade de regulamentar norma constitucional não autoaplicável; a superestimação das normas que regulam o procedimento probatório e a formação do convencimento judicial; e a violação à cláusula de reserva de plenário.

Neste átimo, é desnecessário referir precedentes dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça, pois as propaladas disputas previdenciárias e de saúde pública chegaram ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça mediante recursos manejados pelo poder público, ao passo que a controvérsia alusiva à saúde suplementar (natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde) foi levada ao Superior Tribunal de Justiça por uma cooperativa médica operadora de planos de saúde. Invariavelmente, as teses irreverentes ao ordenamento jurídico, notadamente à regulação administrativa, foram referendadas pelas instâncias ordinárias — quando menos, pelos respectivos tribunais de segundo grau.

O fenômeno está imbricado com proliferação do ativismo judicial. Sublinhe-se, no entanto, que a locução ativismo judicial é equívoca, e não há consenso sobre constituir valoração pejorativa do comportamento dos órgãos do Poder Judiciário ou, então, ser simplesmente descritiva de um modo de ação deste poder estatal.

Elival da Silva Ramos enfatiza a dimensão valorativa negativa. Para o autor, o ativismo judicial é o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas [...] e controvérsias jurídicas de natureza objetiva” — conflitos subjetivos e normativos, respectivamente.<sup>191</sup>

Por sua vez, Cass Robert Sunstein refere outros dois possíveis significados para a

---

<sup>189</sup> REsp 1.830.508, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, j. 09/12/2020.

<sup>190</sup> REsp 1.479.564, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 06/11/2014.

<sup>191</sup> RAMOS, *Ativismo judicial*, p. 171.

expressão, um pejorativo e outro descritivo. De acordo com o publicista norte-americano, muitos estudiosos consideram ativista o juiz ou o tribunal cujas decisões se apartam do enfoque correto da Constituição — e, naturalmente, das leis infraconstitucionais que pautam sua atuação. Esta abordagem é considerada insultuosa, e não meramente descritiva. Outros, no entanto, abstendo-se de juízos de valor, qualificam como ativista o juiz ou o tribunal que rejeita os seus próprios precedentes ou, então, que invalida ações de outros poderes políticos.<sup>192</sup>

Para Sunstein, a segunda dimensão — que se pode adjetivar de descritiva —, que conecta o ativismo judicial às decisões que invalidam ações normativas e administrativas dos demais poderes do Estado, é mais adequada, pois traz a marca da neutralidade e tem a virtude de antecipar o processo democrático. Nas suas palavras:

Para reduzir este risco [de desentendimentos entre pessoas quanto ao significado da expressão], eu sugiro que a melhor forma de mensurar o ativismo judicial consiste em verificar com que frequência o tribunal invalida ações de outras partes do governo, especialmente aquelas do Congresso. Tais decisões antecipam o processo democrático. Elas tiram as decisões das mãos dos eleitores. Elas são ativistas neste importante sentido. Esta é uma definição de ativismo neutra de valores. Ela não diz se o ativismo é bom ou mau.<sup>193</sup>

Esta dissertação adota o conceito de ativismo judicial proposto por Elival da Silva Ramos — aludido, mas não encampado por Sunstein —, que identifica no fenômeno uma patologia que compromete o exercício da função jurisdicional segundo as balizas do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Simultaneamente, rejeita a pretensa neutralidade da ideia de antecipação do processo democrático, defendida pelo mencionado publicista norte-americano, pois também identifica nesse efeito colateral do protagonismo

---

<sup>192</sup> “*There are, broadly speaking, two accounts of judicial activism. Some people label a decision “activist” when they think that the court has departed from the correct approach to the Constitution. On this view, the word “activist” isn’t merely a description. It is also and always an insult. When people criticize judges as activist, they mean just this: The court is not following the right understanding of the Constitution. To label a decision “activist” is to label it wrong. On a different account, the word “activist” is purely descriptive, and a decision that is activist is not necessarily wrong. A court that rejects its own precedents might be considered activist. No one believes that this form of activism is never justified. Of course some courts should reject some precedents if they are ludicrously mistaken or hopelessly outdated. A court that is activist, in the sense that it rejects precedent, might be entirely right. Or a court might be described as activist if it strikes down the actions of other branches of government. No one thinks that a court should uphold all actions of the other branches. A court should not allow governments to lock people up because of their skin color. A court that is activist, in the sense that it invalidates some decisions of the political branches, will often be something to celebrate.*” (SUNSTEIN, **Radicals in robes**, p. 42).

<sup>193</sup> Tradução livre do seguinte excerto: “To reduce that risk and to prevent confusion, I suggest that it is best to measure judicial activism by seeing how often a court strikes down the actions of other parts of government, especially those of Congress. Such decisions preempt the democratic process. They take decisions out of the hands of voters. They are activist in that important sense. This is a value- neutral definition of activism. It doesn’t say whether activism is good or bad” (SUNSTEIN, **Radicals in robes**, pp. 42–43).



judicial um exemplo de intromissão indevida na esfera de autonomia constitucionalmente garantida aos demais poderes da soberania política.

Os prejuízos associados ao desprezo pelos efeitos colaterais do controle hiperbólico foram constatados e esquematizados por Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, que catalogaram sete entraves ordinariamente atrelados à fiscalização da atividade administrativa por instituições vocacionadas ao controle externo, em particular o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Ei-los: “Impasse nº 1 — Captura das competências públicas: as competências administrativas deslocam-se para órgãos e entes com maior prestígio (não raro sem capacidade institucional para lidar com a gestão pública)”; “Impasse nº 2 — Neopatrimonialismo: o controle é orientado pelas predileções pessoais e orientação jurídica do funcionário controlador”; “Impasse nº 3 — Desvirtuamento da atividade-fim: os gestores públicos priorizam mais atender às demandas dos controladores do que cumprir com as atividades-fim da Administração Pública”; “Impasse nº 4 — Reais efeitos do combate à corrupção: a cultura do controle é realmente eficaz no combate à corrupção?”; “Impasse nº 5 — Gestão de defesa: o administrador de boa-fé é refém do controle”; “Impasse nº 6 — Competição institucional: os órgãos de controle competem entre si”; “Impasse nº 7 — Decisões instáveis: a estrutura do sistema de controle desfavorece decisões definitivas”.<sup>194</sup>

Este diagnóstico suscita preocupação e exige reflexão em torno dos critérios adotados para a determinação de medidas profiláticas. Assim como não convém reprimir a teoria da imunidade do mérito administrativo, a partir da qual se defendeu a impossibilidade de revisão judicial dos aspectos discricionários da atividade administrativa,<sup>195</sup> tampouco é juridicamente adequado afirmar que o controle externo, sobretudo o desenvolvido pelo Poder Judiciário, é ilimitado em profundidade e extensão. A tanto não conduzem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e os demais direitos fundamentais plasmados no texto constitucional vigente.

O direito fundamental à proteção judicial efetiva é indispensável para a tutela do indivíduo e da coletividade contra os ilícitos cometidos no exercício de poder extroverso, e estes tempos pandêmicos evidenciaram a imprescindibilidade de um Poder Judiciário independente, acessível e com autoridade para fazer cumprir seus provimentos. Refira-se, a

<sup>194</sup> MARQUES NETO e PALMA, Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil.

<sup>195</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**, pp. 94–108. Nessa passagem, o autor faz um esboço histórico sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e aponta que a teoria da imunidade do mérito é uma criação nacional que remonta à Lei nº 221/1894.

propósito, a atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa do pacto federativo, sobretudo na garantia das competências administrativas comuns dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em matéria de saúde pública, e, conseqüentemente, na garantia do direito à vida da população brasileira.<sup>196</sup>

Contudo, daí não se segue que a inafastabilidade do controle jurisdicional seja um direito absoluto e incondicionado, visto que nem tudo está sujeito ao escrutínio das autoridades judiciais.<sup>197</sup> Ao contrário, há um número expressivo de assuntos inteiros ao Poder Legislativo, em face dos quais descabe o pronunciamento de juízes e tribunais, a exemplo da interpretação de normas regimentais, reputada questão *interna corporis*.<sup>198–199</sup> A par disso, o direito de ação, como direito potestativo à tutela jurisdicional do Estado,<sup>200</sup> é temperado pela legislação processual, que o submete a pressupostos e condições tais como a competência do juízo, a imparcialidade do juiz, a regularidade formal da petição inicial, a legitimidade das partes e o interesse de agir.<sup>201</sup>

Afora as restrições consistentes nas reservas de lei e de administração plasmadas no texto constitucional, e sem prejuízo do que se contém nas normas que regulam o processo judicial, notadamente as que consagram os pressupostos processuais e as condições da ação, é necessário que os membros do Poder Judiciário assimilem o papel amplo, mas simultaneamente limitado, que lhes cabe desempenhar no Estado Democrático de Direito: a solução dos litígios segundo os cânones do direito positivo e, nesta medida, a garantia dos direitos fundamentais processuais e materiais dos litigantes. E, para além disto, exercitem a prudência e a

---

<sup>196</sup> ADPF 669, rel. min. Roberto Barroso, j. 31/03/2020; ADPF 672 MC-Ref, rel. min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 03/10/2020; ADI 6.341 MC-Ref, rel. p/ acórdão min. Edson Fachin, Pleno, j. 15/04/2020; ADI 6.343 MC-Ref, rel. p/ acórdão min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 06/05/2020.

<sup>197</sup> VERÍSSIMO, Controle judicial da atividade normativa das agências (...), p. 285.

<sup>198</sup> RE 1.297.884, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 14/06/2021.

<sup>199</sup> Algumas matérias que o Supremo Tribunal Federal qualifica como questões *interna corporis* bem podem ser alcançadas pelo “controle semiprocedimental” adotado no continente europeu no contexto de uma “revolta legística”. De acordo com Natasha Salinas e Guilherme de Almeida, a essência dessa técnica de controle de constitucionalidade radica na “importância de observar regras de legística ou metódica legislativa para determinar a constitucionalidade dos atos normativos”. Seu foco é o exame de racionalidade da proposição legislativa. “A legística vale-se do modelo de decisão racional para descrever o processo de formação das leis. Nesse modelo, [...] toda decisão racional implica a escolha da solução que seja mais adequada para a realização dos objetivos pretendidos pelo decisor. O decisor deve, ainda, escolher, entre soluções alternativas, aquela que maximiza seus objetivos. Para que esteja apto a escolher a melhor opção, o decisor deve dispor de informações que lhe permitam prever os impactos de cada alternativa” (SALINAS e ALMEIDA, O controle judicial de projetos [...]), p. 130).

<sup>200</sup> Cândido Rangel Dinamarco conceitua a ação como “*direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final* ou, especificamente no processo ou fase de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o *mérito* da causa ou ainda *direito à sentença de mérito*”, ainda que de improcedência do pedido (DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, v. 1, p. 453–443).

<sup>201</sup> *Op. cit.*, pp. 453–444.

autocontenção, a fim de evitar ou, no limite, debelar episódios de crise institucional e de usurpação de funções tipicamente legislativas e administrativas.

Enfatize-se, no entanto, que a autocontenção é apenas uma atuação restrita, fruto de uma postura unilateral dos órgãos do Poder Judiciário, decantada em precedentes jurisprudenciais. Ela não se confunde com a apreciação subjetiva do julgador sobre a melhor maneira de exercer o ofício de julgar. Tampouco se identifica com a escrupulosa observância das normas constitucionais e legais, em que, de resto, radica a essência da jurisdição — função estatal cujo conteúdo material se confunde com a recondução dos demais poderes do Estado e dos particulares aos padrões normativos oponíveis à generalidade dos membros do tecido social.<sup>202</sup>

Na dicção de Julio Grostein, esse é o campo de atuação do juiz autocontido. Podendo desempenhar livremente o seu ofício, ele opta por não o fazer em plenitude e impõe a si próprio limitações não previstas no ordenamento jurídico.<sup>203</sup>

São exemplos de autocontenção na jurisdição constitucional o comedimento na admissão de casos para julgamento,<sup>204</sup> o respeito à presunção de constitucionalidade das leis e a interdição do controle sobre atos *interna corporis* do Poder Legislativo e, no que respeita ao Poder Executivo, sobre atos de governo, atos administrativos discricionários e avaliações técnicas complexas ínsitas à regulação econômica, naquilo que confirmam densidade à reserva de administração.<sup>205</sup> No âmbito do controle jurisdicional da Administração Pública, o fenômeno dialoga com a intensidade e a proporcionalidade da avaliação judicial sobre a legalidade, a conveniência e a oportunidade de medidas implementadas pelo poder público no desempenho de função administrativa.

Os juízes e os tribunais do Poder Judiciário devem atentar para as circunstâncias factuais existentes ao tempo da ação controlada e, nesta medida, ter presente que o administrador público é curador de interesses cuja realização, conquanto abstratamente impostergável, demanda recursos humanos e materiais substantivamente maiores que os efetivamente colocados à sua disposição (art. 22, *caput*, LINDB). A eles se impõe um dever de

---

<sup>202</sup> GROSTEIN, **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**, pp. 40–49 e 80–85.

<sup>203</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>204</sup> No Brasil, o fenômeno está relacionado à aferição da repercussão geral da questão constitucional devolvida ao Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário. Nos Estados Unidos, as ferramentas para que Suprema Corte possa se abster de exercer jurisdição são a doutrina das questões políticas e os institutos da *mootness*, *ripeness*, *standing* e *certiorari* (cf. GROSTEIN, **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**, pp. 210 *et seq.*).

<sup>205</sup> RAMOS, **Ativismo judicial**, pp. 154 *et seq.*; *Op. cit.*, caps. 2, 3 e 4.

contextualização fática e jurídica, o qual se revela por intermédio da motivação e implica um firme compromisso com a realidade, sem qualquer espaço para utopias (arts. 20, 21, 22, 23, 24, 27, 29 e 30, LINDB).<sup>206</sup> Nesta medida, devem ter a sobriedade necessária para admitir que, diante de algumas revelações de poder extroverso, o melhor é circunscrever o escrutínio a aspectos de legalidade e arbitrariedade, com mais ênfase nos requisitos formais da atividade estatal sujeita ao juízo revisional.

O postulado da proporcionalidade é uma importante ferramenta a serviço do controle jurisdicional (art. 20, parágrafo único, LINDB). Tendo-o em perspectiva, o controlador judicial deve investigar se aquilo que estima ser uma alternativa válida à escolha administrativa submetida ao crivo da jurisdição, pressuposta como o melhor para o interesse público, era mesmo adequado, isto é, se de fato figurava como uma possibilidade concreta de ação administrativa. A par disto, e à vista da conjuntura pretérita, deve perquirir se não havia outros meios capazes de satisfazer o interesse público de forma mais abrangente, com o menor número possível de limites, condicionamentos ou sacrifícios à esfera jurídica do beneficiário da intervenção estatal. Por fim, deve se assegurar de que sua proposta se conforma ao ordenamento constitucional e infraconstitucional numa perspectiva ampla, análoga àquela que se impõe aos administradores públicos, dos quais se exige a acomodação de interesses múltiplos e, não raro, conflitantes.

O universo de situações em que a autoridade judiciária é convocada a realizar a ponderação de valores juridicizados é ilimitado. Contudo, alguns exemplos colhidos da prática são dignos de nota: os interesses de quem requer a condenação do poder público ao fornecimento de remédio de alto custo, até mesmo os não submetidos ao crivo exercido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária para lhes atestar a qualidade, a segurança e a eficácia, *versus* os interesses da coletividade que necessita do Sistema Único de Saúde para ter acesso a cuidados elementares ou complexos, mas efetivamente abrangidos pela política pública setorial; os interesses de quem almeja obter tratamento não previsto na regulação normativa e contratual *versus* os interesses das operadoras privadas de planos de saúde, que estão adstritas aos atos normativos da Agência Nacional de Saúde Suplementar e aos termos do contrato celebrado com o usuário do serviço, a partir dos quais é feita a estimativa de equilíbrio financeiro e atuarial da relação jurídica material subjacente; os interesses de uma específica concessionária de serviços

---

<sup>206</sup> PAGANI DE SOUZA e ALENCAR, O dever de contextualização na interpretação e aplicação (...), pp. 53–54.

de telefonia na modicidade tarifária *versus* o interesse público envolto no cumprimento da regulação administrativa, que impõe a aplicação de reajustes superiores à inflação.

A edificação de um modelo que se pretenda menos ativista e mais aderente à teoria da separação dos poderes, mesmo com as variações impostas pela evolução sociopolítica, passa pela fixação de duas premissas fundamentais, uma subjetiva e outra formal.

A premissa subjetiva consiste no reconhecimento de que magistrados têm formação generalista, de sorte que, por falta de aprofundamento em determinados setores do conhecimento, o Poder Judiciário, em comparação com outras instâncias decisórias estatais igualmente competentes para interpretar e aplicar o direito (por exemplo, as agências reguladoras e os Tribunais de Contas), resente-se de capacidade institucional para dirimir toda e qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, sobretudo aquelas em que o balanceamento dos interesses contrapostos implique a avaliação de um número elevado de questões técnico-científicas.<sup>207</sup>

A premissa formal, por sua vez, tem em perspectiva o método de que o Poder Judiciário se vale para solucionar litígios, isto é, o processo judicial. A sequência itinerária do procedimento, assim como a extensão e a profundidade da cognição que a autoridade judiciária pode validamente exercer no caso concreto — estas últimas limitadas pelo pedido formulado pelo autor e, ainda, pelo conflito de direito material que justifica o interesse de agir em juízo — são inconciliáveis com a sofisticada dinâmica da regulação econômica, a qual é precedida de análise de impacto regulatório, de mecanismos de participação popular (consulta e audiência pública) e de macrodiscussões abrangentes da totalidade ou, quando menos, da quase-totalidade dos desdobramentos da matéria submissa à atuação normativa conjuntural do Estado, por intermédio de suas agências e autoridades independentes.

É irrelevante o fato de o processo judicial ser permeável à intervenção de terceiros estranhos à relação de direito material que lhe é subjacente — por exemplo, mediante as técnicas processuais tradicionais (assistência, denúncia da lide e chamamento ao processo) e, mais recentemente, as audiências e consultas públicas e a participação do *amicus curiae*, que

---

<sup>207</sup> RE 1.083.955 AgR, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 28/05/2019. Neste processo, a discussão tinha por objeto a intensidade do controle jurisdicional dos atos do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, no contexto de processo administrativo para a imposição de sanção por infração contra a ordem econômica. Ante a complexidade da regulação econômica e a falta de *expertise* e de capacidade institucional do Poder Judiciário para a matéria, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal prestigiou as teses deferenciais, de forma a cingir o exame judicial a aspectos de legalidade e abusividade da ação controlada.

se originou nos processos objetivos da jurisdição constitucional,<sup>208</sup> evoluiu para os julgamentos dos recursos repetitivos pelos tribunais de superposição<sup>209</sup> e, com o advento do novo Código de Processo Civil, espalhou-se para todos e quaisquer processos subjetivos, inclusive aqueles que tramitem perante as instâncias ordinárias.<sup>210</sup> As prescrições legais sobre a formulação, a modificação e a interpretação do pedido e a adstrição do julgador aos limites objetivos aí decorrentes constituem obstáculos intransponíveis, cuja inobservância conduz à nulidade do provimento jurisdicional qualitativa e quantitativamente exorbitante daquilo que foi postulado.

Decerto, a ninguém interessa um Poder Judiciário apático, tributário das teorias mecanicistas que, nos rudimentos do liberalismo clássico pós-revolucionário, identificava no juiz a boca que pronunciava as palavras da lei. Tanto quanto a legislação e a administração, a jurisdição é função estatal criadora do direito e, portanto, desfruta de um amplo espaço de conformação que viabilize o acertamento das relações jurídicas substantivas e a satisfação dos direitos materiais certificados em sentença.<sup>211</sup> Contudo, a dimensão criativa da função jurisdicional é restringida pelo ordenamento jurídico.<sup>212</sup>

A criação judicial do direito é atividade derivada da legislação, e pressupõe a existência de um bloco de juridicidade a ser interpretado e aplicado ao caso concreto, com respeito à irretroatividade da lei, aos direitos adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos e às demais franquias constitucionais individuais e coletivas. Ordinariamente, o juiz soluciona o conflito que lhe é submetido a partir de normas preexistentes, emanadas dos Poderes Legislativo e Executivo, como, por exemplo, as leis complementares, ordinárias e delegadas, as medidas provisórias, os regulamentos e, em geral, os atos administrativos normativos. Apenas excepcionalmente, diante de omissões estatais, ao julgar mandados de injunção, promove a edição de normas originárias reguladoras do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, CF); ou, ainda, recorre à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito para suprir as lacunas do ordenamento jurídico (art. 4º, LINDB).

Longe de implicar renúncia ao dever-poder de dirimir litígios, a autocontenção é uma maneira constitucionalmente adequada de o Poder Judiciário afirmar a sua competência para

---

<sup>208</sup> Arts. 7º, § 2º, e 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999 e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999.

<sup>209</sup> Arts. 543-A, § 6º, e 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

<sup>210</sup> Arts. 138, 950 e 1.038, I.

<sup>211</sup> CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, pp. 20–23.

<sup>212</sup> CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, pp. 24–27.

controlar a validade dos atos estatais e, em contrapartida, salvaguardar os espaços de autonomia dedicados ao legislador e ao administrador público. Por meio dela, juízes e tribunais encarecem as atribuições dos outros órgãos da soberania política, mas, em linha de consequência, reafirmam as próprias, as quais declaram insuscetíveis de apropriação indevida.

Dito de outro modo, a autocontenção opera como uma ferramenta de estabilização do relacionamento interinstitucional, pois favorece a assimilação das injunções do Poder Judiciário na esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Ainda que constitua forte intromissão nos domínios da atividade político-administrativa do Estado, a jurisdição não sofre resistências por parte da legislação e da administração, pois os agentes delas encarregados entendem que se trata da ativação regular dos mecanismos de freios e contrapesos típicos de um regime constitucional que encampa a teoria da separação dos poderes.

Desde 2018, o chefe do Poder Executivo federal e os parlamentares que constituem a respectiva base de sustentação no Congresso Nacional têm se mostrado refratários aos mecanismos de limitação do poder político previstos na Constituição e nas leis infraconstitucionais. Essa postura tem fundamento em exegese bastante peculiar das liberdades constitucionais, como se elas não convivessem com um rigoroso modelo de responsabilidade política, civil, administrativa e penal.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para o tensionamento interorgânico ao determinar a instauração de inquéritos para investigar crimes supostamente cometidos por pessoas sem foro especial por prerrogativa de função,<sup>213</sup> ao indeferir requerimentos do procurador-geral da República para o arquivamento de investigações criminais originárias,<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> A competência penal originária dos Tribunais Superiores é determinada pelo critério pessoal (*ratione personae*). A sua fixação passa pela identificação, diante dos casos concretos, do suposto autor do ilícito penal objeto do procedimento persecutório criminal, o qual deve ser uma das autoridades referidas no art. 102, I, “b” e “c”, ou, ainda, no art. 105, I, “a”, da Constituição Federal. Na perspectiva do direito constitucional positivo, é altamente questionável instauração de inquérito originário pelo só fato de o *status* de ofendido recair sobre a Administração da Justiça ou sobre ministro da corte. No entanto, por expressiva maioria, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572, para declarar a constitucionalidade da portaria de instauração do “inquérito das *fake news*”, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, e do art. 43 do Regimento Interno respectivo, cujo *caput* estabelece: “Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”.

<sup>214</sup> Há muito tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está consolidada no sentido de que o requerimento de arquivamento de inquérito originário formulado pelo procurador-geral da República é irrecusável (cf. Inq 2.028, rel. min. Ellen Gracie, rel. para acórdão min. Joaquim Barbosa, j. 28/04/2004). Entretanto, mediante decisão monocrática proferida em março de 2022, a ministra Rosa Weber indeferiu requerimento por meio do qual o chefe do Ministério Público Federal pugnou pelo arquivamento do Inquérito nº 4.875, instaurado para apurar a suposta prática, pelo presidente da República, de crime de prevaricação no contexto das negociações para a compra da vacina indiana *Covaxin*.

ao utilizar a analogia para criminalizar comportamentos não tipificados como ilícito penal pelo Congresso Nacional,<sup>215</sup> ao superdimensionar os efeitos de comportamentos desviantes de agentes políticos<sup>216</sup> etc.

Embora seja necessário em alguns momentos, esse ativismo judicial acirra a relação entre os poderes e faz com que agentes políticos com inclinações despóticas fomentem a prática de atos antidemocráticos, a exemplo do desrespeito às decisões judiciais e da concessão de graça para inviabilizar a execução de condenação penal reputada injusta.<sup>217</sup> A autocontenção do tribunal talvez pudesse contribuir para restabelecer a normalidade desta parcela do relacionamento entre os poderes da República.

A situação ganha especial relevo nas províncias da regulação econômica, pois os interesses cometidos às agências reguladoras são complexos e multifacetados, visto que atrelados a aspectos técnico-científicos de serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, a exemplo das telecomunicações, da energia elétrica, da infraestrutura de transportes aéreos, aquáticos e terrestres, do mercado financeiro, do mercado de capitais, da defesa da concorrência etc. Neste especial domínio da ação administrativa do Estado, o controle jurisdicional também tem cabimento, mas o juiz não pode simplesmente estribar-se em valores jurídicos abstratos, sem qualquer preocupação com as consequências práticas da decretação de invalidade ou com as dificuldades reais do administrador (arts. 20 a 24, LINDB). Cumpra-lhe assumir os ônus da competência e do regulador.<sup>218</sup>

No controle de normas ou políticas regulatórias, sobretudo na perspectiva dos princípios jurídicos, é “preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de

---

<sup>215</sup> No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, o Supremo Tribunal Federal declarou que o Congresso Nacional está em mora por ainda não ter editado lei que criminalize a homofobia e a transfobia. De conseguinte, assentou que, até que sobrevenha lei específica, as condutas homofóbicas ou transfóbicas, reais ou supostas, subsomem-se às figuras típicas da Lei nº 7.716/1989, que define os crimes de racismo.

<sup>216</sup> Neste ano de 2022, um deputado federal aliado ao presidente da República foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e de coação no curso do processo (Ação Penal nº 1.044). Por expressiva maioria, o tribunal decidiu que as afirmações referidas na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal não estão protegidas pela imunidade parlamentar ou pela liberdade de expressão, pois constituem atentados ao livre exercício do Poder Judiciário.

<sup>217</sup> Por meio de decreto de efeitos concretos publicado em 21 de abril de 2022, o presidente da República concedeu graça ao deputado federal mencionado na nota anterior e, conseqüentemente, extinguiu a punibilidade relativamente aos crimes a que foi condenado na Ação Penal nº 1.044, do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não oblitere os efeitos secundários da condenação penal, de ordem penal ou civil (reincidência, obrigação de reparar o dano *ex delicto*, suspensão dos direitos políticos etc.), o ato de clemência soberana tem o efeito de exonerar o agraciado do cumprimento da pena privativa de liberdade.

<sup>218</sup> SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, pp. 220 e 228–229.



sua legitimação, examinando, inclusive, as consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria”, em substituição ao legislador ou ao administrador.<sup>219</sup> E mais: não lhe é dado “julgar nas nuvens” ou, então, lançar mão de princípios para frustrar a aplicação da lei ou furtar-se ao dever constitucional de motivação (art. 93, IX, CF).

Conforme Carlos Ari Sunfeld:

[...] é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário, teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares — em resumo: pura feitiçaria. É preciso insistir nisto: citar múltiplos belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça.<sup>220</sup>

Leitura apressada da formulação teórica de Sunfeld poderia levar à suposição de que, em sua percepção, juízes e tribunais desfrutariam de ampla liberdade para, diante das demandas que lhes são cotidianamente submetidas, manejar a função administrativa de regulação econômica. Porém, não é disto que se trata. Em momento algum o autor propõe a ruptura do modelo constitucional de distribuição do poder político. E nem poderia validamente fazê-lo, na medida em que a separação dos poderes constitui limite material oponível até mesmo ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, III, CF).

A melhor interpretação dos ônus da competência e do regulador é aquela que os imbrica com exigências técnico-jurídicas de estatura constitucional e infraconstitucional, de índole processual e material, predispostas a assinalar que eventual intromissão judicial nas políticas regulatórias estatais deve ser antecedida de uma preliminar valoração comparativa das capacidades institucionais do Poder Judiciário em face das agências reguladoras independentes ou, ainda, dos órgãos e entidades dotados de capacidade normativa de conjuntura.

Semelhante ponto de vista é comungado por Rodrigo Pagani de Souza, que faz as seguintes ponderações:

De certa maneira, isto implica que o Poder Judiciário possa imiscuir-se em toda e qualquer decisão administrativa, desde que arque com os ônus correspondentes? Penso que a resposta que se extrai da proposição acadêmica de SUNDFELD é negativa. Ali o jurista deixou claro que “nem sempre a competência é dos juízes”, e, mais, que, quando o seja, tal “competência judicial para aplicar princípios não se presume”. A premissa de sua tese parece ser harmonizar assim com certo consenso generalizado de que a separação dos Poderes implica certa contenção judicial, sendo dos Poderes Legislativo e Executivo as atribuições para edificar políticas públicas,

---

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 229.

eventualmente a partir de normas iniciais reconhecidas como princípios. Diante disso, se for para avançar nesse campo — que existe e que não se lhes pode presumir como próprio —, “os juízes têm o ônus de fundamentar sua competência”, alerta SUNDFELD. Por outro lado, completa: “mas cabe aos próprios juízes a autolimitação”. Nesse sentido, a ideia de impor, a quem venha a empregar princípios para decidir, “os ônus que lhe são inerentes” (inerentes ao emprego de princípios como fundamento para decidir concretamente), uma vez transformada em lei (a nova LINDB), de certa forma parece empoderar o Judiciário, ao deixar de lado a velha insistência em erigir falsas muralhas — como a do mérito do ato administrativo — perante a sua atuação. O caminho da imposição de ônus dá sinal verde para que o Judiciário controle, sim, a discricionariedade administrativa, desde que suporte tais ônus. Mas ao mesmo tempo a ideia mesma de se lhe impor os ônus correspondentes faz com que, para ir adiante, precise fundamentar a própria competência, que não é reconhecida *a priori* (pois pode ser, inclusive, que nenhum esforço de justificativa pelo juiz seja o bastante para permitir que saque uma solução específica de um valor jurídico abstrato). O princípio, por essa óptica, não é fator tão poderoso de limitação à discricionariedade administrativa e de ampliação da ação jurisdicional — como concebera a doutrina no passado —, porque a expectativa é de que o juiz, pelo processo decisório que lhe impôs a nova LINDB, deverá se autolimitar, justamente ao verificar que não há como motivar suficientemente a sua interferência com base exclusivamente no princípio. E se o juiz não se autolimitar? A própria LINDB poderá ser invocada como escudo por aquele que tenha sido ameaçado ou impactado na sua esfera jurídica pela decisão judicial insuficientemente motivada. As regras de motivação suficiente são, assim, antídotos contra o emprego abusivo de princípios.<sup>221</sup>

O recurso a peritos até pode ser uma medida compensatória das limitações do Poder Judiciário no enfrentamento de questões atinentes à regulação econômica, mas o exame técnico feito pelo auxiliar da justiça não necessariamente abarcará a totalidade das circunstâncias de fato e de direito valoradas pelo regulador para expedir atos normativos de interesse geral. Muito daquilo que tiver sido objeto das discussões internas ao processo normativo regulatório, da análise de impacto regulatório e das consultas e audiências públicas escapará ao crivo técnico-pericial e, em última análise, ao escrutínio jurisdicional, pois, à míngua conhecimentos enciclopédicos, o juiz estará inclinado a prestigiar o laudo daquele que nomeou.

Por tais motivos — e à guisa de conclusão —, é desejável que, numa primeira aproximação, a tarefa revisional desempenhada pelo Poder Judiciário focalize a dimensão procedimental da regulação econômica. Para tanto, são determinantes o exercício da autocontenção e a deferência judicial às escolhas administrativas legítimas.

O comedimento não é exigível nas hipóteses em que o defeito de legalidade seja grave e, portanto, justifique a interferência do órgão jurisdicional no mérito da produção normativa das agências reguladoras independentes e, em geral, dos arranjos institucionais investidos de capacidade normativa de conjuntura. Contudo, a intensidade de uma lesão a interesse tutelado

---

<sup>221</sup> PAGANI DE SOUZA, O problema da vaga em creche por determinação judicial (...), *Kindle*.

pelo direito não autoriza o controlador judicial a preencher os espaços de autonomia reservados aos demais órgãos da soberania política.

Ainda que juízes e tribunais tenham permissão constitucional e legal para realizar um controle forte, incumbe-lhes declinar os motivos que os legitimam a fazê-lo em caráter de sub-rogação do poder público. De resto, diante do que se contém nos arts. 20, 21, 22 e 24, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é mister que façam a devida contextualização dos fatos e do direito aplicável, sendo-lhes vedado limitar a argumentação a valores jurídicos abstratos, desprezar as dificuldades enfrentadas pelos administradores públicos na produção das normas administrativas, deixar de avaliar as consequências práticas que irradiam dos decretos de invalidade e conferir eficácia retroativa a interpretações novas.

### 2.3 A PREVALÊNCIA DAS NORMAS-REGRA E A VEDAÇÃO AO CONTROLE JURISDICIONAL EXCLUSIVAMENTE FUNDAMENTADO EM PRINCÍPIOS

Princípios são normas jurídicas. Assim como as regras, eles constituem parâmetros de orientação do Poder Judiciário no controle da atividade normativa das agências reguladoras e da Administração Pública em geral.

A partir deste diagnóstico, a questão que se põe consiste em definir se os mandamentos de otimização plasmados nas normas principiológicas são qualitativamente superiores às determinações, permissões ou proibições encerradas nas prescrições definitivas que enunciam das regras. A resposta é negativa. Seu fundamento é a “deterioração da qualidade do debate jurídico” que resulta do cenário atual, “em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”.<sup>222</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e ante a emergência do pós-positivismo, sobre cujo alicerce se assenta o edifício do neoconstitucionalismo, os princípios jurídicos ganharam a estatura de normas diretamente aplicáveis às situações constituídas na realidade fenomênica.<sup>223</sup> Aquilo que na origem estava circunscrito à enunciação de propósitos

---

<sup>222</sup> SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 205.

<sup>223</sup> BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, pp. 89 e 113.

políticos foi erigido à categoria de prescrição com idoneidade para, autonomamente, determinar, permitir ou proibir comportamentos, sob pena de sanção.

Talvez a estratégia de valorização dos princípios da Administração Pública tenha atingido o seu ponto culminante nas províncias do direito administrativo sancionador, com a tipificação de atos de improbidade administrativa que atentam contra mandamentos de otimização da função administrativa do Estado, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021.

No plano teórico, a transição foi benfazeja, porquanto, desde sua promulgação, o texto constitucional se apresenta impregnado de normas de elevado grau de indeterminação, que exigem a afirmação de sua eficácia e aplicabilidade, ainda que para tanto seja necessário algum nível de interposição legislativa. Exemplo disso é o art. 37, *caput*, que inaugura o título destinado à organização administrativa do Estado pela enunciação de princípios gerais extensíveis à Administração Pública centralizada e descentralizada de todos os poderes de todas as esferas da federação, inclusive dos órgãos constitucionais autônomos estranhos ao esquema tradicional da separação de poderes (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Tribunais de Contas).

No entanto, a experiência brasileira demonstra que as consequências jurídicas e sociais da atribuição de normatividade aos princípios são nefastas. Carlos Ari Sundfeld apresenta um diagnóstico claro e preciso acerca da banalização da categoria jurídica em referência, que, na sua avaliação, tornou-se instrumento a serviço de oportunistas e preguiçosos.<sup>224</sup>

Fala-se muito em normas principiológicas, mas nem sempre com o rigor metodológico desejável. Nada obstante a farta literatura concernente ao assunto, de origem nacional e estrangeira, ainda se encontram abordagens que identificam nestas espécies normativas soluções alternativas para casos nos quais a regra de direito existente, válida e eficaz simplesmente não converge com os desideratos do intérprete e do aplicador. Em outras palavras, princípios são reiteradamente manejados com o propósito de frustrar a aplicação de regras, como se entre eles houvesse uma relação de hierarquia a ser necessariamente resolvida a favor dos primeiros.

Reitere-se o que foi dito na seção anterior: os conflitos sobre direito à saúde são campo

---

<sup>224</sup> *Op. cit.*, pp. 179–229.

fértil para a proliferação dessa postura descompromissada com a integridade e a coerência da ciência jurídica e do ordenamento positivo. Quando autoridades judiciárias resolvem constranger o poder público ao fornecimento medicamento, ainda que não abrangido pelas relações de terapêuticas disponíveis no âmbito do Sistema Único de Saúde, aludem à norma programática inscrita no art. 196 da Constituição Federal, à dignidade humana e ao mínimo existencial.<sup>225</sup> Para dar executividade a seus comandos, assinam prazos exíguos para o cumprimento da prestação, no mais das vezes estabelecida de modo precário e unilateral ou, quando muito, antecedida de contraditório prévio. As normas que delineiam a política pública setorial e as que instituem critérios para a execução orçamentária e para a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública são solenemente ignoradas e nem sequer aparecem como comentários laterais (*obiter dicta*).

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já deixaram de aplicar normas válidas que proíbem o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, de fármacos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Isto ao arrepio de dispositivos legais que enunciam exatamente o contrário, os quais jamais foram declarados não-recepcionados ou inconstitucionais.<sup>226</sup>

A solução para o imbróglio passa pela mudança da mentalidade que ainda grassa entre membros do Poder Judiciário, os quais devem repelir o ativismo, exercitar a autocontenção, aplicar a teoria dos princípios com o rigor técnico desejável e, acima de tudo, observar os deveres contextualização fática e jurídica previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em especial o dever de consideração das consequências práticas da decisão fundamentada em valores jurídicos abstratos (art. 20).

A autocontenção, objeto de desenvolvimento na seção precedente, é um pressuposto do equilíbrio institucional e do bom exercício da função jurisdicional, pois o princípio da inafastabilidade da jurisdição não constitui salvo-conduto para juízes e tribunais se imiscuírem

---

<sup>225</sup> Luís Roberto Barroso afirma que, para contornar a falta de previsão de direitos fundamentais prestacionais na Lei Fundamental alemã, de 1949, “o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu um conceito que correu mundo e tornou-se importante, inclusive no Brasil, que é o de *mínimo existencial*. [...] O mínimo existencial compõe um conjunto de direitos sociais que são materialmente fundamentais e, conseqüentemente, devem ser exigíveis do Estado” (BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, p. 202). A jurisprudência dos tribunais de superposição contém fartas referências à doutrina do mínimo existencial: STF, ARE 745.745 AgR, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 02/12/2014; STJ, REsp 1.488.639, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 20/11/2014.

<sup>226</sup> STF, RE 657.718, rel. p/ acórdão min. Roberto Barroso, Pleno, j. 22/05/2019; RE 1.165.959, rel. p/ acórdão min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 21/06/2021; STJ, REsp 1.712.163/SP, rel. min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. 08/11/2018; REsp 1.657.156/RJ, rel. min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 25/04/2018.

nas searas reservadas aos demais poderes políticos, especialmente naquelas exorbitantes da capacidade institucional do Poder Judiciário. A par do assoberbamento decorrente do acúmulo de processos, o excesso de intromissão judicial nos negócios públicos e privados pode funcionar como estímulo aos maus litigantes, anelantes por um sistema judicial débil.<sup>227</sup>

Contudo, as externalidades positivas da autocontenção somente serão sentidas em plenitude na exata medida em que a teoria dos princípios merecer a devida atenção dos operadores jurídicos. E isso passa pela análise crítica da literatura existente e de seu papel no estado de coisas atual.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípios são as mais importantes manifestações da normatividade estatal, isto é, são as disposições estruturais do ordenamento, cujo desrespeito compromete a totalidade do sistema jurídico e, por isso, reveste-se da mais acentuada gravidade. Nas palavras do autor:

‘Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico’. Eis porque: ‘violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra’.<sup>228</sup>

Tamanha a relevância atribuída pelo autor a esses “mandamentos nucleares do sistema”, que a noção de regime jurídico-administrativo, ancorada nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, é o marco teórico a partir do qual desenvolve os institutos fundamentais do direito administrativo.

Sem embargo da importância dessa orientação teórica, representativa de um dos primeiros passos rumo à afirmação da força normativa dos princípios no cenário jurídico nacional, é necessário admitir que se trata de um conceito insuficiente,<sup>229</sup> que, por enaltecer a subjetividade na identificação dos valores juridicizados, contribuiu para o agravamento de muitos dos problemas imbricados com interpretação e a aplicação do direito na

---

<sup>227</sup> MARANHÃO, A revisão judicial de decisões das agências regulatórias (...), p. 29.

<sup>228</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 54.

<sup>229</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, pp. 109–116. O autor alude a uma distinção fraca e a uma distinção forte entre princípios e regras e associa a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello à distinção fraca.

contemporaneidade. Afinal de contas, foi a partir dessa intelecção das normas principiológicas, somada a uma “doutrina da efetividade das normas constitucionais”,<sup>230</sup> que o ativismo judicial ganhou fôlego e, de conseguinte, proliferaram-se as ameaças à segurança jurídica.<sup>231</sup>

A bem da segurança jurídica — de que são elementos a confiabilidade, a cognoscibilidade e a calculabilidade do direito<sup>232</sup> —, importa resgatar a distinção forte entre princípios e regras, na qual se conjugam os critérios do caráter hipotético-condicional da norma (maior ou menor grau de generalidade e abstração), do seu modo final de aplicação (ponderação ou subsunção) e do conflito normativo (coexistência e revogação).

De acordo com Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>233</sup>

Essa conceituação evidencia a natureza cambiante do conteúdo normativo dos princípios, que sempre estarão abertos à ponderação no caso concreto, a fim de que se atinja um estado de coisas ideal. Por sua vez, as regras exurgem como espécies normativas mais rígidas, cuja aplicação resulta de um processo de adequação formal do suporte fático à disposição constitucional ou legal denominado juízo de subsunção, embora excepcionalmente também admita ponderação. E o caráter estrito das regras reforça sua maior aptidão para conferir estabilidade às relações travadas no seio da sociedade.

Cai por terra, assim, a noção de superioridade dos princípios em face das regras. Ressalvada a hipótese de conflito entre normas de diferentes hierarquias, situação em que a equação deve ser resolvida a favor da norma de hierarquia superior, de ordinário a primazia é das regras, que incrementam a segurança jurídica, visto que fazem atuar, em grau máximo, a confiabilidade, a cognoscibilidade e a calculabilidade. Nas palavras de Humberto Ávila:

Normalmente, afirma-se que, quando houver colisão entre um princípio e uma regra, vence o primeiro. A concepção defendida neste trabalho segue percurso diverso. Em

<sup>230</sup> BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, pp. 222–223.

<sup>231</sup> SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, pp. 205–229.

<sup>232</sup> ÁVILA, *Teoria da segurança jurídica*, pp. 141–144.

<sup>233</sup> *Op. cit.*, p. 102.

primeiro lugar, é preciso verificar se há diferença hierárquica entre as normas: entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa, se princípio ou regra. Por exemplo, se houver conflito entre uma regra constitucional e um princípio legal, deve prevalecer a primeira; e se houver conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo. Isso quer dizer que a prevalência, nessas hipóteses, não depende da espécie normativa, mas da hierarquia. No entanto, se as normas forem de mesmo nível hierárquico, e ocorrer um autêntico conflito, deve ser dada primazia à regra. Por exemplo, se houver um conflito entre o princípio da liberdade de manifestação do pensamento e a regra de imunidade dos livros, deve ser atribuída prevalência à regra de imunidade. Caso contrário, seria sustentável a imunidade de obras de arte, porque também elas servem de veículo para a liberdade de manifestação do pensamento. É preciso enfatizar que, no exemplo referido, melhor seria falar de *conexão substancial* entre as normas do que em conflito. Em vez de oposição, há complementação. Há uma justificação recíproca entre a regra e o princípio: a interpretação da regra depende da simultânea interpretação do princípio, e vice-versa.

A única hipótese aparentemente plausível de atribuir “prevalência” a um princípio constitucional em detrimento de uma regra constitucional seria a de ser constatada uma razão extraordinária que impedisse a aplicação da regra. Por exemplo, a existência de um conflito entre o princípio da dignidade humana e a regra que estabelece a ordem de pagamento dos precatórios. Nesse caso, porém, a regra deixaria de ser aplicada porque existiria uma razão extraordinária que impediria sua aplicação, tendo em vista o postulado da razoabilidade. Rigorosamente, porém, seria mais correto falar em inexistência de conflito, pois não haveria duas normas finalmente aplicáveis, mas uma só, ao contrário do que acontece num autêntico conflito, em que duas normas inicialmente aplicáveis permanecem assim até o final do conflito, devendo o aplicador optar por uma delas, diante do caso concreto.<sup>234</sup>

O direito positivo caminha nesse mesmo sentido. Para revalorizar as disposições prescritivas e retrospectivas, expressivas de regras jurídicas, o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interdita a prolação de decisão administrativa ou judicial unicamente com lastro em valores jurídicos abstratos, tornando obrigatória a avaliação das consequências práticas do juízo de invalidade de ato, contrato, norma, processo ou ajuste de direito público.

Em síntese, o julgador não é proibido de fundamentar suas conclusões em princípio, mas se submete a deveres de contextualização fática e jurídica,<sup>235</sup> dos quais resulta a exigência de que tenha em perspectiva a conjuntura social, política, econômica e jurídica e, de conseguinte, assumo os ônus do administrador.

---

<sup>234</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 131.

<sup>235</sup> PAGANI DE SOUZA e ALENCAR, O dever de contextualização na interpretação e aplicação (...), pp. 53–54.



**SEGUNDA PARTE — O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS  
AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO**



### 3 PARÂMETROS DE CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO

#### 3.1 A DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS INTERPRETAÇÕES DAS AGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NA PERSPECTIVA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS — *HARD LOOK REVIEW DOCTRINE* E DOUTRINAS *SKIDMORE* E *CHEVRON*

No Brasil, os estudos dedicados ao controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário habitualmente aludem a formulações da Suprema Corte dos Estados Unidos, em especial a *hard look review doctrine* e as doutrinas *Skidmore* e *Chevron*.<sup>236</sup> Essa abordagem também é adotada na presente dissertação. Sua finalidade consiste em proporcionar o conhecimento de experiências capazes de auxiliar no aprimoramento da atividade jurisdicional exercida no território nacional em face de ações estatais complexas.

A utilidade da estratégia comparatista de investigação científica é estreme de dúvidas. Prova disto é o modelo brasileiro de controle judicial da Administração Pública, em que a pureza dos institutos concebidos pelas famílias jurídicas romano-germânica e anglo-saxônica dá lugar a uma realidade marcada pela conjugação de elementos típicos do contencioso administrativo europeu e do modelo norte-americano de controle forte por tribunais judiciais.<sup>237</sup>

O primeiro referencial que interessa a esta pesquisa é a *hard look review doctrine*. Segundo ela, ao exercer o controle da função normativa das agências administrativas, os tribunais devem verificar se foi dispensada a atenção devida às alternativas regulatórias existentes, aos assuntos-chave compreendidos pela delegação legislativa e às sugestões formuladas pelos interessados no transcurso do processo normativo.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeulle esclarecem que no direito público norte-americano

---

<sup>236</sup> BRUNA, *Agências reguladoras*; JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*; NOBRE JUNIOR, *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras*; VERÍSSIMO, *Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras*; BINENBOJM, *Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle*.

<sup>237</sup> Para evitar repetições, remete-se o leitor à seção 2.1 do capítulo 2, em que é mencionado o fato de o direito público brasileiro constituir o produto de uma relação simbiótica entre os dois principais sistemas de direito positivo do mundo ocidental.

a delegação legislativa consiste na atribuição, mediante lei formal, de “ampla autoridade discricionária” às agências administrativas, a fim de que editem regulamentos, interpretem os próprios regulamentos e as leis aprovadas pelo Congresso e adjudiquem conflitos intersubjetivos.<sup>238</sup> Trata-se de noção antípoda da doutrina da não delegação, forjada pela Suprema Corte no julgamento dos casos *J. W. Hampton v. United States*<sup>239</sup> e *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*,<sup>240</sup> segundo a qual “o Congresso deve conter ou limitar suficientemente a discricionariedade da agência com algum tipo de ‘princípio inteligível’”.<sup>241\_242</sup>

Juliana Bonacorsi de Palma, Daniel Wei Liang Wang e Rafael Colombo afirmam que os tribunais judiciais podem recorrer aos seguintes expedientes para controlar a legalidade dos atos regulatórios na perspectiva da *hard look review doctrine*: “controle da motivação do ato regulatório”; “controle da efetiva consideração, pelas agências reguladoras, dos argumentos apresentados pelas partes e interessados no processo administrativo” de produção normativa ou de adjudicação de conflito; “controle da consistência, na medida em que casos semelhantes devem apresentar soluções regulatórias semelhantes”; e “controle das decisões ‘arbitrárias’ ou caprichosas”.<sup>243</sup>

No ponto, o *leading case* é o caso *State Farm*, de 1983,<sup>244</sup> em que a Suprema Corte norte-americana anulou decisão proferida pela Administração Nacional de Segurança do

<sup>238</sup> SUNSTEIN e VERMEULLE, *Lei e Leviatã*, p. 165.

<sup>239</sup> “Em *J. W. Hampton v. United States*, 276 U. S. 394 (1928), a Suprema Corte esclareceu que, quando o Congresso dá a uma agência capacidade para regular, ele deve dar às agências um ‘princípio inteligível’ no qual basear suas regulamentações. Esse padrão é visto como bastante brando e raramente, ou nunca, foi usado para derrubar a legislação.” Tradução livre de: “*In J. W. Hampton v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), the Supreme Court clarified that when Congress does give an agency the ability to regulate, Congress must give the agencies an ‘intelligible principle’ on which to base their regulations. This standard is viewed as quite lenient, and has rarely, if ever, been used to strike down legislation” (CORNELL, **Legal Information Institute**).

<sup>240</sup> “Em *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. Estados Unidos*, 295 U.S. 495 (1935), a Suprema Corte considerou que ‘o Congresso não tem permissão para abdicar ou transferir para outros as funções legislativas essenciais com as quais está investido’”. Tradução livre de: “*In A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), the Supreme Court held that ‘Congress is not permitted to abdicate or to transfer to others the essential legislative functions with which it is thus vested’” (CORNELL, **Legal Information Institute**).

<sup>241</sup> SUNSTEIN e VERMEULLE, *Lei e Leviatã*, p. 165.

<sup>242</sup> “[No caso *Gundy v. United States*, julgado em 2019, o] juiz Gorsuch — junto com o presidente da Suprema Corte Roberts e o juiz Thomas — foi muito mais longe. Ele argumentou que o Congresso tem permissão para fazer apenas três coisas: autorizar agências a encontrar fatos; instruí-las a fornecer detalhes a respeito; e conceder a elas, ou ao presidente, autoridade para atuar em âmbitos, como o das relações exteriores, que são prerrogativa constitucional do Poder Executivo. O argumento de Gorsuch pode muito bem significar que grande parte da autoridade administrativa contemporânea é inconstitucional. Em sua abordagem, as principais disposições do *Clean Air Act*, do *Occupational Safety and Health Act*, e do *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* podem muito bem ser anuladas” (SUNSTEIN e VERMEULLE, *Lei e Leviatã*, pp. 166-167).

<sup>243</sup> WANG, PALMA e COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, p. 273.

<sup>244</sup> *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual*, 463 U. S. 29, S. Ct. 2856, 77 L. Ed. 2d. 443 (1983).

Tráfego Rodoviário,<sup>245</sup> agência vinculada ao Departamento de Transporte dos Estados Unidos,<sup>246</sup> que revogara uma norma administrativa que instituía o dever de instalação de sistemas automatizados de segurança veicular, a exemplo de *airbags* e de cintos de segurança automáticos. A decisão da agência federal encarregada de manter a segurança do tráfego rodoviário nos Estados Unidos havia sido proferida pouco antes do advento do termo final do período de vacância do regulamento revogado e logo após a mudança do partido político que ocupava a Presidência.

Sérgio Varella Bruna resume a *ratio decidendi* que inspirou o provimento emanado da instância máxima do Poder Judiciário federal norte-americano:

No entendimento da Corte, o cancelamento da exigência deveria ser visto como um ato praticado com excesso de poder, por não ter a agência fornecido uma fundamentação adequada para a sua radical mudança de posição quanto ao problema, assim como por não ter respondido às questões de fato, suscitadas durante a discussão que precedeu à adoção desses mecanismos de segurança, relativas à maior ou menor vantagem dos sistemas convencionais, em relação aos mecanismos automáticos de proteção aos passageiros do veículo.<sup>247</sup>

O fundamento constitucional da *hard look review doctrine* é a teoria da separação dos poderes, da qual emerge que a relação estabelecida entre as instâncias do poder político é orientada por medidas de freio e contrapeso destinadas à contenção dos excessos de parte a parte (*checks and balances*). Contudo, nesta orientação jurisprudencial também se identificam reminiscências do princípio do devido processo legal substantivo (*substantive due process*), a partir do qual a Suprema Corte desenvolveu o postulado da razoabilidade,<sup>248</sup> que se consagrou como uma “norma de segundo grau” de importância capital para o controle da atividade administrativa resultante de competência discricionária.<sup>249</sup>

O caso *State Farm* ilustra a afirmação acima, pois, de acordo com Sérgio Varella Bruna, ali foi encarecido:

[...] o dever da agência de “articular uma explicação satisfatória para suas ações”, basear-se em razões próprias e contemporâneas à ação, justificar qualquer mudança de curso, bem como examinar todos os dados e fatores relevantes, considerando as vias alternativas existentes para alcançar os objetivos almejados. Nessa mesma

<sup>245</sup> Tradução livre de *National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA)*.

<sup>246</sup> Tradução livre de *United States Department of Transportation*.

<sup>247</sup> BRUNA, *Agências reguladoras*, p. 221.

<sup>248</sup> ÁVILA, *Teoria dos princípios*, pp. 164 e 176–179. Para o autor, “postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.” É, precisamente o caso da razoabilidade, como também da proporcionalidade e da proibição do excesso.

<sup>249</sup> BRUNA, *Agências reguladoras*, pp. 158 e 230–232.

decisão [...] afirmou a Suprema Corte que a presunção de constitucionalidade que alcança os atos legislativos é mais forte que a presunção de legitimidade que é própria dos atos administrativos. Nesse contexto, a decisão da agência foi anulada (1) por falta de suporte nos autos para as premissas de fato adotadas e (2) por ter a agência deixado de demonstrar a existência de um relacionamento razoável entre sua decisão, de um lado, e as provas, as alternativas existentes e as finalidades legais envolvidas, do outro.<sup>250</sup>

Contudo, as coisas nem sempre exibiram os contornos atuais. Originalmente, o *judicial review* norte-americano guardava íntima relação com o aspecto procedimental do princípio do devido processo legal, cuja vocação primordial consistia em assegurar a participação plena de interessados no processo administrativo normativo e dar concretude ao dever de fundamentação oponível às autoridades governamentais.<sup>251</sup>

Durante a vigência da orientação formalista que se consolidou em 1943, no julgamento do caso *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, os tribunais raramente anulavam regulamentos com base na prescrição do *Administrative Procedure Act*, de 1946, que comina a pena de nulidade para atos arbitrários e caprichosos (*arbitrary and capricious*). Em circunstâncias tais, eles se limitavam a reenviar a discussão para um novo processo administrativo, a fim de que a agência avaliasse os interesses negligenciados em sua primitiva apreciação.<sup>252</sup>

As primeiras transformações foram sentidas em 1978, quando do julgamento do caso *Vermont Yankee*. Nesse instante, a Suprema Corte afirmou inexistir fundamento constitucional para a exigência de garantias processuais suplementares às textualmente previstas no *Administrative Procedure Act* e, de conseguinte, sepultou o modelo de controle baseado na versão processual da cláusula do devido processo legal.<sup>253</sup> Contudo, a sedimentação da tendência expansiva do controle jurisdicional para aspectos substanciais da ação administrativa ocorreu apenas no julgamento do caso *State Farm*, já referido.

Sublinhe-se, no entanto, que a regra ainda é a deferência judicial. De acordo com os precedentes mencionados, as normas instituídas pelas agências administrativas ou as decisões concretas por elas proferidas em sede de julgamento de conflito devem ser prestigiadas sempre que apresentem justificativa aceitável, ainda que o julgador não esteja de acordo com o teor da regulamentação ou da adjudicação submetida a seu crivo revisional. O objetivo desta orientação

<sup>250</sup> BRUNA, **Agências reguladoras**, p. 225.

<sup>251</sup> As origens mais remotas da *hard look review doctrine* podem ser encontradas no caso *SEC v. Chenery Corp.*, de 1943, em que foi afirmado o dever de as agências fundamentarem as suas decisões.

<sup>252</sup> *Op. cit.*, p. 223.

<sup>253</sup> *Op. cit.*, p. 224.

deferencial consiste em evitar que juízos políticos atribuídos pelo Congresso às autoridades governamentais venham a ser substituídos por outros, formulados pelos tribunais.

No entanto — e isto há de ficar rigorosamente esclarecido —, a deferência estimulada pela *hard look review doctrine* não se confunde com a condescendência judicial diante de comportamentos estatais heterodoxos, pois o seu reflexo imediato é justamente um controle mais detido do processo de tomada de decisão regulatória, quer se trate de *rulemaking* ou *adjudication*. A par disto, ela atua como mecanismo de aferição da efetividade das medidas regulatórias, visto que autoriza o juiz a perquirir os benefícios da regulação ou a justificativa de alguns possíveis ônus, como o custo da regulação ou de um pontual problema que pode advir da atividade ordenadora do Estado.<sup>254</sup>

Delineados os contornos da *hard look review doctrine*, passa-se à análise das doutrinas *Skidmore* e *Chevron*, as mais conhecidas doutrinas deferenciais edificadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O diálogo possível entre tais modelos e o sistema jurídico brasileiro será objeto do tópico subsequente.

A doutrina *Skidmore*, forjada em 1944, no julgamento de um caso homônimo,<sup>255</sup> “orienta os tribunais sobre como agir no momento de controlar judicialmente interpretações promovidas pela administração pública”.<sup>256</sup> Dela resulta que, ao “invés de proceder a uma interpretação autônoma e independente da legislação, para confrontá-la com aquela promovida pelo administrador, o tribunal deve levar em conta a opção administrativa” e conferir-lhe um peso variável conforme o seu “poder de persuasão”.<sup>257</sup> De acordo com Eduardo Jordão:

Na passagem clássica em que enuncia a chamada “deferência *Skidmore*”, a Suprema Corte afirma que os tribunais devem recorrer, para orientação, às autoridades administrativas que detenham experiência no assunto debatido em juízo. E completa: o peso a ser dado à opinião destas autoridades em um caso particular “dependerá do rigor evidenciado em sua análise, da validade do seu raciocínio, da sua coerência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir”.

Como se percebe, a chamada “deferência *Skidmore*” não opera de maneira “tudo ou nada”, mas importa a concessão de um peso gradual à opinião da autoridade administrativa, em função de seus múltiplos aspectos.<sup>258</sup>

À semelhança da *hard look review doctrine*, a doutrina *Skidmore* é tributária da

<sup>254</sup> WANG, PALMA e COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, p. 273.

<sup>255</sup> *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134 (1944).

<sup>256</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, p. 491.

<sup>257</sup> *Op. cit.*, p. 491.

<sup>258</sup> *Op. cit.*, pp. 336–337.

deferência judicial às interpretações e decisões emanadas das agências administrativas. Por imperativos de legitimidade democrática e especialização funcional, ela também desaconselha a substituição da escolha administrativa pela escolha judicial, ainda que a autoridade judiciária esteja convencida de que a interpretação dada à lei pela agência não seja a mais correta ou que realmente se revele convergente com o interesse público. Entretanto, de acordo com a Suprema Corte norte-americana, algumas circunstâncias podem determinar a revisão judicial dos atos das agências. São elas a “completude dos fatos considerados para a tomada da decisão”, a “validade do raciocínio” e a “consistência com atos anteriores ou posteriores da agência”.<sup>259</sup>

Ao contrário do que se verifica na doutrina *Chevron*, em que a ambiguidade legislativa é um índice de determinação da deferência judicial, a aplicação da deferência *Skidmore* independe de a legislação interpretada conter imprecisões semânticas. Seu campo de atuação é residual, circunscrito às hipóteses em que não seja possível identificar uma delegação legislativa à Administração de poderes de produção de normas com força de lei<sup>260</sup> — isto é, aos casos em que a legislação interpretada não tenha outorgado ampla autoridade discricionária para a agência administrativa editar normas cogentes, normas cujo descumprimento acarreta a imediata aplicação de sanção.<sup>261</sup>

Se os tribunais não puderem identificar a aludida intenção do Congresso de que as agências falem com força de lei — do que se seguirá a vedação à aplicação da doutrina *Chevron* —, ainda assim não lhes caberá decidir diretamente a questão. Nestas circunstâncias, incidirá a chamada deferência *Skidmore*.

A necessidade de perquirir a existência de delegação legislativa para o exercício pleno de função normativa pelas agências administrativas é o “passo zero” da doutrina *Chevron*. A exigência consiste em um incremento ao teste bifásico original, instituído a partir do julgamento do caso *Mead*, em 2001. O assunto será examinado na sequência.

Por fim, *Chevron*.

*Chevron* é o precedente mais amplamente difundido na literatura brasileira, e remonta a 1984.<sup>262</sup> Na ocasião, a Suprema Corte norte-americana foi instada a examinar a legalidade de

<sup>259</sup> WANG, PALMA e COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, p. 272.

<sup>260</sup> *Op. cit.*, pp. 206 e 336–338.

<sup>261</sup> SUNSTEIN, *Chevron step zero*, p. 29; SUNSTEIN e VERMEULLE, *Lei e Leviatã*, p. 165.

<sup>262</sup> *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984)



interpretação conferida pela Agência de Proteção Ambiental<sup>263</sup> à expressão “fontes fixas”, constante de emenda ao *Clean Air Act*, de 1977. Eduardo Jordão resume o desenrolar dos acontecimentos:

O caso tratava de interpretação conferida pela agência de proteção ambiental americana (*Environmental Protection Agency/EPA*) para a expressão “fontes fixas” (*stationary source*), constante de uma das emendas do *Clean Air Act*, de 1977. Estas emendas impunham obrigações para os Estados que não houvessem atingido os níveis de qualidade do ar estabelecidos pela EPA. Nestes casos, eles deveriam estabelecer um programa de licenciamento que regulasse todas as “fontes fixas” de poluição do ar novas ou modificadas. As condições para concessão das licenças nestes casos eram bastante restritas. Em 1981 a EPA emitiu regulação para implementar a concessão das licenças, permitindo que os Estados adotassem uma definição da expressão “fontes fixas” que levasse em consideração a integralidade de uma planta industrial. Assim, uma indústria que contivesse diversos aparelhos poluentes poderia instalar ou modificar uma peça de equipamento sem violar as condições para a concessão da licença, desde que estas medidas não produzissem um aumento no total de emissões da planta industrial. Este raciocínio permitia que todos os aparelhos poluentes dentro de uma mesma planta industrial fossem considerados como uma única fonte poluidora como se ela fosse uma bolha (eis aí o chamado *bubble concept of stationary source*). Após a contestação judicial, a Corte de Apelação anulou a regulação da EPA, por entendê-la contrária ao propósito da legislação relevante, de melhorar a qualidade do ar. O caso chegou à Suprema Corte, que entendeu diversamente. Observando que a legislação em questão veiculava finalidades complexas e contraditórias, de modo que a melhoria das condições ambientais deveria ser realizada sem atrapalhar o progresso econômico, considerou o “conceito bolha” da expressão “fontes fixas”, proposto pela EPA, como um razoável compromisso entre estas indicações legislativas conflitantes. A Suprema Corte inclusive explicou a racionalidade econômica do conceito regulatório: permitir maior flexibilidade para a indústria, para que o controle da poluição se desse de forma mais rápida e barata.<sup>264</sup>

No aludido julgamento, a Suprema Corte estabeleceu que o exercício de uma competência administrativa legalmente definida — isto é, o exercício de “competência para administrar uma legislação”<sup>265</sup> — pressupõe o reconhecimento de que a agência tem as prerrogativas de formular políticas públicas e editar normas destinadas ao preenchimento das lacunas deixadas pelo Congresso, voluntariamente ou não. A par disso, estabeleceu “um importante teste bifásico que passou a guiar a determinação da intensidade do controle sobre interpretações legislativas das autoridades administrativas.”<sup>266</sup>

De acordo com a formulação original, o primeiro passo do teste proposto em *Chevron* consiste em identificar se a legislação oferece resposta clara à questão objeto da interpretação administrativa submetida ao escrutínio do Poder Judiciário. Nesta primeira etapa, os tribunais verificam se a legislação que delega competência normativa à agência administrativa é clara

<sup>263</sup> Tradução livre de *Environmental Protection Agency*.

<sup>264</sup> JORDÃO, **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, pp. 201–202.

<sup>265</sup> *Op. cit.*, p. 202.

<sup>266</sup> *Op. cit.*, p. 202.

ou, ao reverso, ambígua; e o fazem com total liberdade, isto é, sem deferência à agência de que emanou a interpretação. A advertência é de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeulle, que afirmam:

[...] Na primeira etapa, não há deferência à agência. Os Tribunais decidem por si próprios se um termo legal é ambíguo. As agências não têm direito a qualquer deferência sobre essa questão. Esse é um limite importante de *Chevron*. Se as agências pudessem dizer se as leis são ambíguas, poderia haver uma questão séria nos termos do artigo III [da Constituição dos Estados Unidos, que trata do Poder Judiciário]. Mas, tal como a lei está escrita, as agências têm autoridade interpretativa apenas em face do que um Tribunal considera ambiguidade. Isso não lhes dá grandes poderes. No entanto, as agências estão muito melhor com *Chevron* do que sem ela, no sentido de que têm espaço para interpretar disposições ambíguas da maneira que considerarem razoavelmente adequada. Dito de outra forma: sob *Chevron*, o Tribunal é sempre obrigado a exercer seu próprio julgamento independente no Primeiro Passo ao decidir se há ambiguidade. A palavra “levar” não pode significar “cantar”, “admirar” ou “espirrar”. *Somente após o Tribunal julgar de maneira independente a ambiguidade do um termo é que a estrutura de Chevron se aplica*. Poderíamos imaginar, e deveríamos enfatizar, que surgiria uma séria questão constitucional se o Congresso proibisse esse julgamento independente — se dissesse que as agências, e não os Tribunais, decidirão se há ambiguidade na lei. Mas *Chevron* não se baseia em tal proibição. Pelo contrário, os Tribunais permanecem no comando, no sentido de que têm o direito de decidir se a lei é realmente ambígua.<sup>267</sup>

Uma vez constatada a ausência de ambiguidades legislativas, reconhece-se que não há espaço de conformação para o regulador administrativo, o qual deve acatar a solução legislativa, de resto “a única solução cabível no caso concreto”.<sup>268</sup> Nestas circunstâncias, os tribunais exercitam um controle forte, também denominado “controle de correção”.<sup>269</sup>

Se, porém, a legislação interpretada comporta significados múltiplos, a revisão judicial deve ser deferente às escolhas administrativas, qualificando-se como um “controle de razoabilidade”. “Nestas hipóteses não cabe aos tribunais interpretar diretamente a ambiguidade legislativa, adotando a solução que lhes parecer mais adequada. [...] devem apenas julgar se a solução adotada pela autoridade administrativa é permissível (razoável)”.<sup>270</sup>

Publicistas e tribunais federais norte-americanos logo passaram a detectar inconsistências no teste binário proposto pela Suprema Corte no julgamento do *leading case* de 1984. Nas perspectivas da academia e do foro, o modelo original revelou-se omissivo sobre a necessidade de o Poder Judiciário deferir a interpretações ou adjudicações administrativas resultantes de procedimentos informais ou, ainda, a interpretações administrativas sobre questões constitucionais e sobre temáticas imbricadas com a competência da agência. A par disso, destacou-se a multiplicidade de formas por meio das quais as agências interpretam as leis

<sup>267</sup> SUNSTEIN e VERMEULLE, *Lei e Leviatã*, pp. 182-183 (com destaques do original).

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 331.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 203.

que administram e, em consequência, estabeleceu-se acesa controvérsia sobre a possibilidade de todas elas merecerem igual deferência judicial. Por fim, observou-se que, no limite, a aplicação ortodoxa da doutrina *Chevron* leva à subestimação de discussões relevantes, tais como as que têm por objeto a gradação da clareza da lei e da deferência judicial. Na síntese de Eduardo Jordão:

A bom rigor, a superação da leitura simples de *Chevron* pela Suprema Corte foi *amplamente* prevista pela doutrina, que apontava a insustentabilidade da aplicação do teste binário a todas as interpretações administrativas. Para além dos casos de inaplicabilidade mais evidentes (interpretações envolvendo questões constitucionais ou a própria competência da autoridade administrativa), destacou-se a multiplicidade de *formas* por meio das quais as autoridades administrativas interpretam as legislações que administram, sugerindo a implausibilidade de que todas elas mereçam igual deferência judicial. Além disso, foi observado que, se entendida como uma regra *all-or-nothing*, a doutrina *Chevron* ignoraria circunstâncias como a *gradação da clareza da lei* (quão ambígua deve ser uma legislação sobre um tema para desencadear a deferência *Chevron*?) e, mesmo, a *gradação da deferência judicial* (*Chevron* levaria sempre a um dos extremos entre deferência *nenhuma* ou *total*?).<sup>271</sup>

As lacunas foram colmatadas no início dos anos 2000, quando, ao julgar os casos *Christensen*<sup>272</sup> e *Mead*,<sup>273</sup> a Suprema Corte redefiniu — ou, de acordo com o discurso oficial, esclareceu — os parâmetros da doutrina *Chevron*.

No caso *Christensen*, a Suprema Corte foi instada a se pronunciar sobre a validade da interpretação dada pelo Condado de Harris, no Texas, ao *Fair Labor Standards Act*, de 1938, na parte em que dispõe sobre a compensação devida a empregados públicos por trabalho extraordinário. Esta lei federal autoriza Estados-membros da federação e respectivas subdivisões políticas a conceder folga em vez de remuneração adicional, cujo cabimento é limitado a circunstâncias excepcionais.

Para não ter de indenizar seus trabalhadores pelos serviços prestados além da jornada ordinária, a Administração local, amparada em carta opinativa do Departamento de Trabalho,<sup>274</sup> editou norma por meio da qual passou a exigir o agendamento de folgas tendentes a amortizar o tempo contabilizado em banco de horas. A regulação administrativa foi impugnada por agentes policiais (*deputy sheriffs county*) sob o argumento de que o *Fair Labor Standards Act* não concede ao empregador o direito de constranger seus empregados à compensação de horas extras. Para os autores da disputa judicial, a imposição somente terá cabimento se houver acordo

<sup>271</sup> JORDÃO, **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, pp. 331–332.

<sup>272</sup> *Christensen v. Harris County*, 529 U. S. 576 (2000).

<sup>273</sup> *United States v. Mead Corp.*, 533 U. S. 218 (2001)

<sup>274</sup> Tradução livre de *Department of Labor*.

que a contemple.

O Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Sul do Texas,<sup>275</sup> que jurisdiciona o Condado de Harris,<sup>276</sup> declarou a invalidade da norma local por violação ao *Fair Labor Standards Act*. No entanto, em sede recursal, o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Quinto Circuito<sup>277</sup> reverteu a decisão de primeira instância e afirmou que o *Fair Labor Standards Act* é omissivo sobre a questão e, de conseguinte, não impede a agência local de adotar a política compensatória judicialmente contestada. Esta decisão foi confirmada pela Suprema Corte, que rechaçou a deferência *Chevron* a interpretações administrativas consubstanciadas em cartas opinativas, manuais e outros atos cuja edição não tenha sido antecedida de procedimentos normativos do tipo *notice and comment* ou, ainda, de adjudicação formal.<sup>278</sup>

Para o órgão de cúpula do Poder Judiciário federal norte-americano, a deferência judicial será devida não apenas naquelas hipóteses em que a interpretação administrativa resultar do moroso e burocrático procedimento formal — o qual já caiu em desuso —, mas também quando derivar de procedimento informal que contemple a garantia de participação

<sup>275</sup> Tradução livre de *United States District Court, Southern District of Texas*.

<sup>276</sup> Pelo critério territorial de distribuição da competência da Justiça Federal norte-americana, o Condado de Harris está vinculado à Divisão de Houston. Disponível em: <<https://www.txs.uscourts.gov/offices/houston-division>>. Acesso em: 07 abr. 2022

<sup>277</sup> Tradução livre de *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*.

<sup>278</sup> “Held: Nothing in the FLSA or its implementing regulations prohibits a public employer from compelling the use of compensatory time. Petitioners’ claim that § 207(0)(5) implicitly prohibits compelled use of compensatory time in the absence of an agreement is unpersuasive. The proposition that when a statute limits a thing to be done in a particular mode, it includes a negative of any other mode, *Raleigh & Gaston R. Co. v. Reid*, 13 Wall. 269, 270, does not resolve this case in petitioners’ favor. Section 207(0)(5) provides that an employee who requests to use compensatory time must be permitted to do so unless the employer’s operations would be unduly disrupted. The negative inference to be drawn is only that an employer may not deny a request for a reason other than that provided in §207(0)(5). Section 207(0)(5) simply ensures that an employee receive some timely benefit for overtime work. The FLSA’s nearby provisions reflect a similar concern. At bottom, the best reading of the FLSA is that it ensures liquidation of compensatory time; it says nothing about restricting an employer’s efforts to require employees to use the time. Because the statute is silent on this issue and because the county’s policy is entirely compatible with § 207(0)(5), petitioners cannot, as § 216(b) requires, prove that the county has violated § 207. Two other features of the FLSA support this interpretation: Employers are permitted to decrease the number of hours that employees work, and employers also may cash out accumulated compensatory time by paying the employee his regular hourly wage for each hour accrued. The county’s policy merely involves doing both of these steps at once. A Department of Labor opinion letter taking the position that an employer may compel the use of compensatory time only if the employee has agreed in advance to such a practice is not entitled to deference under *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837. Interpretations such as those in opinion letters-like interpretations contained in policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law-do not warrant *Chevron*-style deference. They are “entitled to respect,” but only to the extent that they are persuasive, *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134, 140, which is not the case here. *Chevron* deference does apply to an agency interpretation contained in a regulation, but nothing in the Department of Labor’s regulation even arguably requires that an employer’s compelled use policy must be included in an agreement. And deference to an agency’s interpretation of its regulation is warranted under *Auer v. Robbins*, 519 U. S. 452, 461, only when the regulation’s language is ambiguous, which is not the case here. Pp. 582-588.” *Christensen v. Harris County*, 529 U. S. 576 (2000).

pública na formação da vontade estatal, isto é, de *notice and comment rulemaking*.<sup>279</sup> A incidência *ex ante* do controle não deferente foi restringida a situações em que a interpretação administrativa tenha origem em procedimento normativo isento de participação popular.

É incontestável que “*Christensen* foi importante para demonstrar que algumas interpretações das agências estavam fora do domínio de *Chevron*, mas muitas perguntas ficaram sem resposta”.<sup>280</sup> Ao silenciar sobre as características que uma interpretação administrativa deve ter para fazer jus ao controle de razoabilidade (deferente), em vez do controle de correção (não deferente), a decisão da Suprema Corte gerou dúvida sobre a admissibilidade de controle forte sobre toda e qualquer norma ou decisão administrativa resultante de procedimento não participativo.<sup>281</sup>

As aludidas omissões foram supridas alguns meses depois, no instante em que o tribunal se debruçou sobre o caso *Mead*. Nesse julgamento, à semelhança do que fizera no caso *Christensen*, a Suprema Corte norte-americana examinou a legitimidade de atos normativos editados mediante procedimento conduzido sem a observância do *Administrative Procedure Act* na passagem em que consagra o *notice and comment rulemaking*. A situação concreta dizia respeito à intensidade do controle jurisdicional sobre cartas normativas (*ruling letters*) promulgadas por agências vinculadas ao Serviço Alfandegário dos Estados Unidos,<sup>282</sup> à vista

---

<sup>279</sup> A distinção entre o “procedimento formal”, o “procedimento informal” e o “procedimento isento de participação popular” é feita por Rodrigo Pagani de Souza, a partir da doutrina administrativista norte-americana e do *Administrative Procedure Act*. O autor alude o abandono do procedimento formal e à incorporação de formalidades ao procedimento informal, de modo a convertê-lo num verdadeiro “procedimento híbrido”. Em suas palavras: “No final da década de 60, na medida em que o processo normativo se tornava cada vez mais importante na tomada de decisões administrativas, as insatisfações com os modelos de tal processo previstos no APA também se disseminavam cada vez mais. Por um lado, verificava-se que o processo normativo informal era simples e eficiente, mas disponibilizava às pessoas interessadas poucos direitos para conhecer e contestar os fundamentos de uma norma proposta. Por outro lado, o processo normativo formal dava abundantes possibilidades para a participação e contestação das propostas das agências, mas ao custo da quase paralisação. Em resumo, disseminava-se a sensação de que havia dois procedimentos em polos opostos — um garantindo presteza na atuação administrativa em detrimento de uma efetiva participação pública, e outro garantindo esta última em detrimento daquela. Esta sensação de procedimentos polarizados quanto aos seus efeitos, que resultou no descontentamento com ambos, não ocorreu por acaso. De fato, consoante nos informa Juan José Lavilla RUBIRA, o APA é geralmente interpretado como o fruto de um compromisso entre tendências igualmente polarizadas: as conservadoras, que foram satisfeitas mediante a previsão do procedimento formal, e as partidárias de um maior grau de intervenção pública, que lograram a previsão do chamado procedimento informal. [...] a disseminação do descontentamento fez com que a evolução do Direito norte-americano posterior à promulgação do APA, no que se refere aos procedimentos normativos, se caracterizasse pela desaparecimento, na prática, do procedimento formal e pela progressiva formalização do procedimento informal. Buscou-se, de fato, desenvolver modelos procedimentais intermediários que permitissem uma efetiva participação pública no processo normativo ao mesmo tempo em que se evitasse os excessos do procedimento formal. Estes procedimentos de compromisso foram geralmente designados como ‘processos normativos híbridos’ [...] (PAGANI DE SOUZA, Participação pública [...], capítulo 3).

<sup>280</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, p. 333.

<sup>281</sup> *Op. cit.*, pp. 331–332.

<sup>282</sup> Tradução livre de *United States Customs Service*.

de regulamentos baixados pela Secretaria do Tesouro,<sup>283</sup> para disciplinar a tributação de materiais de escritório e papelaria.

A sociedade empresária *Mead Corporation* importava agendas, fichários, calendários e produtos afins. Após muitos anos de vigência de normas concessivas de isenção fiscal, a cúpula do Serviço Alfandegário norte-americano editou uma carta normativa para sujeitar as agendas importadas por *Mead* à tributação aduaneira.

Diante da súbita mudança no entendimento da agência administrativa, *Mead* ajuizou demanda perante o Tribunal do Comércio Internacional dos Estados Unidos,<sup>284</sup> que lhe deu ganho de causa. No entanto, a decisão de primeira instância foi revertida pelo Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para Circuito Federal,<sup>285</sup> que entendeu que cartas normativas não devem ser tratadas como regulamentos aduaneiros — que recebem o mais alto nível de deferência *Chevron* — por três motivos: “elas não são precedidas de procedimento normativo do tipo *notice and comment*, na forma do *Administrative Procedure Act*, não têm força de lei e tampouco estão destinadas a aclarar direitos e obrigações de importadores além do caso específico.”<sup>286</sup>

A partir do caso *Mead*, a Suprema Corte deixou assentado que a deferência *Chevron* tem lugar nas seguintes hipóteses: (a) quando a edição de ato individual e concreto ou geral e abstrato por uma agência administrativa dependente ou independente, expressivo de sua interpretação acerca da lei que administra, seja antecedida de adjudicação formal ou de procedimento de produção normativa do tipo *notice and comment*; ou (b) quando a situação jurídica examinada pelo controlador judicial permita identificar “a intenção do Congresso de que a específica interpretação em questão tenha força de lei.”<sup>287</sup> Disse, mais, que a ausência de um dos pressupostos para a incidência da doutrina *Chevron* atrai a doutrina *Skidmore*, que igualmente proscree a substituição da apreciação administrativa pela interpretação judicial.

---

<sup>283</sup> Tradução livre de *Secretary of the Treasury*.

<sup>284</sup> Tradução livre de *United States Court of International Trade*.

<sup>285</sup> Tradução livre de *United States Court of Appeals for the Federal Circuit*.

<sup>286</sup> “[...] After classifying the planners as duty free for several years, Customs Headquarters issued a ruling letter classifying them as bound diaries subject to tariff. *Mead* filed suit in the Court of International Trade, which granted the Government summary judgment. In reversing, the Federal Circuit found that ruling letters should not be treated like Customs regulations, which receive the highest level of deference under *Chevron US. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837, because they are not preceded by notice and comment as under the *Administrative Procedure Act (APA)*, do not carry the force of law, and are not intended to clarify importers's rights and obligations beyond the specific case. The court gave no deference at all to the ruling letter at issue.” *United States v. Mead Corp.*, 533 U. S. 218 (2001).

<sup>287</sup> *United States v. Mead Corp.*, 533 U. S. 218, 231 (2001).

Nas palavras de Eduardo Jordão, a “Suprema Corte observa que se aplica o precedente de *Chevron* a estas duas instâncias clássicas *precisamente porque* o procedimento que as caracteriza leva a presumir a intenção do Congresso de que elas tenham força de lei.”<sup>288</sup> E mais:

[...] a utilização da ambiguidade legislativa como índice da necessidade de deferência judicial perde muito em relevância, na medida em que passa a ser determinante da intensidade do controle a ser aplicado *apenas nos casos* em que já se terá aplicado previamente um exame contextualizado voltado a identificar a intenção do Congresso de que a Administração fale com força de lei.<sup>289</sup>

Afora a sua dimensão expletiva da estratégia urdida em *Christensen* — que considerou inaplicável a deferência judicial às interpretações administrativas resultantes de procedimentos não dialógicos, isentos de participação popular —, o julgamento do caso *Mead* teve duas grandes virtudes. Por seu intermédio, a Suprema Corte introduziu uma etapa preliminar no teste originalmente binário de *Chevron*, que passara a constituir um teste em três etapas; além disto, afirmou a existência de relação de complementaridade e subsidiariedade entre as doutrinas *Chevron* e *Skidmore*. Contudo, o tribunal não determinou o sentido e o alcance da locução “força de lei”.

Diante da omissão, Sunstein afirma que há duas definições possíveis: uma fraca, que vincula o atributo da “força de lei” ao fato de a interpretação ou decisão administrativa simplesmente merecer a deferência *Chevron* e outra forte, que resulta da aptidão da interpretação ou decisão administrativa para vincular os seus destinatários e as próprias agências e, ainda, autorizar o imediato sancionamento daqueles cujos atos sejam contrários ao que estatui, sem que para isso seja necessário recorrer ao Poder Judiciário. Nas palavras do publicista norte-americano:

O tribunal não explicou o que significa “força de lei”. Parece haver duas interpretações possíveis. Uma decisão de agência pode ter a “força de lei” quando e porque recebe a deferência *Chevron*. Nesta visão, o teste da “força de lei” não é teste algum; é um círculo, não uma ferramenta analítica. Todo o trabalho relevante está sendo feito por uma investigação sobre as intenções congressuais, que normalmente são obtidas por um exame sobre se a agência recebeu autoridade para usar certos procedimentos. Alternativamente, uma decisão de agência pode ser considerada como tendo “força de lei” quando é obrigatória para particulares no sentido de que aqueles que agem com violação à decisão enfrentam sanções imediatas. Nesta visão, a deferência *Chevron* é inferida da concessão de poderes para produzir decisões que as pessoas violam por sua conta e risco. Talvez pudéssemos suplementar esta abordagem para dizer que a decisão tem “força de lei” se a agência também estiver legalmente vinculada a ela.

<sup>288</sup> JORDÃO, Controle judicial de uma Administração Pública complexa, p. 334.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 334.

Esta interpretação tem a vantagem de evitar qualquer circularidade, sendo, portanto, a leitura mais plausível da abordagem do tribunal em *Mead*.<sup>290</sup>

A presente dissertação está alinhada à concepção de Sunstein, que — vale insistir — associa a força de lei de uma interpretação ou decisão administrativa à obrigatoriedade do comando que institui e à possibilidade de aplicação imediata de sanção, independentemente recurso aos tribunais.

Em resumo, na atualidade, antes de investigar a clareza ou a ambiguidade da delegação legislativa, o controlador judicial deve sondar se o correspondente enunciado prescritivo permite concluir que o Congresso outorgou à agência o poder de falar com força de lei, isto é, se lhe atribuiu “ampla autoridade discricionária” para editar e interpretar regulamentos que se imponham aos particulares, e cujo desrespeito acarrete sanções administrativas. Esta nova etapa ficou conhecida como passo zero (*step zero*).<sup>291</sup> De resto, conforme mencionado, operou-se a reafirmação da importância da deferência *Skidmore*, que ganhou a estatura de doutrina suplementar, de aplicação subsidiária aos casos em que a situação jurídica não transponha a etapa preliminar da doutrina *Chevron*.

A resposta afirmativa às indagações que compõem os três passos da avaliação proposta pela doutrina *Chevron* induz a um controle judicial deferente às escolhas administrativas, pois entre os norte-americanos predomina uma compreensão no sentido de que a interpretação legislativa por agências governamentais é atividade eminentemente política, que, justamente por este motivo, “deve ser atribuída à instituição pública com maiores credenciais democráticas.”<sup>292</sup> Contudo, a “orientação deferencial cede espaço a uma maior intervenção judicial [...] em casos de maior sensibilidade jurídica”, a exemplo de questões penais. A resposta negativa aqueles questionamentos desencadeia um controle mais intenso e menos deferente, também denominado controle forte.

---

<sup>290</sup> Tradução livre de: “*The Court has not explained what it means by the ‘force of law’.* There seem to be two possible interpretations. An agency decision may have the ‘force of law’ when and because it receives *Chevron* deference. On this view, the ‘force of law’ test is no test at all; it is a circle, not an analytical tool. All of the relevant work is being done by an inquiry into congressional intentions, which are typically elicited by an examination of whether the agency has been given the authority to use certain procedures. Alternatively, an agency decision may be taken to have the ‘force of law’ when it is binding on private parties in the sense that those who act in violation of the decision face immediate sanctions. On this view, *Chevron* deference is inferred from the grant of power to make decisions that people violate at their peril. Perhaps we could supplement this approach to say that a decision has the ‘force of law’ if the agency is legally bound by it as well. This interpretation has the advantage of avoiding any circularity, and it is therefore the most plausible reading of the Court’s approach in *Mead*” (SUNSTEIN, *Chevron step zero*, p. 29).

<sup>291</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, p. 335.

<sup>292</sup> *Op. cit.*, p. 206.



### 3.2 O DIÁLOGO POSSÍVEL ENTRE AS DOCTRINAS DEFERENCIAIS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS E O DIREITO BRASILEIRO

É desejável que os membros do Poder Judiciário brasileiro tenham alguma familiaridade com as doutrinas deferenciais formuladas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, pois, a partir de análises comparativas, podem encontrar soluções para problemas comuns a ambas as jurisdições. A relevância desta compreensão será tanto maior quanto mais a nossa Administração Pública se aproximar do modelo norte-americano de regulação econômica e, também, quanto mais os nossos tribunais fizerem referência aos precedentes da mais alta corte judicial daquele país — algo que tem acontecido com alguma frequência, até mesmo em julgamentos do Supremo Tribunal Federal.<sup>293</sup>

Contudo, daí não se segue que juízes e tribunais brasileiros possam adotar os critérios de julgamento estabelecidos nos *leading cases* anteriormente mencionados e outros que esta dissertação haja omitido. Categoricamente, não podem. A dimensão política da função jurisdicional — que exprime parcela da soberania estatal, e da qual resultam sua territorialidade e a necessidade de a resolução dos conflitos pautar-se no direito interno, sobretudo o direito processual — inviabiliza semelhante encaminhamento.

No território nacional, os litígios devem ser dirimidos segundo o que dispõem a Constituição, as leis, os tratados incorporados ao ordenamento jurídico doméstico e os regulamentos em sentido amplo.<sup>294</sup> Os juízos de equidade e os julgamentos fundamentados no direito estrangeiro somente têm cabimento nos domínios da jurisdição arbitral.<sup>295</sup> Para além, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal consagra um direito fundamental de amplo acesso à justiça, ao passo que o *Administrative Procedure Act* e diversas outras leis norte-americanas “estabelecem situações em que é proibido o controle judicial de certos atos regulatórios (*statutory preclusion [of judicial] review*)”, de modo que o “amplo controle jurisdicional dos

---

<sup>293</sup> ADI 4.874, rel. min. Rosa Weber, Pleno, j. 01/02/2018; RE 1.083.955 AgR, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 28/05/2019.

<sup>294</sup> Aqui, o substantivo “regulamentos” é tomado em acepção ampla, abrangente dos regulamentos executivos, autorizados ou delegados e dos demais atos normativos regulamentares expedidos por órgãos e entidades da Administração Pública, a exemplo das portarias ministeriais, das instruções normativas e das resoluções das diretorias colegiadas ou dos conselhos diretores das agências reguladoras.

<sup>295</sup> Art. 2º da Lei nº 9.307/1996.

atos regulatórios, especialmente sobre o conteúdo dispositivo, dá-se somente nos espaços em que a deferência não se impõe por expressa determinação legal”.<sup>296</sup>

Reitere-se: os modelos deferenciais norte-americanos jamais constituirão parâmetro de controle da função normativa desenvolvida por agências reguladoras e, de resto, da atividade administrativa cometida a órgãos e entidades do poder público brasileiro. Todavia, eles podem atuar como fontes ou diretrizes para a elaboração de normas processuais e materiais pelo Poder Legislativo, como fundamentos coadjuvantes da decisão judicial sob a forma de comentários laterais (*obiter dicta*) ou, ainda, como técnicas auxiliares de interpretação judicial do direito interno, quer se trate de controle procedimental ou substantivo.

À semelhança do *Administrative Procedure Act*, na parte em que disciplina o *notice and comment rulemaking*, as diversas leis de regulação setorial,<sup>297</sup> o Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB), a Lei nº 9.784/1999, a Lei nº 13.848/2019 e a Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) condicionam a edição de atos normativos de interesse geral à realização de análise de impacto regulatório, de consulta e de audiência pública. Apesar de o art. 29, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o art. 31, *caput*, da Lei nº 9.784/1999 considerarem facultativa a abertura do procedimento normativo à participação popular, prevalecem as regras inscritas nas leis setoriais<sup>298</sup> e no art. 9º da Lei nº 13.848/2019, que são especiais e estabelecem a obrigatoriedade de concessão de oportunidade para a manifestação de interessados, por escrito ou oralmente.

A falta da análise de impacto regulatório não é causa de nulidade do processo administrativo normativo. Di-lo o art. 21 do Decreto federal nº 10.411/2020, segundo o qual “[a] inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”.<sup>299</sup> Entretanto, o silêncio da Administração Pública diante das contribuições prestadas por eventuais participantes de

---

<sup>296</sup> WANG, PALMA e COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, pp. 273–274.

<sup>297</sup> Como exemplo, podem ser mencionadas as Leis nºs 9.472/1997 e 9.478/1997, que dispõem sobre a regulação dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, respectivamente.

<sup>298</sup> Como exemplos, podem ser citados o art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/1996 e o art. 19 da Lei nº 9.478/1997.

<sup>299</sup> A disposição regulamentar é de legalidade duvidosa, porque o art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 13.848/2019 e o art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 13.876/2019, em tom acentuadamente imperativo, prescrevem que as propostas de edição e alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos e usuários de serviços públicos *serão* precedidas de análise de impacto regulatório, bem assim que o regulamento poderá dispensá-la em algumas hipóteses. Com efeito, não é juridicamente aceitável que, sub-repticiamente, o regulamento comprometa a eficácia da lei que lhe confere fundamento de validade.

consultas e audiências públicas acarreta a invalidade do ato normativo produzido.

O colegiado da agência reguladora não está obrigado a comentar ou a considerar individualmente as manifestações apresentadas pelos interessados. Dele tampouco se exige motivação exauriente, bastando que emita pronunciamento minimamente fundamentado. Para bem desempenhar o seu mister, pode agrupar as manifestações conexas e eliminar as repetitivas, irrelevantes ou divorciadas da matéria objeto da intervenção regulatória.<sup>300</sup>

Mais delicado, contudo, é o problema da insuficiência das respostas do regulador às questões suscitadas por intervenientes nos aludidos procedimentos de participação popular. Uma solução possível consiste em atribuir às normas legais e regulamentares sentido e alcance que legitimem encaminhamentos análogos aos que, nos Estados Unidos, resultam da *hard look review doctrine* e da doutrina *Skidmore*.

Já foi dito que a *hard look review doctrine* impõe a deferência judicial a interpretações e decisões administrativas que tenham dispensado a atenção devida às alternativas regulatórias existentes, aos assuntos-chave compreendidos pela delegação legislativa e às sugestões dadas pelos interessados no transcurso do processo normativo. Afirmou-se, também, de acordo com a deferência *Skidmore*, ao “invés de proceder a uma interpretação autônoma e independente da legislação, para confrontá-la com aquela promovida pelo administrador, o tribunal deve levar em conta a opção administrativa” e lhe conferir um peso variável conforme seu “poder de persuasão.”<sup>301</sup>

Portanto, diante dos comandos legais e regulamentares dantes mencionados, o controlador judicial deverá proceder a um exame cuidadoso das justificativas apresentadas pelo regulador no processo normativo. Se esses suprimimentos não forem suficientes para a solução do conflito, o controlador judicial poderá, então, perquirir se a competência resultante do consentimento legislativo para a edição de regulamento autorizado em sentido amplo (“delegação legislativa”) foi adequadamente exercitada e se o regulador teve em perspectiva todas as alternativas regulatórias existentes, aí compreendidas aquelas aventadas pelos interessados que tenham participado da consulta ou da audiência pública (cf. *hard look review doctrine* e doutrina *Skidmore*). Para não incorrer em usurpação das funções legislativa e

---

<sup>300</sup> Art. 18, § 3º, do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 a 30 da LINDB: “A autoridade decisora [*sic*] não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.”

<sup>301</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, p. 491.

administrativa, deverá simplesmente avaliar o poder de persuasão da interpretação administrativa, em vez de tentar impor seus pontos de vista (cf. doutrina *Skidmore*).

Agora um exemplo de controle de mérito, em que o direito interno é coadjuvado pelas doutrinas deferenciais norte-americanas.

Quando instados controlar a legalidade de atos normativos emanados de agências reguladoras sob o ângulo material, juízes e tribunais brasileiros costumam fundamentar suas decisões na teoria da separação dos poderes e na ideia de discricionariedade técnica. Habitualmente, seus julgados aludem à constitucionalidade da função normativa das agências reguladoras e recorrem ao argumento das capacidades institucionais, a partir do qual se advogam a expertise destas entidades administrativas independentes para o enfrentamento de questões técnico-científicas e a inaptidão do Poder Judiciário para o exame de assuntos complexos e multicêntricos, exorbitantes da temática jurídica clássica.<sup>302</sup>

Ainda que lhes falte a sistematização detectada nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, os aludidos fundamentos atendem aos reclamos do direito interno. Contudo, é possível que sejam secundados pelas doutrinas deferenciais edificadas nos casos *Skidmore*, *State Farm* e *Chevron*.

Repitam-se aqui os argumentos deduzidos acima, no sentido da conveniência de que o controle de ações administrativas mais sofisticadas e complexas — a exemplo das que se desenvolvem nos âmbitos da defesa da concorrência, da regulação da atividade bancária e financeira e, em geral, dos setores de infraestrutura —, diante de seu caráter eminentemente retrospectivo, atente para o poder de persuasão da decisão administrativa sindicada e, no desenrolar do processo epistêmico que precede a formulação deste juízo, dispense a devida atenção às alternativas regulatórias existentes, aos limites delegação legislativa para o exercício de capacidade normativa de conjuntura e às sugestões formuladas pelos interessados no transcurso do processo normativo. A par destas possibilidades, que sintetizam a *hard look review doctrine* e a doutrina *Skidmore*, é oportuno que o controle desenvolvido pelo Poder Judiciário seja permeável aos subsídios fornecidos pela doutrina *Chevron*, cuja contribuição facilita a assimilação da capacidade normativa de conjuntura inerente ao exercício da

---

<sup>302</sup> WANG, PALMA e COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, pp. 287–317. Os autores pesquisaram acórdãos proferidos até 2010, mas é seguro afirmar que de lá para cá pouco mudou.

competência regulatória.<sup>303</sup>

De início, tal como se verifica no “passo zero” de *Chevron*, é necessário que o controlador judicial examine a legislação invocada pela Administração Pública como fundamento de validade do comando impugnado, a fim de saber se o Poder Legislativo lhe delegou competência para expedir normas de conteúdo técnico-científico vocacionadas à disciplina de assuntos que transcendam os limites e as possibilidades da ação normativa primária típica dos parlamentos. Dito de outra forma, o controlador deve perquirir se a agência reguladora está investida em capacidade normativa de conjuntura. A constitucionalidade dessa prerrogativa já está fora de dúvida nos planos doutrinário e jurisprudencial.<sup>304\_305</sup>

A etapa seguinte se assemelha ao “primeiro passo” de *Chevron* e consiste em uma análise de conteúdo da delegação legislativa. Desde então será possível delimitar a extensão da competência normativa da agência reguladora e, de conseguinte, a intensidade do controle jurisdicional que recairá sobre ela. Aqui, o critério é o da “clareza *versus* ambiguidade”.

Ao se deparar com uma delegação legislativa ambígua, abrangente e conforme às reservas legais plasmadas no texto constitucional, o juiz ou o tribunal deverá fazer um controle de razoabilidade, deferente às escolhas administrativas permissíveis, pois não lhe cabe substituir-se ao poder público no exercício da função administrativa. Ao reverso, se a legislação for clara, a atividade administrativa submetida à revisão judicial merecerá controle de correção, que poderá redundar na decretação de invalidade do ato ou da norma administrativa destoante da única alternativa possível diante da situação factual subjacente.

Reitere-se, todavia, que as doutrinas deferenciais examinadas não podem ser automaticamente transplantadas para o sistema jurídico nacional, a fim de que sejam aplicadas de maneira incondicional aos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário brasileiro, pois nalgumas circunstâncias a incompatibilidade entre umas e outro é insuperável. Exemplifique-se com o caso *Mead*, em que ficou decidido que as cortes judiciais sempre deverão deferir a interpretações administrativas resultantes de *notice and comment rulemaking* ou, ainda, de

---

<sup>303</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, p. 202.

<sup>304</sup> Cf. capítulo 1, em que são analisadas a teoria da separação dos poderes, a configuração atual do princípio da legalidade e a função normativa das agências reguladoras independentes.

<sup>305</sup> Ao menos em três julgamentos relativamente recentes, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a função normativa das agências reguladoras independentes: ADI 1.668, rel. min. Edson Fachin, Pleno, j. 01/03/2021; ADI 4.874, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 01/02/2018; ADI 4.923, rel. min. Luiz Fux, Pleno, j. 08/11/2017).

procedimentos formais de adjudicação de conflito. Cuida-se de solução inconciliável com o direito fundamental de acesso à justiça, inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que não sofre nenhum grau de mitigação pelo fato de a Administração Pública adotar procedimentos sofisticados e dialógicos para a edição de atos individuais ou gerais.

### 3.3 A INCOMPLETUDE DAS ESTRUTURAS DOGMÁTICAS SIMPLIFICADORAS E DAS ANÁLISES INSTITUCIONAIS COMPARATIVAS

A literatura de direito administrativo e a jurisprudência dos tribunais do Poder Judiciário inclinam-se por determinar a intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública a partir de estruturas dogmáticas simplificadoras e de análises institucionais comparativas.

As estruturas dogmáticas simplificadoras são as categorias formais sedimentadas na teoria jurídica e na prática judiciária, a exemplo de vinculação, discricionariedade administrativa, discricionariedade técnica,<sup>306</sup> ambiguidade legislativa e questão preliminar ou jurisdicional.<sup>307</sup> Por sua vez, as análises institucionais comparativas consistem em relações tendenciais estabelecidas entre a natureza da questão objeto da interpretação administrativa (natureza política, jurídica ou técnica) e o arranjo institucional com mais expertise para o desempenho de funções de normatização, consentimento, adjudicação de conflitos etc.<sup>308</sup>

Nessa linha de intelecção, são comuns afirmações no sentido de que os atos vinculados submetem-se a controle forte, não deferente, e os atos discricionários desafiam controle fraco,

<sup>306</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, pp. 106–108; JORDÃO, **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, pp. 213–216. A expressão “discricionariedade técnica” é atribuída inicialmente a Bernatzik, mas ganhou notoriedade na Itália, por força da jurisprudência de seu Conselho de Estado. No entanto, seu uso foi paulatinamente abandonado, dada a constatação de que a discricionariedade técnica não é verdadeiramente discricionariedade, pois não compreende a ponderação de interesses públicos relevantes (conceito italiano de discricionariedade), e sim uma avaliação técnica complexa acerca de matérias submissas à ordenação estatal (juízo de opinabilidade).

<sup>307</sup> “No que concerne ao Direito Canadense, deve-se fazer referência à teoria da ‘questão preliminar’ (também chamada de ‘questão jurisdicional’). Usada no contexto do controle judicial de interpretações legislativas promovidas pela administração, a teoria era dominante nas décadas de 1960 e 1970, tendo sido superada progressivamente a partir de uma célebre decisão da Suprema Corte, em 1979. Numa formulação bem simples, prescrevia que apenas as questões preliminares (aquelas relativas a discussões sobre a própria *competência* ou *jurisdição* da autoridade administrativa) deveriam ser submetidas a um controle judicial não deferente. As demais questões, ditas *administrativas*, estavam, reservadas à administração pública. A função essencial dos tribunais, portanto, consistia em avaliar se a questão trazida a juízo *correspondia ou não* a uma *questão preliminar*.” (Jordão, p. 291).

<sup>308</sup> JORDÃO, **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, pp. 55–56.

deferente, no tocante ao motivo e ao objeto, que são os elementos imbricados com o mérito administrativo, isto é, que ensejam juízo de conveniência e oportunidade do poder público;<sup>309</sup> de que os atos administrativos praticados no exercício de discricionariedade técnica são passíveis de controle fraco, porquanto neste domínio da função administrativa o poder público faz avaliações técnico-científicas; ou, ainda, de que questões jurídicas estão sujeitas a controle forte, ao passo que questões políticas e técnico-científicas suscitam a deferência do controlador.<sup>310</sup>

Apesar da frequência com que surgem nos discursos acadêmico e judicial, essas concepções carregam os estigmas da obsolescência e da imprecisão, porque não mais refletem a complexidade dos cometimentos administrativos do Estado.

As iniciativas fundamentadas em estruturas dogmáticas simplificadoras têm fracassado, pois não exibem capacidade de adaptação à sofisticação da Administração Pública moderna. Para além, apelam a uma simplicidade enganosa e insustentável e, nesta medida, ilusória. De acordo com Eduardo Jordão:

Confrontados com a complexidade fática, técnica ou política de algumas decisões administrativas e com a riqueza e multiplicidade institucional da Administração Pública, os tribunais têm dificuldades consideráveis para enquadrar alguns casos no esquema simples com o qual deveriam trabalhar.<sup>311</sup>

A falácia das categorias formais resulta da constatação de que, ao manejá-las, os tribunais recorrem a esquemas facilitadores, contudo, escamoteiam a análise dos aspectos materiais que lhes subjazem ou, então, de fatores não contemplados na sua formação. Exemplos disto são o modelo de controle de interpretações administrativas de leis ambíguas desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana no caso *Chevron*, e o modelo italiano de controle jurisdicional da discricionariedade técnica concebido pelo Conselho de Estado a partir da Decisão nº 601/1999.<sup>312</sup> Nas palavras de Jordão:

Na Itália [...], a evolução jurisprudencial relativa à chamada discricionariedade técnica indica que o aspecto que *de fato* causava a incidência sobre ela de um controle judicial deferente (sua complexidade técnica) jamais foi admitido no discurso oficial dos tribunais administrativos. Já no controle de interpretações legislativas nos Estados

<sup>309</sup> Há um consenso de que, mesmo nos atos discricionários, a competência, a finalidade e a forma suscitam controle jurisdicional forte, pois no ponto o grau de vinculação à juridicidade administrativa é intenso, sem qualquer margem para apreciações estribadas em juízo de conveniência e oportunidade.

<sup>310</sup> A tese do controle judicial deferente sobre questões técnicas foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário nº 1.083.955, em que estava em discussão a validade de sanção administrativa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

<sup>311</sup> JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, p. 12.

<sup>312</sup> *Op. cit.*, pp. 14–16.

Unidos, sob o pretexto de “identificar ambiguidades”, os tribunais acabam promovendo procedimentos cognitivos de natureza muito diversa — e, por meio deles, conseguem inserir ponderações substantivas essenciais à identificação da intensidade do controle, mas que oficialmente estavam afastadas do teste de *Chevron* [...].<sup>313</sup>

A insustentabilidade desses argumentos está associada ao fato de a complexidade substancial ou institucional das decisões administrativas controladas exigir a adaptação das estruturas simples ou, no limite, a reforma do sistema de controle judicial. Uma vez mais, o diagnóstico é de Eduardo Jordão, para quem:

[...] a simplicidade da estrutura facilitadora é artificial e *insustentável*. Pressionados pelas dificuldades de enquadrar situações complexas na estrutura simples com a qual devem trabalhar, os tribunais desistem de prestar-lhe obediência. Numa hipótese menos drástica, *adaptam* a estrutura simples, nela introduzindo uma ou mais novas categorias [...]. Numa hipótese mais drástica, optam por *reformular* todo o sistema, passando a adotar um sistema de ponderação autônoma dos critérios substanciais de determinação da intensidade do controle [...].<sup>314</sup>

Para ilustrar suas afirmações, o autor refere os modelos italiano, americano e canadense.<sup>315</sup>

Na Itália, inicialmente, o Conselho de Estado aludia ao gênero discricionariedade e o desdobrava em duas espécies — a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica (discricionariedade [g] = discricionariedade administrativa [e1] + discricionariedade técnica [e2]). Para o órgão de cúpula da jurisdição administrativa italiana, a discricionariedade administrativa correspondia à ponderação de interesses públicos conflitantes, por meio de um juízo de oportunidade. A discricionariedade técnica era definida como a opinabilidade do poder público sobre análises técnicas compatíveis com soluções múltiplas e variadas. A opção metodológica tinha em perspectiva a preservação do esquema binário consolidado, segundo o qual os atos administrativos vinculados estão sujeitos a um controle intenso, ao passo que sobre os atos discricionários recai um controle limitado às hipóteses de excesso de poder.

A estratégia era criticada pela literatura administrativista, que referia a ausência de correspondência entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. Ainda que ambas franqueassem à Administração Pública margens de escolha entre inúmeras soluções possíveis, a natureza da escolha era diversa.<sup>316</sup> A discricionariedade administrativa resultava da ponderação de interesses públicos em situação de antagonismo, enquanto a discricionariedade

<sup>313</sup> JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, p. 13.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>315</sup> *Ibid.*, pp. 20–29.

<sup>316</sup> *Ibid.*, pp. 21–23.



técnica pressupunha uma deliberação administrativa estribada em argumentos técnico-científicos. Nas palavras de Jordão:

A diferenciação procedida pela doutrina frequentemente vinha acompanhada da crítica à aplicação de um controle limitado para a discricionariedade técnica. Entendia-se que apenas a ponderação de interesse público consistia em exercício reservado à administração — a “identificação de fatos” seria, ao contrário, o próprio da jurisdição administrativa.<sup>317</sup>

O imbróglio foi superado apenas em 1999, quando o Conselho de Estado italiano proferiu a Decisão nº 601, por meio da qual estabeleceu clara diferenciação entre oportunidade e opinabilidade e, de conseguinte, entre mérito administrativo e discricionariedade técnica — então substituída pela noção de “avaliação técnica complexa”. Desde logo, ficou definido que a opinabilidade não converte a questão de fato, que é pressuposto de legitimidade da medida administrativa, em questão de mérito administrativo, esta sim sujeita a um juízo de oportunidade. E a identificação dos fatos constitui atribuição insuprimível da jurisdição administrativa.<sup>318</sup> Segue-se daí que o controle jurisdicional das avaliações técnicas complexas admite aprofundamento sob os ângulos material e formal, inclusive mediante recurso a peritos judiciais.

Os outros dois exemplos de insustentabilidade do esquema simplificador provêm dos Estados Unidos e do Canadá.

No julgamento dos casos *Christensen* e *Mead*, havidos em meados de 2001, a Suprema Corte dos Estados Unidos reformulou parcialmente a orientação binária fixada em *Chevron*, para contraindicar a deferência judicial nas hipóteses em que a interpretação administrativa não tenha sido precedida de adjudicação formal ou de *notice and comment rulemaking*, na forma estabelecida no *Administrative Procedure Act*, de 1946. E mais: acrescentou uma etapa preliminar que limita a aplicação da deferência *Chevron* aos casos em que a legislação administrada pela agência lhe conceda poderes de produção de normas com força de lei. A esta última etapa a literatura norte-americana dá o nome de “passo zero”.<sup>319</sup>

Desde então, *Chevron* converteu-se num teste em três etapas, e o oferecimento de resposta negativa à indagação inicial acarreta a submissão da controvérsia à doutrina *Skidmore*, segundo a qual a deferência judicial é determinada pelo “grau de persuasão” da interpretação

<sup>317</sup> JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, p. 14

<sup>318</sup> *Op. cit.*, p. 15.

<sup>319</sup> Os precedentes formados em *Christensen* e *Mead* foram mencionados com mais profundidade no item 3.1, para o qual se remete o leitor.

administrativa controlada. Para a Suprema Corte norte-americana, consideram-se persuasivas as interpretações administrativas que evidenciem rigor analítico, expressem raciocínios válidos e sejam coerentes com pronunciamentos anteriores e posteriores do poder público. Superada a etapa preambular, o controlador judicial deve perquirir se a legislação administrada pela agência contém ambiguidades. Se as contiver, a interpretação administrativa experimentará um controle de razoabilidade, deferente; se não, o Poder Judiciário exercitará um controle de correção.

Por fim, vale mencionar o exemplo haurido da jurisprudência da Suprema Corte do Canadá, cuja evolução, desde a “teoria da questão preliminar ou jurisdicional” até a atual técnica de “análise do modelo de controle”, igualmente se prestou a desnudar a insuficiência das estruturas dogmáticas simplificadoras.<sup>320</sup>

A simplicidade analítica da teoria da questão jurisdicional não passou de utopia. Diante do contínuo aumento da complexidade da função administrativa, associado ao incremento da atuação do Estado no domínio econômico, o modelo formalista logo deu sinais de incompatibilidade com técnicas que se esgotassem no exame da competência do órgão administrativo (cf. caso *Canadian Union of Public Employees*, julgado em 1979).

Inicialmente, a saída foi encontrada no julgamento dos casos *Bibeault* e *Pushpanathan*, em 1988 e 1998, respectivamente, e consistiu na formulação de um “teste pragmático e funcional”, abrangente do exame individualizado de quatro fatores: (i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação setorial; (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa, comparada à expertise do tribunal; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa.<sup>321</sup> O enfoque funcional atribui a última palavra ao juiz ou ao administrador, a depender de sua função. O enfoque pragmático valoriza aspectos práticos do enfoque, a exemplo do reconhecimento de que as autoridades administrativas especializadas têm melhores condições para o desempenho de funções que exijam conhecimentos técnico-científicos ou que estejam mais próximas da política.<sup>322</sup>

O problema superveniente traduziu-se no excesso de sofisticação do esquema então

---

<sup>320</sup> Vide item 3.5.2.4, em que se apresenta uma visão panorâmica dos modelos de controle adotados pela Suprema Corte do Canadá ao longo dos últimos 50 anos.

<sup>321</sup> JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, pp. 35–36.

<sup>322</sup> *Op. cit.*, p. 24.

concebido, que, a despeito de elevar os níveis de precisão analítica, revelou-se um expediente técnico de difícil manipulação pelos juízes. No julgamento do caso *Dunsmuir*, em 2008, o tribunal fez os ajustes necessários para a simplificação do teste contextualizado, de maneira a assegurar tanto a adaptabilidade do modelo à complexidade da Administração Pública quanto a operacionalidade dos critérios respectivos.<sup>323</sup>

O primeiro reparo consistiu na renomeação da formulação de “teste pragmático e funcional” para “análise do modelo de controle”. Contudo, duas foram as transformações mais radicais: a criação de uma fase prévia à análise contextualizada, consistente “no exame da jurisprudência, para identificar se já houve decisões anteriores que determinaram o modelo de controle a ser adotado para o tipo específico de questão trazida a juízo”<sup>324</sup>; e o abandono do caráter fixo de cada uma das fases idealizadas em *Pushpanathan*.<sup>325</sup>

Havendo precedentes a respeito da intensidade do controle judicial, o conflito está solucionado, pois a sua adoção é compulsória. Todavia, se a questão ainda não tiver sido objeto de análise pelos tribunais, o juiz prosseguirá com a aplicação de um teste multifásico muito parecido com o antigo teste pragmático e funcional. A diferença está em que não existe a obrigatoriedade de repasse mecânico e automático das quatro fases mencionadas em *Pushpanathan*.<sup>326</sup>

O presente estudo não comporta o aprofundamento maior da evolução jurisprudencial estrangeira, pois, a par de assentar como premissa a impossibilidade de o controle jurisdicional da Administração Pública pautar-se por precedentes de tribunais de outros países, seu objeto central é o ordenamento jurídico interno. No entanto, as ideias até aqui expostas são suficientes para demonstrar que a revisão judicial de comportamentos administrativos do Estado, sobretudo daqueles imbricados com a regulação econômica, carece de uma metódica que, transcendendo classificações doutrinárias simplistas ou ultrapassadas, encontre ressonância no direito positivo.

---

<sup>323</sup> JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, pp. 28–29.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 37.

### 3.4 A IDENTIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CONTROLE PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO DOMÉSTICO

Nas seções anteriores, afirmou-se que as doutrinas deferenciais gestadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos podem atuar como fontes de inspiração para a elaboração de normas legislativas, como fundamento coadjuvante das decisões judiciais e como técnicas auxiliares de interpretação do direito interno. A par disto, sustentou-se a insuficiência das estruturas dogmáticas simplificadoras e das análises institucionais comparativas, ao fundamento de que semelhantes estratégias argumentativas levam a uma simplicidade enganosa e insustentável e, nesta medida, ilusória.

Diante deste cenário, a questão consiste em saber se o ordenamento jurídico brasileiro de fato contempla critérios para a determinação da intensidade do controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras e, em caso positivo, onde eles se situam.

A primeira indagação merece resposta afirmativa. Nada obstante a dispersão das normas que compõem o direito administrativo brasileiro — algumas inscritas em leis gerais, outras em diplomas setoriais —, muitas delas veiculam prescrições processuais e materiais com aptidão para delimitar o exercício da função jurisdicional em face de litígios cujo objeto seja regulação econômica. De conseguinte, para responder ao segundo questionamento, o intérprete e o aplicador do direito positivo devem recorrer à Constituição Federal, ao Código de Processo Civil, à legislação processual extravagante, às leis de processo administrativo, às leis gerais e setoriais de regulação administrativa, aos regulamentos em sentido amplo e, finalmente, aos postulados normativos acrescentados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018.

A competência para legislar sobre processo administrativo e sobre a criação, a organização interna, o funcionamento e a extinção de entidades da Administração Pública é comum a todos os entes da federação. Entretanto, por imperativo metodológico, e também devido ao estágio de desenvolvimento da regulação econômica no plano federal, esta dissertação se limita ao exame dos critérios alojados na Lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, na Lei nº 13.848/2019,

que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras federais, nas leis federais de regulação setorial e nos correspondentes atos regulamentares.

Assinale-se, contudo, que a admissão da existência de critérios legais para o controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras não equivale ao reconhecimento da eficácia jurídica e social das prescrições correspondentes. Afirmar tal somente teria cabimento diante de uma prévia experimentação pelo Poder Judiciário e de ulteriores análises empíricas, o que não se compraz com os limites desta pesquisa científica. Quiçá a continuada aplicação das leis e dos regulamentos setoriais poderá comprovar o que aqui se faz consignar.

### 3.5 AS NORMAS PROCESSUAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL EXTRAVAGANTE

#### 3.5.1 Considerações preliminares

As normas que disciplinam o processo judicial constituem o parâmetro inicial do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a função normativa desenvolvida pelas agências reguladoras. Os princípios e as regras que comandam este específico desdobramento da jurisdição estatal situam-se na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na legislação processual civil extravagante e, por vezes, nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário e que tenham sido incorporados ao ordenamento jurídico doméstico (arts. 2º e 13, CPC).<sup>327</sup>

O presente estudo não menciona o Código Penal, o Código de Processo Penal e as leis penais e processuais penais especiais, pois estes diplomas estão vocacionados à tutela penal dos interesses públicos, ao passo que a investigação científica em andamento se ocupa da dimensão

---

<sup>327</sup> “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. [...] Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”

extrapenal da ação estatal, na sua vertente administrativo-regulatória.

Uma dissertação não é o ambiente adequado para o exame da totalidade das normas processuais que devem ser aplicadas pelo controlador judicial. Em verdade, nenhum trabalho monotemático seria exitoso se se engajasse em empreitada dessa magnitude, mais afeita aos cursos, aos tratados e aos comentários a textos normativos. Contudo, alguns aspectos do direito processual merecem destaque, a exemplo das normas que regulam a interpretação do pedido, a correlação entre o pedido e a sentença, a intervenção de terceiros e a admissão e valoração de meios probatórios.

### 3.5.2 O direito processual civil

#### 3.5.2.1 *Pedido e causa de pedir*

O atual Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2015,<sup>328</sup> é menos rigoroso que o anterior, de 1973,<sup>329</sup> na disciplina da interpretação do pedido. Na dicção do § 2º de seu art. 322, “[a] interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”. A exigência de interpretação restritiva presente no art. 293 da codificação revogada<sup>330</sup> foi suplantada por uma nova métrica, a da interpretação contextual e informada pela boa-fé objetiva, inclinada a evitar a prevalência de intenções dissimuladas, reservas mentais etc.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, de agora em diante, a “interpretação não poderá ser restritiva nem ampliativa, mas simplesmente *fidel* — competindo ao juiz a busca e o encontro

---

<sup>328</sup> Cf. art. 8, § 1º, da Lei Complementar nº 95/1997, o qual enuncia: “§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.” Afora esta previsão legal, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 1, de 2 de março de 2018, com o seguinte teor: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016.”

<sup>329</sup> Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>330</sup> “Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juro legais.”

de um ponto equilibrado entre uma interpretação mais ampla e outra mais estrita, sem extrapolar daquela intenção e sem denegar justiça.”<sup>331</sup> A despeito disto, ao julgador ainda é vedado inovar sobre questões identificáveis com o mérito do processo, sob pena de nulidade absoluta do ato sentencial. No ponto, incide a regra da correlação, que é excepcionada apenas diante de fatos supervenientes capazes de interferir no julgamento de mérito.

Pela regra da correlação entre o pedido e a sentença, também denominada regra da congruência externa da demanda, plasmada nos arts. 141 e 492, *caput*, do Código de Processo Civil,<sup>332</sup> o juiz está vinculado aos termos do pedido e da causa de pedir remota, sob cuja rubrica estão englobados tanto os fatos constitutivos do direito material alegado quanto os fatos que desencadearam a crise jurídica pendente de solução (causas de pedir passiva e ativa, respectivamente). Entretanto, se algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, subsequente ao aforamento da petição inicial, “influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão” (art. 493, CPC).

Não há vinculação do julgador à causa de pedir próxima, identificada com os fundamentos jurídicos da demanda, visto que se trata de mera estimativa ou proposta de motivação. Assim sucede porque o direito processual civil brasileiro adotou o sistema da substanciação, em oposição ao sistema da individualização, acolhida pelo direito italiano.

Nas palavras de Dinamarco:

Prepondera no sistema processual brasileiro o sistema da *substanciação*, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da decisão de mérito (CPC, art. 141), mas os fundamentos jurídicos *não*. Tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda [...], a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados — para o quê levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (*naha mihi factum dabo tibi jus*).<sup>333</sup>

Imagine-se um processo judicial destinado a impugnar ato normativo de agência reguladora, sob alegação de vício formal. Admita-se que a insurgência autoral esteja

<sup>331</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, pp. 151–152.

<sup>332</sup> “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.” “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

<sup>333</sup> *Op. cit.*, v. 2, p. 153.

fundamentada em ofensa ao devido processo administrativo de produção normativa — por exemplo, falta de consulta pública declarada compulsória pelas normas setoriais legais ou infralegais. Nesta hipótese, é suficiente a afirmação de que a sequência itinerária prevista em lei ou em ato normativo editado pela agência reguladora não foi observada e que a falta de consulta pública acarreta a nulidade absoluta da norma regulatória. Prescinde-se de referência aos dispositivos infringidos, pois o direito processual presume que o juiz conhece o direito aplicável aos casos concretos (*iura novit curia*). Ressalvam-se, apenas, as normas de direito estrangeiro, consuetudinário, estadual e municipal, cujo teor e vigência devem ser provados, se o juiz assim o determinar (art. 376, CPC).

Além de o juiz estar autorizado a conhecer de fatos supervenientes dotados de eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva do direito material subjacente ao processo e, ainda, a requalificar os fundamentos jurídicos indicados pela parte autora, é possível que exponha outros, de ordem técnico-jurídica, contanto que passíveis de enquadramento na categoria das questões de ordem pública. A título de exemplo, citem-se os pressupostos processuais, as condições da ação e as normas materiais com estatura constitucional ou, então, com estatura infraconstitucional, mas igualmente tutelares de interesses difusos ou coletivos do tecido social (decadência, prescrição, normas que dispõem sobre a aplicação de sanções administrativas, a prática de atos públicos de liberação, a celebração de acordos administrativos substitutivos etc.).

De um modo geral, o direito administrativo é composto por normas tutelares do interesse geral, cuja aplicação pode ser feita de ofício pelo Poder Judiciário, contanto que respeitados os limites do pedido e da causa de pedir remota.

O provimento jurisdicional que fica aquém ou vai além dos limites ditados pela petição inicial e eventuais aditamentos (sentenças *ultra*, *infra* ou *citra petita*) é nulo de pleno direito, porque compromete tanto o equilíbrio entre as partes quanto o caráter dialógico do processo, que resultam do princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF). De modo que, se o autor postula a decretação de ilegalidade ou inconstitucionalidade de específico ou específicos dispositivos de norma baixada por agência reguladora, o órgão julgador não pode invalidar a totalidade do ato normativo, sob pena de exorbitar dos limites objetivos do pedido inicial. Semelhante providência terá cabimento apenas se houver um nexo de causalidade entre os dispositivos impugnados e os demais, consciente ou inconscientemente olvidados por quem haja disparado o controle jurisdicional.



### 3.5.2.2 Intervenção de terceiros

Algumas modalidades de intervenção de terceiro também são mecanismos úteis para a parametrização do controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras, na medida em que facultam ou impõem a ampliação subjetiva do processo e, de conseguinte, atraem para a dialética processual sujeitos dotados de conhecimentos jurídicos ou técnico-científicos relevantes para a formação do convencimento judicial, com ou sem interesse jurídico na causa. É o caso da assistência simples, da assistência litisconsorcial, do *amicus curiae* e da intervenção anômala prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/1997.<sup>334</sup> Por meio destas técnicas, o juiz tem a possibilidade de reunir elementos a que talvez não tivesse acesso, caso a dimensão pessoal da relação processual ficasse limitada ao autor e ao réu.

Exemplifique-se com os processos que discutem a validade do rol de procedimentos e eventos em saúde, editado e periodicamente atualizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, no exercício de competência que lhe foi outorgada pela Lei nº 9.656/1998.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça julgou dois recursos interpostos pela Unimed de Campinas em face de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. À revelia da regulação administrativa, o tribunal paulista considerou exemplificativa a aludida lista e garantiu o acesso de consumidores a tratamentos não contemplados na norma regulatória e, conseqüentemente, no contrato de plano de saúde (recursos repetitivos, na forma dos arts. 1.036 *et. seq.*, CPC).

O sistema de consulta processual disponível no portal eletrônico do tribunal *internet* não refere a participação da agência reguladora setorial no processo. Entretanto, nada impediria a sua habilitação como *amicus curiae* ou, então, como interveniente anômala. No limite, seria possível cogitar de sua admissão como assistente simples já no limiar do procedimento judicial, a fim de que lhe fosse possível fornecer elementos de fato e de direito para a manutenção de seus atos e, de resto, para a preservação do equilíbrio econômico, financeiro e atuarial da relação

---

<sup>334</sup> “Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

jurídica contratual, indispensável para a continuidade e a qualidade do atendimento à saúde dos usuários.

Eventuais contribuições resultantes de uma destas formas de intervenção de terceiro seriam valiosas, pois concorreriam para dar a devida ênfase à dimensão jurídico-administrativa do conflito, no mais das vezes reduzido a uma controvérsia contratual privada, regulada por normas consumeristas, sem preocupação com a dinâmica e a complexidade da regulação econômica subjacente.

### 3.5.2.3 *Direito probatório*

O art. 369 do Código de Processo Civil consagra a regra da liberdade dos meios de prova, que podem ser típicos ou atípicos, ou seja, que podem estar previstos em lei ou não. Os termos do enunciado normativo em questão são claros e, por isto, merecem transcrição: “[a]s partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” Mais sintético e, segundo Cândido Rangel Dinamarco, tecnicamente melhor,<sup>335</sup> o art. 32 da Lei nº 9.099/1995 enuncia que “[t]odos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.”

A valoração probatória observa o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional, consagrado no art. 371 do Código de Processo Civil, do qual se extrai que “[o] juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” A essência deste sistema radica no asseguramento de ampla margem de liberdade para que a autoridade judiciária faça a “*avaliação da capacidade de convencer* de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo.”<sup>336</sup>

Originalmente forjadas para a composição de litígios derivados de situações ou relações

---

<sup>335</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, pp. 106–107.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 121.

jurídicas reguladas pelo direito privado, as aludidas normas também se aplicam aos processos judiciais destinados ao controle da Administração Pública em geral. De modo que, em tese, nada diferencia o procedimento probatório em um e outro contexto. No plano da realidade, todavia, os litígios publicísticos reclamam tratamento especial, sobretudo naquelas hipóteses em que o direito material subjacente se reveste de elevada complexidade e se apresenta imbricado com outros domínios do conhecimento.

Ainda que, em abstrato, um específico meio de prova seja adequado e até mesmo imprescindível para a demonstração dos fatos controvertidos,<sup>337</sup> a sua admissão pela autoridade judiciária deve resultar de uma avaliação cautelosa, abrangente, tanto quanto possível, de todas as variáveis da situação jurídica deduzida no processo. Assim também em relação à valoração da prova produzida debaixo do contraditório judicial, pois a conformidade de um julgamento ao bloco de juridicidade pressupõe que o julgador assumira os ônus do regulador.<sup>338</sup>

É importante observar, todavia, que algumas técnicas processuais vocacionadas ao controle jurisdicional da Administração Pública restringem as faculdades probatórias dos sujeitos parciais do processo. O mais eloquente exemplo disto é o mandado de segurança, que constitui ação constitucional destinada a tutelar direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado por ilegalidade emanada de autoridade administrativa ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de função pública delegada (art. 5º, LXIX, CF e Lei nº 12.016/2009).

Segundo Hely Lopes Meirelles, direito líquido e certo é aquele cuja comprovação prescinde de dilação probatória, porquanto “se apresenta manifesto na sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.<sup>339</sup> É, por assim dizer, o direito subjetivo emergente de fatos jurídicos que podem ser comprovados de plano, no exato instante em que o interessado formula pretensão mandamental perante o juiz competente.<sup>340</sup> Nesta linha de intelecção, o titular de direito subjetivo ameaçado ou violado por comportamento administrativo ilegal ou abusivo que pretenda impetrar mandado de segurança deve ter a cautela de instruir a petição inicial com prova documental idônea, pois não disporá

---

<sup>337</sup> Na forma do art. 374 do Código de Processo Civil, independem de prova os fatos incontrovertidos, notórios, confessados pela parte adversa e, ainda, aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

<sup>338</sup> SUNDFELD, **Direito administrativo para céticos**, pp. 228–229.

<sup>339</sup> MEIRELLES, **Mandado de segurança**, pp. 36–37.

<sup>340</sup> FUX, **Mandado de segurança**, p. 79.

de uma fase instrutória independente para demonstrar a veracidade dos fatos estampados nas causas de pedir passiva e ativa.

Essa lógica restritiva das faculdades probatórias espraia-se para todos os *writs* constitucionais, pois as leis que os regulamentam e a jurisprudência lhes imprimem contornos de procedimento sumário integrado unicamente pelas etapas de postulação, resposta e decisão, sem espaço para instrução probatória.<sup>341</sup> No limite, admite-se que o fluxo procedimental, abrangente da petição inicial e das informações, seja adaptado para incluir a réplica naqueles casos em que a autoridade coatora deduza defesas processuais ou defesas de mérito indiretas, assim entendidas as defesas consistentes na articulação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito subjetivo vindicado pelo impetrante.

#### 3.5.2.4 Sistema de precedentes obrigatórios

Há algum tempo que o Parlamento brasileiro busca aproximar a regulação legislativa da função jurisdicional ao arquétipo predominante no sistema de *common law*. Neste, a principal fonte do direito é o precedente forjado a partir da análise de casos concretos submetidos aos tribunais, e não a norma escrita ou o conhecimento acumulado pelos cientistas (cf. capítulo 2, item 2.1).

Um dos referenciais teóricos do *common law* é a doutrina do *stare decisis*, que proclama a obrigatoriedade do precedente e condiciona a sua superação a um amplo debate que resulte na demonstração de que as circunstâncias de fato e de direito existentes ao tempo do julgamento do *leading case* sofreram modificações substantivas ou, então, que as peculiaridades de uma determinada situação jurídica justificam solução distinta daquela apresentada nos fundamentos determinantes do precedente, isto é, na sua *ratio decidendi* ou *holding*. Daí o adágio latino *stare decisis et non quieta movere*, que significa “respeitar as coisas decididas e não mexer no que

---

<sup>341</sup> Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 31.324 AgR, rel. min. Edson Fachin, Pleno, j. 02/03/2018; RMS 32.743, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 24/04/2018; MS 32.954 AgR, rel. min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 05/04/2016. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no MS 22.197/DF, rel. min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, j. 15/02/2022; AgInt no RMS 52.284/CE, rel. min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 25/04/2022; AgInt no RMS 67.025/RN, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 09/05/2022.

está estabelecido”.<sup>342</sup>

Os primeiros elementos indicativos da adoção de um sistema de precedentes obrigatórios pelo direito brasileiro são a Emenda nº 45/2004 e a Lei nº 11.418/2006.

A Emenda nº 45/2004 acrescentou o art. 103-A à Constituição Federal e investiu o Supremo Tribunal Federal em competência para, de ofício ou mediante provocação, editar súmulas vinculantes oponíveis aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública centralizada e descentralizada, em todos os níveis federativos. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

Por seu turno, a Lei nº 11.418/2006 acrescentou os arts. 543-A, 543-B e 543-C ao Código de Processo Civil de 1973 para dispor sobre a repercussão geral da questão constitucional submetida ao Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário e, também, sobre o julgamento por amostragem de recursos extraordinários e especiais representativos de uma específica controvérsia constitucional ou legal, denominados recursos repetitivos.

A repercussão geral, também instituída pela Emenda nº 45/2004, constitui requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, cumulativo com as exigências de subsunção a uma das hipóteses do art. 103, III, “a” a “d”, da Constituição Federal, de demonstração de esgotamento das instâncias ordinárias e de prequestionamento, isto é, de efetivo exame da questão constitucional pelo tribunal prolator do acórdão recorrido.<sup>343</sup> Por sua vez, o julgamento por amostragem é uma técnica processual que conduz à formação de um precedente qualificado, dotado de eficácia persuasiva oponível a juízes, tribunais de segundo grau e órgãos recursais do sistema dos juizados especiais.

O Código de Processo Civil em vigor é a mais ambiciosa iniciativa do poder político rumo à consolidação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil. As técnicas processuais instrumentais a este fim são as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, as súmulas dos tribunais de superposição, os recursos extraordinários e especiais repetitivos, o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A iniciativa legislativa é auspiciosa, na medida em que, ao encarecer a confiabilidade

---

<sup>342</sup> Tradução livre.

<sup>343</sup> ASSIS, **Manual dos recursos** [livro eletrônico], cap. 12, item 82.

a cognoscibilidade, e a calculabilidade imanentes ao sobreprincípio da segurança jurídica, contribui para a integridade e a racionalidade do direito, aqui e acolá ameaçadas por manifestações de voluntarismo judicial. Longe de ossificar o exercício da função jurisdicional, a criação de um sistema de precedentes obrigatórios valoriza o que há demais elementar no Estado de Direito, que é a submissão de todos ao bloco de juridicidade, sem distinções injustificadas. De resto, ao interditar a prolação de decisões casuístas, garante o império da lei e a igualdade de tratamento a pessoas que estejam em situação análoga ou idêntica.<sup>344</sup>

Atualmente, juízes e tribunais têm dever de deferência às súmulas vinculantes e às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade — dotadas de eficácia persuasiva por determinação constitucional (arts. 102, § 2º, e 103-A); aos acórdãos prolatados pelos Tribunais Superiores, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas; aos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; às súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e, finalmente, à orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal ao qual estiverem vinculados (art. 927, I a V, CPC). O descumprimento deste dever acarreta a nulidade da decisão, da sentença ou do acórdão que, sem um parcimonioso *distinguishing*, deixe de aplicar precedentes qualificados, pois o ordenamento jurídico atribui a esses provimentos jurisdicionais a pecha de atos carentes de fundamentação (art. 93, IX, CF e art. 489, § 1º, VI, CPC).

A força persuasiva do precedente qualificado milita a favor do controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras e, de resto, da atividade normativa desenvolvida por órgãos, entidades e autoridades do Poder Executivo, pois constitui medida de incentivo à segurança jurídica e à isonomia. Ao repelir o subjetivismo judicial, esta técnica oferece à sociedade, ao mercado e ao poder público a garantia de que conflitos idênticos ou assemelhados serão dirimidos por decisões que adotarão um mesmo fundamento jurídico, ainda que tomadas por tribunais de regiões ou de esferas federativas diferentes.

Um exemplo de sistema de precedentes bem-sucedido é o canadense. Após evoluir de um esquema formalista e simplificado para um modelo complexo e rígido — ambos

---

<sup>344</sup> MARINONI, A **ética dos precedentes** [livro eletrônico], capítulo IV.

considerados inapropriados até mesmo por juízes daquele tribunal —, a Suprema Corte do Canadá parece ter conseguido equilibrar as exigências de precisão e operacionalidade dos critérios de determinação da intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública.<sup>345</sup>

Na linha do que foi mencionado anteriormente (item 3.3), entre as décadas de 1960 e 1970, o controle judicial de interpretações legislativas promovidas pela Administração Pública canadense estribava-se na “teoria da questão preliminar”, também denominada “questão jurisdicional”, que consiste numa categoria formal simplificadora. Nas palavras de Eduardo Jordão:

Numa formulação bem simples, [essa teoria] prescrevia que apenas as questões preliminares (aquelas relativas a discussões sobre a própria *competência ou jurisdição* da autoridade administrativa) deveriam ser submetidas a um controle não deferente. As demais questões, ditas *administrativas*, estavam reservadas à administração pública. A intensidade do controle judicial a ser aplicado seguia automaticamente desta constatação.<sup>346</sup>

O enfoque binário e formalista começou a perder força em 1979, a partir do julgamento do caso *Canadian Union of Public Employees*. Nesse instante, em vez de se limitar a perquirir a natureza preliminar ou jurisdicional da questão submetida ao escrutínio judicial, a Suprema Corte canadense fez longas considerações institucionais autônomas, sugerindo razões para a deferência judicial estranhas ao esquema simplificador.

A Suprema Corte observou que o processo decisório das autoridades administrativas difere do processo decisório das cortes, envolvendo inclusive a ponderação e o balanceamento de diferentes interesses públicos conflitantes. Além disso, ressaltou que as decisões das autoridades administrativas muito frequentemente envolvem escolhas igualmente razoáveis, em face da ambiguidade da redação da norma. Tendo em vista esta ambiguidade e a possibilidade de diversas interpretações razoáveis, a pergunta relevante passaria a ser qual instituição é melhor adaptada para decidir entre essas escolhas. Como se vê, o enfoque em CUPE é totalmente diferente da utilização da estrutura binária que caracteriza a teoria da questão jurisdicional. A Suprema Corte, aliás, foi explícita ao afirmar que a teoria não tinha qualquer utilidade no caso, além de ser facilmente manipulável (*Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)* (1979) 2 SCR 227 at 233).<sup>347</sup>

A partir do julgamento do caso *Bibeault*, julgado em 1988, o tribunal passou a aludir a um “teste pragmático e funcional”: funcional porque atribui a última palavra ao juiz ou ao administrador, a depender de sua função; pragmático porque se distancia do esquema lógico-formal que norteia a teoria da questão jurisdicional e, ainda, valoriza aspectos práticos do enfoque, a exemplo do reconhecimento de que as autoridades administrativas especializadas

<sup>345</sup> JORDÃO, Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, p. 35–38.

<sup>346</sup> *Id.*, **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**, p. 178.

<sup>347</sup> *Op. cit.*, p. 24, nota de rodapé 37.

têm melhores condições para o desempenho de funções de consentimento, normatização e adjudicação atreladas a objetos complexos, como é o caso da regulação econômica, da defesa da concorrência etc.<sup>348</sup>

Contudo, foi no julgamento do caso *Pushpanathan*, em 1998, que o modelo ganhou os contornos clássicos. Desde então, ficou estabelecido que o controle judicial consistiria no exame individualizado de quatro fatores, adiante mencionados: (i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação setorial; (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa, comparada à expertise do tribunal; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa.<sup>349</sup>

Os críticos do modelo logo destacaram a sua complexidade técnica e os custos operacionais envolvidos em sua aplicação, aí incluído o fator temporal. Entretanto, havia um consenso na comunidade jurídica de que se tratava de uma técnica realista, que, a despeito dos aludidos inconvenientes, valorizava a transparência da atividade controladora e favorecia a adaptação do controle judicial à dinâmica da ação administrativa do Estado.<sup>350</sup>

Foi somente no julgamento do caso *Dunsmuir*, em 2008, que a Suprema Corte fez os ajustes necessários para a simplificação do teste contextualizado, de maneira a assegurar tanto a adaptabilidade do modelo à complexidade da Administração Pública quanto a operacionalidade dos critérios respectivos.<sup>351</sup>

O primeiro reparo foi semântico, e consistiu na renomeação da formulação de “teste pragmático e funcional” para “análise do modelo de controle”. Contudo, as transformações mais radicais passaram pela criação de uma fase prévia à análise contextualizada e, ainda, pelo abandono do caráter fixo de cada uma das fases idealizadas em *Pushpanathan*.<sup>352</sup>

A fase preliminar “consiste no exame da jurisprudência, para identificar se já houve decisões anteriores que determinaram o modelo de controle a ser adotado para o tipo específico de questão trazida a juízo”.<sup>353</sup> Em caso afirmativo, o conflito está solucionado, pois a adoção

---

<sup>348</sup> JORDÃO, Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, pp. 24 e 35.

<sup>349</sup> *Ibid.*, pp. 35–36.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>351</sup> *Ibid.*, pp. 37–38.

<sup>352</sup> *Ibid.*, pp. 37–38.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 37.



do precedente é compulsória. Todavia, se a questão ainda não tiver sido objeto de análise pelos tribunais, o juiz prosseguirá com a aplicação de um teste multifásico muito parecido com o antigo teste pragmático e funcional. A diferença está em que não existe a obrigatoriedade de repasse mecânico e automático das quatro fases mencionadas em *Pushpanathan*.<sup>354</sup>

A efetividade desse novo modelo simplificado é perceptível. Estudos empíricos feitos a partir de decisões das cortes inferiores do sistema judicial canadense apontaram que cerca de 40% dos casos foram definidos nessa fase preliminar, em adoção de manifestação jurisprudencial anterior.<sup>355</sup>

Diante dessas considerações, parece correto afirmar que o sistema de precedentes obrigatórios do Código de Processo Civil tende a irradiar efeitos positivos sobre o controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras, assim como das atividades administrativas em geral.

### 3.5.2.5 O dever de fundamentação qualificada das decisões judiciais

O art. 93 da Constituição Federal estabelece que lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, em substituição à Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Esse futuro diploma legal deverá ter um conteúdo mínimo que, a par da previsão de deveres e garantias institucionais e funcionais do Poder Judiciário, estimule a transparência e facilite o controle de legalidade dos provimentos jurisdicionais (inciso IX, que alude aos deveres de publicidade dos julgamentos e de fundamentação das decisões judiciais).

Inovando em relação aos que o antecederam, o atual Código de Processo Civil aprofundou o ônus de argumentação a que os juízes estão submetidos, na medida em que passou

---

<sup>354</sup> JORDÃO, Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura, p. 38.

<sup>355</sup> “In close to 40 per cent of the appellate cases reviewed in the preparation of this commentary, the court’s selection of the standard of review was based primarily on existing precedent, making in the most important determinant of the standard of review. A full standard of review analysis was conducted in less than half as many cases. Where the courts conducted a standard of review analysis or relied on the Dunsmuir guidelines to select the appropriate standard, the nature of the question was most frequently afforded the greatest weight in the analysis. The cases raise significant questions and concerns about the courts’ use of precedent” (HECKMAN, *Substantive review in appellate courts since Dunsmuir*, p. 766).

a exigir motivação aderente ao contexto fático e jurídico sobre o qual deve incidir a solução heterônoma substantivada na decisão de mérito. Para este fim, apelou à técnica da ponderação e, simultaneamente, repeliu patologias diagnosticadas no exercício cotidiano da jurisdição, dentre elas a superficialidade argumentativa e a relutância aos precedentes.

Atualmente, não se considera fundamentada qualquer decisão, sentença ou acórdão que: se limite “à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”; empregue “conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”; invoque “motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”; não enfrente “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”; se limite “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; ou deixe “de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, § 1º, I a VI, CPC).

A legislação codificada se antecipa e lança a semente daquilo que, na Lei nº 13.655/2018, viria a ser o dever de contextualização fática e jurídica, mencionado adiante (cf. item 3.6).

Atualmente, juízes e tribunais não podem restringir a fundamentação de seus provimentos à enunciação de valores jurídicos abstratos plasmados em princípios, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. A eles se opõe um dever de motivação circunstanciada, que não se compraz com fundamentações retóricas e superficiais. Por imperativo legal, eles devem ter em perspectiva “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”, bem como “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (art. 22, *caput* e § 1º, LINDB). A par disto, deles se exige uma abordagem consequencialista, orientada por um juízo de proporcionalidade. Daí a necessidade de que considerem as consequências práticas das decisões que prolatam e demonstrem a adequação e a necessidade da solução heterônoma judicial, inclusive em face de possíveis alternativas (art. 20, *caput* e parágrafo único, LINDB).

### 3.5.3 Breve referência ao processo estrutural

Autores filiados à teoria do processo estrutural repelem a autocontenção e a ortodoxia na aplicação das leis processuais pelo Poder Judiciário.<sup>356</sup> Esses estudiosos propõem que os institutos fundamentais do direito processual civil passem pelo filtro do ativismo judicial e, então, sejam adaptados a situações tecnicamente complexas, subjetivamente multipolares e objetivamente coletivas, eclodidas sobretudo no contexto das políticas públicas, aí incluídos os programas governamentais de regulação da economia. As origens mais remotas da concepção estrutural de processo encontram-se nos precedentes que desencadearam a reformulação dos sistemas educacional e penitenciário dos Estados Unidos.<sup>357</sup>

*Brown v. Board of Education of Topeka*, julgado em 1954, é considerado o *leading case* dos processos estruturais naquele país. Na ocasião, a Suprema Corte norte-americana reputou inconstitucional o emprego de critérios fenotípicos, isto é, de segregação racial, para a admissão de estudantes em escolas públicas. Ao determinar a matrícula de negros em estabelecimentos de ensino originalmente destinados a brancos, o tribunal deu início a um conjunto de transformações que ficaram conhecidas como reforma estrutural (*structural reform*).

O segundo germe do processo estrutural norte-americano é o caso *Holt v. Sarver*. Em decisões sucessivas, proferidas entre 1969 e 1971, o Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Leste do Arkansas<sup>358</sup> asseverou que o sistema penitenciário estadual promovia violações sistemáticas aos direitos constitucionais de seus prisioneiros, a quem se infringiam punições cruéis e iníquas. Para a solução do problema, inicialmente estabeleceu diretrizes de ação administrativa e exigiu a apresentação de relatórios periódicos, a fim de fiscalizar a implementação respectiva. Em seguida, obrigou a agência estadual de administração penitenciária a apresentar um plano de ação e determinou que seus agentes se abstivessem de limitar o acesso dos prisioneiros à justiça e cessassem a imposição de castigos exagerados.

No Brasil, o primeiro processo estrutural de que se tem notícia é a ação civil pública nº

---

<sup>356</sup> ARENHART, Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão; ARENHART, OSNA e JOBIM, **Curso de processo estrutural**; DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro; VITORELLI, **Processo civil estrutural**.

<sup>357</sup> DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, Elementos para uma teoria do processo estrutural (...), pp. 102–103.

<sup>358</sup> Tradução livre de *United States District Court for the Eastern District of Arkansas*.

0000533-73.1993.4.04.7204, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Criciúma, conhecida como a “ACP do carvão”, proposta em 1993. Por meio deste processo, o Ministério Público Federal demandou a prevenção e a reparação de danos ambientais acarretados pela exploração do carvão mineral no Estado de Santa Catarina.<sup>359</sup> Ante a extensão e a complexidade da causa, a execução do julgado se prolonga até os dias atuais, mediante inúmeros processos incidentais e incidentes processuais.

O desenvolvimento da teoria do processo estrutural passa pela fixação das noções de problema estrutural, processo estrutural e decisão estrutural.

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que o problema estrutural é um “estado de desconformidade estruturada — uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal”.<sup>360</sup> Dito de outra forma, “o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)”.<sup>361</sup>

Ainda segundo esses autores, o processo estrutural “é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”.<sup>362</sup> As suas características essenciais podem ser assim resumidas: (a) a discussão é pautada por um estado de desconformidade estruturada; (b) o fim colimado com o emprego da técnica estrutural é a transição desse estado de desconformidade para um estado de coisas ideal, mediante decisão de implementação escalonada; (c) a técnica processual consiste na adoção de um procedimento bifásico consistente em: (c.1) identificar o problema estrutural e estabelecer um programa de metas a ser seguido para a reestruturação e (c.2) executar o programa de metas concebido na fase inicial; (d) flexibilidade do procedimento, que deve ser adaptado às peculiaridades do conflito estrutural e, portanto, admitir formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, alteração do objeto litigioso e uso de mecanismos de cooperação judiciária até mesmo entre instâncias diferentes; (e) predominância da consensualidade, que fundamentará eventual necessidade de adaptação do procedimento.<sup>363</sup>

---

<sup>359</sup> ARENHART, *Processos estruturais no direito brasileiro*, pp. 74–77.

<sup>360</sup> DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, *Elementos para uma teoria do processo estrutural (...)*, p. 104.

<sup>361</sup> *Op. cit.*, p. 104.

<sup>362</sup> *Op. cit.*, p. 107.

<sup>363</sup> *Op. cit.*, pp. 107–108.

Por fim, decisão estrutural “é aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios).”<sup>364</sup> Nessa linha de intelecção, a decisão estrutural promove a reestruturação daquilo que estava sujeito a um estado de permanente desconformidade com o direito ou, então, à mingua de ilegalidade, com um estado de coisas ideal.

O núcleo da teoria do processo estrutural está na admissão de que os litígios estruturais não se comprazem com as técnicas tradicionais do direito processual civil. Sustenta-se que as normas vocacionadas à sua composição não são capazes de apreender a amplitude e a sofisticação dos conflitos cuja pacificação suponha a adoção de medidas estruturantes. Isto porque os procedimentos comuns e especiais disciplinados pelo Código de Processo Civil e pela legislação processual civil extravagante são voltados a dirimir litígios binários (entre um autor e um réu ou, quando muito, entre litisconsortes claramente identificados ou facilmente identificáveis), emergentes de aspectos específicos de uma situação jurídica, e as normas processuais a eles aplicáveis são rígidas no tocante à interpretação do pedido, à congruência objetiva externa e à estabilidade objetiva da demanda.

Sérgio Cruz Arenhart afirma que as deficiências das técnicas processuais individuais se espraiam pelas normas que regulam os litígios alusivos a direitos difusos e coletivos. Para o autor, a despeito de veicularem prescrições específicas acerca da legitimação ativa, da coisa julgada e da tutela executiva, estas disposições legais refletem a lógica formal do processo individual, visto que também se assentam sobre os princípios dispositivo e da demanda e, nesta medida, limitam excessivamente a atuação do juiz e a participação social.<sup>365</sup>

Ante a dimensão subjetiva e objetiva dos conflitos estruturais — que envolvem um número significativo de interessados, ligados entre si ou à parte contrária por situações factuais ou relações jurídicas, ambas complexas nas perspectivas política, social, jurídica e técnica e que, por isso mesmo, admitem soluções variadas —, a teoria do processo estrutural advoga uma nova concepção de processo, em que os dogmas da congruência objetiva externa, da estabilidade objetiva da demanda e da legalidade do procedimento sejam atenuados em benefício de uma solução integral da controvérsia. De acordo com esta nova abordagem, a cognição judicial deve abranger a totalidade de uma ação estatal ou, então de uma situação

---

<sup>364</sup> DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, Elementos para uma teoria do processo estrutural (...), p. 109.

<sup>365</sup> ARENHART, Processos estruturais no direito brasileiro, pp. 70–72.

jurídica de interesse exclusivo de particulares. Citam-se como exemplos as políticas de saúde pública, de meio ambiente, de infraestrutura rodoviária, de proteção a minorias étnicas etc.

Na perspectiva da teoria do processo estrutural, os programas de ação governamental devem ser objeto de um controle jurisdicional pleno e exauriente, o qual, a par de enfrentar as objeções e as questões veiculadas na petição inicial, na contestação e nas manifestações de terceiros interessados, conceda ao juiz mecanismos que lhe permitam transpor as barreiras consistentes nos limites subjetivos, objetivos e temporais ditados pelo Código de Processo Civil.

Para viabilizar a flexibilização do procedimento legal, a técnica estrutural incentiva a modificação da estrutura normativa, e para tanto recorre à consensualidade. Juiz, partes e demais intervenientes são estimulados a celebrar acordos integrativos que disponham sobre o itinerário processual.<sup>366</sup> Esses acordos, que o Código de Processo Civil qualifica como negócios jurídicos processuais (art. 190), têm a finalidade de reformatar o procedimento legal, desde o pedido até a execução, passando pela causa de pedir, pela estabilização da demanda, pelo procedimento probatório e pela sentença.

A proposta impressiona. A partir de retórica envolvente, arrimada em abordagem proativa e progressista da função jurisdicional, do processo judicial, da consensualidade e da participação social na formação da vontade política e administrativa do Estado, promete entregar e fazer atuar um método capaz de solucionar litígios complexos de modo definitivo e ótimo. Contudo, de acordo com José Eduardo Fonseca Costa, ela esbarra em noções elementares do direito público, algumas estampadas em normas constitucionais e, por isto mesmo, insuperáveis mediante costume, mutação ou interpretação, que, a despeito de ostentarem força criativa, não se confundem com o poder constituinte derivado.<sup>367</sup>

---

<sup>366</sup> “A atuação administrativa concertada não coloca em evidência, necessariamente, uma dicotomia entre ato administrativo imperativo e unilateral de um lado e ato consensual do outro. Se a consensualidade no Direito Administrativo é reconhecida pela negociação do exercício da prerrogativa imperativa, por certo que o afastamento da imperatividade pela transação no âmbito do processo administrativo não corresponde à única forma de a Administração Pública agir de acordo com a consensualidade. Pela análise das normas selecionadas que dispõem sobre a atuação concertada do Estado, é possível identificar a existência dos denominados *acordos integrativos*, na linha do Direito Administrativo italiano e sua Lei 241/90. Este tipo de acordo caracteriza-se pelo delineamento do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração Pública de forma negociada, ou seja, não se afasta por inteiro a prerrogativa estatal, mas Administração e administrado firmam acordos com a finalidade de estabelecer o modo de emprego da autoridade estatal” (PALMA, **Atuação administrativa consensual**, p. 197).

<sup>367</sup> COSTA, Dez senões do processo estrutural.

De saída, a técnica estrutural atrita com o princípio da separação dos poderes, na medida em que advoga a transferência, dos órgãos da soberania política para o sistema judiciário, da incumbência de reconfigurar planos de ação governamental atrelados a iniciativas prestacionais e econômicas.<sup>368</sup> E o faz sem maiores preocupações com os traços característicos das competências legislativas e administrativas transferidas.

A falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para a execução de atividades administrativas complexas é superada mediante a atenuação das fórmulas processuais, a expansão da dialética processual por intermédio de consultas e audiências públicas, o recurso a peritos etc. Como se isto fosse o bastante para o desempenho de incumbências normativas, adjudicantes e sancionatórias atreladas à regulação econômica e, de resto, à função administrativa de ordenação estatal.

O princípio democrático é igualmente negligenciado. Por meio do processo estrutural, cometimentos normativos e materiais de agentes políticos eleitos pelo voto popular e periodicamente sujeitos ao escrutínio das urnas são confiados a tecnocratas investidos em cargos de provimento efetivo mediante concurso público de provas e títulos (juízes de primeira instância e desembargadores oriundos da carreira da magistratura) ou, ainda, mediante procedimento constitucional em que se conjugam, de um lado, a conveniência política dos Poderes Executivo e Legislativo — responsáveis pela indicação, sabatina e nomeação do escolhido —, e, de outro, o merecimento pessoal e competência técnica do escolhido (caso dos desembargadores oriundos do quinto constitucional e dos ministros de Tribunais Superiores, sujeitos, estes últimos, a arguição pelo Senado Federal, em sessão pública).<sup>369</sup>

A forma pela qual o processo estrutural dinamiza a “realocação” — quiçá a usurpação — das competências normativas e administrativas dos poderes políticos exprime, a um só tempo, o déficit democrático da técnica e a sua falta de compromisso com o devido processo legal, a que a Constituição Federal conferiu a estatura de direito fundamental processual (art. 5º, LIV). E aqui jaz um terceiro obstáculo associado à supremacia da Constituição.

Por mais que a flexibilização do procedimento esteja fundamentada em imperativos de coletividade, complexidade, multipolaridade e consensualidade, a expressiva maioria das adaptações consideradas necessárias pelos estruturalistas implica acréscimos e inversões não

---

<sup>368</sup> COSTA, Dez senões do processo estrutural, pp. 291–293.

<sup>369</sup> *Ibid.*, pp. 290–291.

previstos em lei, isto é, antagônicos ao resultado da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CF) e à dimensão formal do devido processo legal.<sup>370</sup> Esse estado de desconformidade dificilmente pode ser suplantado pelo consenso dos litigantes ou, ainda, pelo recurso à cláusula geral de adaptação inscrita na legislação processual (art. 327, § 2º, CPC), porque os negócios jurídicos processuais e as soluções heterônomas judiciais se submetem aos limites e às condições previstos em normas de ordem pública, a exemplo daquelas que regulam a congruência objetiva externa e a estabilidade objetiva da demanda.

Os entraves processuais somam-se a outros, de índole política, administrativa, financeira e orçamentária.

No processo estrutural, o demandante não se submete aos critérios político-administrativos que norteiam a formulação e a implementação dos planos de ação governamental. O Ministério Público, cujo protagonismo na tutela de interesses difusos e coletivos e no controle externo da Administração Pública é largamente reconhecido, tem ampla margem de discricionariedade para definir o objeto do processo estrutural, e daí não lhe sobrevém nenhum dever legal de prestação de contas à coletividade interessada ou às respectivas instâncias de controle interno, a exemplo do conselho superior e das câmaras de coordenação e revisão, estas últimas no âmbito do Ministério Público da União. Nem mesmo se exige a prévia realização de análises de impacto, a fim de identificar os setores mais ou menos carentes de reestruturação.<sup>371</sup>

A falta de compromisso da técnica estrutural com as normas de direito administrativo e financeiro também é notável. Ao sustentar o cabimento do controle judicial da totalidade de uma específica política pública, ela tem em perspectiva os fins e os meios processuais para atingi-los, mas não se ocupa do arranjo jurídico subjacente, o qual contempla a regra do concurso público para a admissão de pessoal pela Administração Pública, os limites e os condicionamentos para a admissão de pessoal temporário, a licitação para a contratação de bens, serviços e obras, a excepcionalidade da contratação direta de tais gêneros, a exigência de fontes de custeio total e de observância da programação orçamentária ou, ainda, a sujeição, à reserva absoluta de lei, da adequação financeira por intermédio da transposição, do remanejamento ou da transferência de recursos de uma categoria orçamentária a outra.

---

<sup>370</sup> COSTA, Dez senões do processo estrutural, pp. 297–298.

<sup>371</sup> *Ibid.*, pp. 293–294.



O déficit de *accountability* é bastante elevado, até mesmo no que toca ao Poder Judiciário. Os processos e as decisões estruturais não estão sujeitos aos controles de legitimidade, eficiência e economicidade empreendidos por controladorias e auditorias internas e, ainda, por Tribunais e Conselhos de Contas. Por seu turno, legisladores e administradores públicos têm de cumprir as promessas feitas ao eleitorado, e para isto devem observar normas cogentes cuja transgressão lhes acarreta sanções político-administrativas e jurídicas severas. Assim a rejeição política mediante escrutínio popular, a reprovação das contas pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas e a condenação por crimes comuns e de responsabilidade ou, ainda, por ato de improbidade administrativa.<sup>372</sup>

José Eduardo da Fonseca Costa vai além e refere os riscos da reestruturação judicial para as ações governamentais reflexamente atingidas, isto é, os efeitos sistêmicos da reformatação institucional, a inexistência de fundamento constitucional ou legal para o ajuizamento de demanda que tenha por objeto uma tal pretensão à reestruturação de instituições, planos e programas estatais e a inconveniência da importação acrítica de modelos estrangeiros sem o conhecimento das discussões havidas e das consequências suportadas no país de origem e, ainda, de sua conformidade ao ordenamento jurídico doméstico.<sup>373</sup>

As críticas são contundentes e procedentes. Se, porventura, falta-lhes aptidão para dissuadir o intérprete e o aplicador enredados pelos *slogans* da complexidade, da multilateralidade e da necessidade de alteração do estado de coisas, ao menos elas suscitam reflexão acerca de um modelo com forte inclinação para o totalitarismo judicial e ministerial. Um modelo em que a autoridade estatal é exercida segundo a ótica (potencialmente equivocada) de quem nela está investido, em franco desrespeito ao Estado de Direito, cujos núcleos duros radicam na separação dos poderes, na sujeição da potestade pública às normas de emanção parlamentar e governamental e na busca pela segurança jurídica.

Por tudo isso, é duvidosa a idoneidade do processo estrutural para o controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras. Suas externalidades negativas, sobretudo a incompatibilidade com o regime democrático e com o princípio da separação dos poderes, parecem sinalizar em sentido diametralmente oposto.

---

<sup>372</sup> COSTA, Dez senões do processo estrutural, pp. 294–297.

<sup>373</sup> *Ibid.*, pp. 293–295.

### 3.5.4 Controle concentrado da função normativa das agências reguladoras

A argumentação desenvolvida nos tópicos anteriores sobre as técnicas processuais tradicionais e estruturais teve em perspectiva os processos subjetivos, assim entendidos aqueles processos em que a questão de direito material subjacente consiste em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida — isto é, uma lide. Por meio deles, a validade da norma regulatória é examinada incidentalmente, como questão prejudicial, ou seja, à moda de controvérsia intermediária dotada de eficácia subordinante do julgamento da controvérsia principal.<sup>374</sup>

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro também admite o controle concentrado da função normativa das agências reguladoras independentes, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 1º, CF, regulamentado pela Lei nº 9.882/1999).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento processual de jurisdição constitucional que enseja a instauração de um processo objetivo, assim qualificado pelo fato de o ato normativo de regulação econômica ser examinado como emanção geral e abstrata da vontade estatal, e não como fundamento de validade de atividades administrativas concretas, incidentes sobre situações jurídicas subjetivas de regulados, de usuários de serviços públicos delegados ou consumidores de atividades econômicas livremente franqueadas ao mercado, porém, sob tutela governamental.

Diante de lesão efetiva ou potencial a preceito fundamental em virtude da regulação econômica ou, ainda, de controvérsia relevante a seu respeito, o Pretório Excelso, uma vez provocado pelos legitimados, analisa o ato normativo como questão principal, independentemente das situações jurídicas subjetivas dele derivadas. A consequências

---

<sup>374</sup> “Há relação de prejudicialidade entre duas causas quando o julgamento de uma delas é apto a influir no teor substancial do julgamento de outra. A primeira diz-se *prejudicial* à segunda, e esta, *prejudicada*. A prejudicialidade é, em um primeiro momento, uma *relação lógica* entre duas ou mais demandas: em si mesma, constitui expressão da necessária coerência entre dois julgamentos. Ela se torna relevante para o direito quando a isso se acresce a igual natureza do juízo relativo a essas duas demandas, passando a caracterizar-se como *prejudicialidade jurídica*. Esta é portanto o resultado da soma de dois elementos, a saber, (a) a relação de dependência lógica entre duas ou mais demandas e (b) os juízos de igual natureza. [...] A relação de prejudicialidade entre demandas existe sempre que uma delas verse sobre a existência, inexistência ou modo de ser de uma *relação jurídica fundamental*, da qual dependa o reconhecimento da existência, inexistência ou modo de ser do direito controvertido na outra” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 182).

projetadas pela declaração de inconstitucionalidade sobre a realidade fenomênica devem ser examinadas na etapa final do julgamento, quando o tribunal, por imperativos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e mediante quórum qualificado de dois terços, tem a prerrogativa de modular os efeitos da decisão (art. 11 da Lei nº 9.882/1999).

É descabido o manejo de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade em face dos atos normativos das agências reguladoras. Ainda que constituam atos do poder público em sentido amplo, falta-lhes o atributo da primariedade, na medida em que a lei infraconstitucional é seu fundamento imediato de validade. E, de longa data, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada no sentido de que, ressalvada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, as ações de controle concentrado não se prestam à pronúncia das inconstitucionalidades reflexas, assim entendidas aquelas que se manifestam diante de ofensas indiretas à Constituição — ofensas que, num primeiro momento, constituem transgressão ao texto da legislação infraconstitucional e só mediatamente resvalam no texto constitucional.

### 3.6 A LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, A LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS, AS LEIS SETORIAIS, OS REGULAMENTOS EXECUTIVOS E AUTORIZADOS E OS ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS

#### **3.6.1 Considerações preliminares**

O direito administrativo brasileiro experimentou notável evolução desde o início da década de 1990, quando o Governo Federal, sob a presidência do sociólogo Fernando Henrique Cardoso, deflagrou o processo de transição do Estado positivo ou intervencionista para o Estado regulador. Esta fase de nosso caminhar institucional ficou conhecida como a era das privatizações e desestatizações e está associada ao colapso do Estado social.

Desenvolveu-se, no Brasil, algo semelhante ao que se passou no continente europeu, a partir dos anos 1970, onde a “combinação de crescimento do desemprego com o crescimento

das taxas de inflação não podia ser explicada dentro dos modelos keynesianos da época” e, de resto, “a despesa pública discricionária e as generosas políticas de bem-estar eram cada vez mais vistas como parte do problema do desempenho econômico insatisfatório.”<sup>375</sup>

Nesse momento de ruptura, assistiu-se à alienação de empresas estatais (instituições financeiras estaduais e empresas estaduais e federais atuantes em setores como a mineração, a energia elétrica, a telefonia etc.), à concessão de serviços públicos (telecomunicações, energia elétrica, transportes aéreos etc.) e à submissão de atividades econômicas outrora monopolizadas a regime de competição (por exemplo, a telefonia e as atividades do setor petrolífero); tudo isto sob o escrutínio das agências reguladoras recém-criadas para expedir normas técnico-científicas, fiscalizar o desempenho das atividades delegadas ou autorizadas, adjudicar conflitos intrasetoriais e sancionar comportamentos desviantes de agentes econômicos regulados.

A substituição do intervencionismo direto pelo indireto, à moda de regulação pública da economia, suscitou profundas transformações na organização e no funcionamento do Estado. A verticalidade hierárquica assentada na desconcentração administrativa e na atenuação das potencialidades da descentralização administrativa por serviços (excesso de interferência política no funcionamento de entidades autárquicas e fundacionais), assim como a bipolaridade que grassava na ideia de regime administrativo único, passaram a conviver com o compartilhamento da função administrativa entre múltiplos centros personificados, dotados de autonomia reforçada em face do Poder Executivo central (as aludidas agências reguladoras). De conseguinte, detectaram-se a fragmentação normativa resultante da criação de ordenamentos setoriais, a elevação dos níveis de processualidade no desempenho da função pública, o incremento da consensualidade administrativa e a intensificação da participação popular nos processos de tomada de decisão estatal.<sup>376</sup>

A esta dissertação interessam a processualidade administrativa e os correlatos instrumentos de participação social na formação da vontade estatal, pois a adoção de um novo método de produção normativa pelo poder público impactou significativamente o modo de controle da função administrativa.

---

<sup>375</sup> MAJONE, Do Estado positivo ao Estado regulador, p. 57.

<sup>376</sup> MEDAUAR, **O direito administrativo em evolução**, pp. 283–367.

### 3.6.2 O processo administrativo normativo no direito brasileiro

O segundo parâmetro de controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras consiste nos princípios e regras que orientam o processo administrativo normativo ou, simplesmente, processo normativo. Por meio de tais balizas, o Poder Judiciário faz uma revisão preponderantemente formal da regulação econômica. Excepcionalmente, contudo, também tem a possibilidade de sindicarem aspectos materiais desta importante manifestação da ação administrativa do Estado. Nessas circunstâncias, o *judicial review* se estabelece mediante o confronto da norma regulatória com as normas constitucionais e legais que tutelam a liberdade e a propriedade e, de conseguinte, limitam ou condicionam a potestade estatal.

O processo normativo é o instrumento por meio do qual a Administração Pública exercita as suas competências normativas, sobretudo aquelas concernentes à regulação da economia.<sup>377</sup> À semelhança do processo jurisdicional, ele contempla aspectos interno ou dinâmico e externo ou estático.<sup>378</sup> O aspecto interno ou dinâmico corresponde à relação jurídica processual. O aspecto externo ou estático equivale ao procedimento, isto é, ao ciclo de formação da vontade administrativa, tal como previsto em lei ou regulamento.

Segundo Vasco Pereira da Silva, a relação jurídica é o novo conceito central do direito administrativo, “capaz de ocupar a posição pertencente ao acto na dogmática tradicional”.<sup>379</sup> Diz o autor:

Perante a crise do acto administrativo, que já não é mais a forma dominante de actuação, nem consegue abarcar a integralidade do relacionamento da Administração com os particulares (mesmo quando ela actua através de uma decisão unilateral), a relação jurídica administrativa parece ser o instituto mais adequado para permitir enquadrar todo o universo dessas ligações (compreendendo tanto as ligações dos privados com as autoridades administrativas, como aquelas que estas estabelecem entre si), seja qual for a forma de actuação em causa, e quer se trate de vínculos jurídicos anteriores ou posteriores a essa forma de actuação.<sup>380</sup>

A centralidade dos vínculos constituídos a partir do exercício de poder extroverso e até mesmo das ações prestacionais do Estado também se faz sentir nos domínios do processo administrativo, pois a relação jurídica processual explica fenômenos tais como a participação

<sup>377</sup> DI PIETRO (Coord.), BACELLAR FILHO e MARTINS, *Tratado (...)*, v. 5, pp. 448–451.

<sup>378</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, pp. 441–442.

<sup>379</sup> SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 149.

<sup>380</sup> *Op. cit.*, p. 149.

dos sujeitos estatais e não estatais no procedimento e, de resto, enaltece a dimensão procedimental dos direitos subjectivos. Novamente, a constatação é de Vasco Pereira da Silva, para quem:

A doutrina da relação jurídica permite ainda explicar os fenômenos de participação (de privados, ou mesmo de outras autoridades públicas) no procedimento, uma vez que a relação de procedimento constitui uma das modalidades de relação jurídica. Desta forma, a própria noção de procedimento administrativo é enquadrada e teoricamente assimilada pela doutrina da relação jurídica, surgindo o procedimento como um instrumento de regulação de relações jurídicas, cujos intervenientes são chamados a actuar para a defesa de suas posições jurídicas substantivas. Os direitos subjectivos dos indivíduos e dos grupos, para além dos aspectos substantivos, possuem também uma dimensão procedimental, a qual é cada vez mais importante na moderna Administração de infra-estruturas, traduzindo-se na atribuição aos seus titulares de faculdades de intervenção e oportunidades de influência do procedimento administrativo. É esta vertente procedimental dos direitos subjectivos que permite aos privados defender preventivamente as suas posições substantivas e participar activamente no próprio processo decisório da Administração.<sup>381</sup>

As alusões ao substantivo “procedimento”, em vez do substantivo “processo”, devem-se ao fato de a legislação portuguesa haver definido o procedimento administrativo como “a sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública”, e o processo administrativo como “o conjunto de documentos devidamente ordenados em que se traduzem os atos e formalidades que integram o procedimento administrativo” (artigo 1º, itens 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo português, aprovado pelo Decreto-lei nº 4/2015). Na síntese de Diogo Freitas do Amaral, o procedimento administrativo é uma noção do mundo jurídico, ao passo que a noção de processo administrativo é uma noção do mundo físico.<sup>382</sup>

Ressalve-se, todavia, que o direito brasileiro não adota essa distinção. Entre nós, ambos, processo e procedimento, constituem noções técnico-processuais: o processo é o método de que o Estado se vale para a produção de normas jurídicas e para o julgamento de conflitos — daí falar-se em processo legislativo, processo administrativo, processo jurisdicional e até mesmo em processo negocial; por sua vez, o procedimento corresponde à sequência itinerária do processo, isto é, o caminho a ser percorrido até o ato final, que pode ser a edição do ato legislativo, do ato administrativo ou da sentença judicial.

O desenvolvimento do direito administrativo contrasta com o entendimento, ainda predominante na literatura administrativista brasileira, de que o processo normativo é um

<sup>381</sup> SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, pp. 161–162.

<sup>382</sup> AMARAL, *Curso de direito administrativo*, v. 2, p. 268.

desdobramento da forma legal ou um expediente técnico para o exercício da competência. O cenário jurídico contemporâneo impõe requalificá-lo como elemento autônomo de legalidade externa dos atos administrativos em sentido amplo,<sup>383</sup> inconfundível com os demais elementos de idêntica natureza (forma e competência) e com os elementos de legalidade interna (objeto ou conteúdo, motivo e finalidade), com aptidão para aumentar a segurança jurídica e sacramentar a legitimidade democrática da capacidade normativa de conjuntura reconhecida, por lei, aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Os principais diplomas introdutórios de princípios e regras acerca do processo normativo nas agências reguladoras brasileiras são a Lei nº 9.784/1999, a Lei nº 13.848/2018, as diversas leis setoriais, os regulamentos executivos e autorizados editados pelo chefe do Poder Executivo e, finalmente, os atos normativos expedidos pelas próprias agências reguladoras para disciplinar o devido processo normativo (regulamentos econômicos autorizados).

As normas que daí irradiam são responsáveis pelo desenho do ciclo de formação da vontade estatal, o qual, *grosso modo*, compreende uma etapa preliminar dedicada à realização de análise de impacto regulatório e, em seguida, a fase de produção normativa propriamente dita, composta pelas subfases de instauração, instrução e decisão. Nesta, encadeiam-se lógica e cronologicamente a apresentação da minuta do ato normativo, a realização de consultas e audiências públicas, a deliberação pelo colegiado da agência reguladora e a votação da proposição. Este modelo se inspira no *notice and comment rulemaking* norte-americano, disciplinado pelo *Administrative Procedure Act*.

A Lei nº 9.784/1999 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. Nela estão consolidadas normas sobre direitos e deveres dos administrados; competência, delegação e avocação; legitimação processual; impedimento e suspeição da autoridade administrativa; tempo, forma e lugar dos atos processuais; comunicação dos atos processuais; instrução, motivação e decisão do processo administrativo, inclusive mediante decisão coordenada; hipóteses de extinção anômala ou normal do processo administrativo; autotutela administrativa; recurso hierárquico e revisão; prazos processuais.

Conquanto se reconheçam a pertinência e a importância da Lei nº 9.784/1999 para o desempenho da função administrativa por órgãos e entidades da Administração Pública, até mesmo na intimidade dos Poderes Legislativo e Judiciário (art. 1º, § 1º), os seus dispositivos

---

<sup>383</sup> PEREZ, *Testes de legalidade*, pp. 181–182.

mais relevantes para o processo normativo são os que tratam da participação administrativa na fase instrutória e da motivação qualificada. Nos arts. 31 a 35, ela estabelece como faculdade do poder público a realização de consultas e audiências públicas, além de outras formas de participação administrativa, inclusive por intermédio de organizações e associações legalmente reconhecidas. A motivação qualificada consiste no dever de a Administração Pública apresentar fundamentação explícita, clara e congruente para as suas declarações de vontade individuais ou gerais.

No processo normativo, é íntima a relação entre a motivação e as técnicas de participação administrativa, sobretudo a consulta pública, pois, mesmo que não ostente a condição de parte processual, o autor da consulta tem direito subjetivo a uma resposta fundamentada da Administração Pública, que, no entanto, pode ser comum a todas as alegações substancialmente iguais (art. 31, § 2º). Na perspectiva do controle jurisdicional, a motivação igualmente avulta em importância, porque dota o interessado e o Poder Judiciário dos suprimentos de fato e de direito necessários para que estejam aptos a, respectivamente, demandar a tutela jurisdicional e oferecer proteção judicial efetiva.

Já no instante de aprovação da Lei nº 9.784/1999, o legislador poderia ter avançado e tornado compulsória a participação administrativa nos processos normativos regulatórios, mas não foi o que sucedeu. De qualquer forma, a lacuna foi suprida por muitas das leis setoriais e, mais recentemente, por meio da Lei nº 13.848/2018, em caráter geral para todas as agências reguladoras federais.

A Lei nº 13.848/2018, as leis setoriais e os correspondentes regulamentos<sup>384</sup> tiveram importância capital na introdução e no reforço da processualidade administrativa, em especial no plano normativo. Coube-lhes a institucionalização de práticas adotadas em outras jurisdições e recomendadas por organismos multilaterais, a exemplo da análise de impacto regulatório, incorporada ao direito interno sob influência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).<sup>385</sup>

O Decreto nº 10.411/2020 enuncia que a falta de análise de impacto regulatório não

---

<sup>384</sup> Aqui, o substantivo regulamento é empregado em sentido amplo, abrangente não apenas do ato normativo editado pelo presidente da República para a fiel execução das leis, mas também dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras nos limites das respectivas leis-quadro.

<sup>385</sup> Dois documentos referidos para ilustrar a atuação orientadora da OCDE são a Recomendação do Conselho para a melhoria da qualidade da regulação governamental, de 1995, e a Recomendação do Conselho para a política regulatória e a governança pública, de 2012.



constitui escusa para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a sua invalidade.<sup>386</sup> Reproduziu-se tendência já identificada no art. 18 da Lei Complementar nº 95/1998, vazado em termos muito parecidos.<sup>387</sup> Entretanto, a disposição regulamentar é de legalidade duvidosa.

O art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 13.848/2019 e o art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 13.876/2019, em tom acentuadamente imperativo, prescrevem que as propostas de edição e alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos e usuários de serviços públicos *serão* precedidas de análise de impacto regulatório, bem assim que o regulamento poderá dispensá-la em algumas hipóteses. De tal sorte que não é juridicamente aceitável que, sub-repticiamente, o regulamento comprometa a eficácia da lei que lhe confere fundamento de validade.

Na atual quadra histórica, a ideia de processualidade administrativa está decantada, até mesmo no que toca ao exercício de função normativa pela Administração Pública. A obrigatoriedade de participação administrativa, outrora prevista apenas em algumas leis setoriais — por exemplo, pelo revogado art. 42 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações) — foi espaiada para todo o ordenamento jurídico por intermédio do art. 9º da Lei nº 13.848/2018, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras federais. Por meio deste dispositivo, ficou estabelecido que “[s]erão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados”. A realização de audiência pública ainda é uma faculdade do regulador, mas daí não sobrevém nenhum prejuízo para o interesse público, pois o controle social prévio está garantido pela consulta pública.

O legislador foi omissivo no tocante à consequência jurídica da falta de consulta pública. Entretanto, não há dúvida de que se trata de hipótese de nulidade absoluta, pois, como foi dito anteriormente, o devido processo normativo é elemento de legalidade externa das declarações de vontade do Estado, e seu descumprimento é causa de invalidade.<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> “Art. 21. A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada.”

<sup>387</sup> “Art. 18. Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento.”

<sup>388</sup> Natasha Salinas, Patrícia Sampaio e Ana Parente advogam a deferência judicial a regulamentos sanitários não precedidos de um devido processo normativo. Para tanto, argumentam com a excepcionalidade das circunstâncias

### 3.5.3 Os “testes de legalidade” propostos por Marcos Augusto Perez: uma proposta de controle judicial a partir dos elementos de legalidade interna e externa do ato administrativo

O exercício válido de função normativa pelas agências reguladoras pressupõe a instauração de processo administrativo específico, isto é, de processo normativo. A inobservância desta formalidade acarreta a nulidade absoluta da regulação econômica. O desafio subsequente a este diagnóstico consiste em sistematizar o controle judicial em bases que lhe confirmem precisão e operacionalidade e, simultaneamente, o tornem impermeável ao subjetivismo do julgador.

A literatura especializada — já se disse, mas convém repisar — advoga a insuficiência das análises institucionais comparativas e das estruturas dogmáticas simplificadoras. Para tanto, argumenta com a dificuldade, senão a impossibilidade, de qualificar uma determinada atividade administrativa como exclusivamente política, jurídica ou técnico-científica. Segundo esta linha de pesquisa, qualquer que seja a modalidade de função administrativa concretamente exercida (polícia administrativa, serviço público, fomento, regulação, atuação estatal sobre o domínio econômico etc.), os elementos políticos, jurídicos e técnicos se conjugam na formação da vontade estatal. De modo que, na maioria das vezes, quiçá na totalidade delas, sobretudo nas províncias da regulação econômica, “as decisões administrativas são caracterizadas por *diferentes aspectos*, ao invés de marcadas por *uma específica natureza*.”<sup>389</sup>

Conforme mencionado em passagem anterior, a debilidade das estruturas dogmáticas simplificadoras está associada ao incremento da complexidade da função administrativa, que nem sempre permite enquadrar o agir estatal na clássica dicotomia vinculação *versus* discricionariedade, e na expansão do controle jurisdicional da Administração Pública (políticas públicas, manifestações gerais e individuais de regulação pública da economia etc.). Ademais, nas jurisdições que as adotam ou adotaram, as noções de ambiguidade legislativa, questão preliminar e discricionariedade técnica passaram por radicais transformações e foram substituídas por outras mais sofisticadas (caso da doutrina *Chevron*, que tem merecido releituras da Suprema Corte norte-americana) ou, então, abandonadas (casos da teoria da questão

---

determinadas pela pandemia do novo coronavírus. (SALINAS, SAMPAIO e PARENTE, A produção normativa das agências reguladoras, pp. 56–58 e 64–73).

<sup>389</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, p. 173.

preliminar, que a Suprema Corte canadense substituiu por um “teste pragmático e funcional”, e da discricionariedade técnica, que o Conselho de Estado italiano substituiu pela noção de “avaliações técnicas complexas”).<sup>390</sup>

Os modelos derivados de adaptação ou remodelagem dos esquemas formais são igualmente censurados pela literatura administrativista. O fundamento da irrisignação é o déficit de operacionalidade do instrumental teórico, o qual se deve a fatores complexos, cuja assimilação pressupõe o domínio de informações exorbitantes do conteúdo jurídico tradicional. O teste pragmático e funcional adotado pela Suprema Corte canadense nos 30 anos subsequentes ao julgamento do caso *Canadian Union of Public Employees*, havido em 1979, é ilustrativo desta afirmação; tanto que, desde o julgamento do caso *Dunsmuir*, em 2008, alude-se à análise do modelo de controle, cuja pedra de toque é o ideal de simplificação.

Na atual quadra histórica, uma iniciativa exitosa em direção ao estabelecimento de parâmetros objetivos de julgamento dos conflitos publicísticos consiste nos “testes de legalidade” propostos por Marcos Augusto Perez. Conquanto o foco do desenvolvimento original seja o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, a compatibilidade do esquema com a revisão da atividade normativa das agências reguladoras é perfeitamente defensável, pois, à semelhança da discricionariedade administrativa, que se exercita mediante critérios de oportunidade, as escolhas regulatórias derivam não apenas de elementos de ordem jurídica, mas também técnico-científica.

O cerne desta concepção repousa na utilização dos elementos de legalidade interna e externa do ato administrativo como metacritérios, a partir dos quais são fixados quesitos que devem ser formulados pelo controlador judicial: os elementos de legalidade externa conferem as bases para a estruturação dos testes de processo, competência e forma; por sua vez, os elementos de legalidade interna fundamentam os testes de conteúdo, motivo e finalidade.

O arrolamento parte dos testes estruturados a partir os elementos de legalidade externa.

O teste de competência resulta da aplicação dos arts. 11 a 17 da Lei nº 9.784/1999 e passa pela formulação das seguintes perguntas: (i) “A autoridade ou o órgão que praticaram o ato tinham atribuição legal para tanto?”; (ii) “Em que pese não ter havido atribuição legal, havia delegação da competência [...] feita pela autoridade ou pelo órgão que a possuía?”; (iii) “Havia

---

<sup>390</sup> JORDÃO, *Controle judicial de uma Administração Pública complexa*, pp. 216–222.

impedimento legal para a delegação?"; (iv) "A autoridade ou o órgão tinham *status* hierárquico e condições legais para avocar a atribuição de praticar o ato?"; (v) "O ato, embora praticado pela autoridade ou pelo órgão errados, foi ratificado ou homologado pela autoridade ou pelo órgão com atribuição legal?"; (vi) "A autoridade, embora competente (ou servidor integrante do órgão competente), deveria ter renunciado a participar do processo ou praticar o ato em função de suspeição ou impedimento [...]?"<sup>391</sup>

Na sequência, apresenta-se o teste de forma, que abrange os seguintes questionamentos: (i) "A lei impõe alguma forma específica de exteriorização da decisão?"; (ii) "Se impõe, essa forma foi observada?"; (iii) "Caso não observada, a decisão pode ser repetida ou retificada sem que ofenda o direito subjetivo dos interessados?"; (iv) "Caso não observada, o meio utilizado conseguiu realizar as finalidades da norma formal a contento, sem prejuízo para os interessados?"<sup>392</sup>

Por fim, o teste de processo, que é composto pelas indagações adiante transcritas: (i) "A decisão tomada pela autoridade ou pelo órgão competente foi precedida de processo?"; (ii) "Caso instaurado o processo a autoridade deu a ele a devida publicidade?"; (iii) "Caso instaurado o processo a autoridade ou o órgão competente vinculou-se à instrução [...] ao tomar a decisão?"; (iv) "O objetivo da decisão era a abertura de processo sancionatório ou a aplicação de penalidade administrativa?"; (v) "Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados pela autoridade ou pelo órgão competente para proporcionar aos interessados o direito de conhecer e contraditar a decisão antes que ela fosse tomada?"; (vi) "Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar os fundamentos acertados da decisão?"; (vii) "Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar o atendimento do interesse público ou a finalidade ínsita à decisão tomada?"<sup>393</sup>

Agora o plano da legalidade interna. A exposição é inaugurada pelo teste de motivo, que tem em perspectiva o erro manifesto, a consideração das provas coligidas, as valorações equivocadas e o postulado normativo aplicativo da proporcionalidade. Eis os questionamentos iniciais: (i) "A decisão foi motivada, ou seja, houve exposição dos motivos de fato e de direito para a fundamentação da decisão administrativa em causa?"; (ii) "Houve indicação de uma norma jurídica como fundamento da decisão?"; (iii) "A norma jurídica indicada como

<sup>391</sup> PEREZ, **Testes de legalidade**, p. 227.

<sup>392</sup> *Ibid.*, pp. 228–229.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. 239.

fundamento [da decisão] existe?"; (iv) "A norma jurídica indicada como fundamento [da decisão] é [mesmo] aplicável ao caso?"; (v) "Os fatos alegados [na decisão] existem?"; (vi) "Houve correta qualificação jurídica dos fatos?".<sup>394</sup>

Para o controle da qualificação jurídica dos fatos, mencionada no item "vi" do teste de motivo, Marcos Augusto Perez formula os seguintes quesitos: (i) "Os fundamentos da decisão são aferíveis e compreensíveis?"; (ii) "Há coerência nos fundamentos fáticos e jurídicos apontados na decisão?"; (iii) "A decisão tem consistência do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica?"; (iv) "Há coerência com precedentes administrativos?"; (v) "Há razoabilidade e proporcionalidade na articulação entre questões de fato e de direito?".<sup>395</sup>

O teste de objeto ou conteúdo tem esta configuração: (i) "O conteúdo do ato é compatível com a lei em vigor?"; (ii) "O conteúdo do ato é compatível com os regulamentos administrativos em vigor?"; (iii) "O conteúdo do ato é compatível com os precedentes jurisdicionais vinculantes?"; (iv) "A lei eventualmente aplicada é constitucional?"; (v) "O regulamento eventualmente aplicado é legal e constitucional?"; (vi) "O conteúdo do ato é compatível com os princípios gerais do direito administrativo?".<sup>396</sup>

O teste derradeiro é aquele destinado à identificação do desvio de poder ou de finalidade, ou teste de finalidade. As perquirições por ele exigidas são as seguintes: (i) "Há indícios de que a autoridade administrativa usou sua competência para o favorecimento de seus interesses pessoais?"; (ii) "Há indícios do favorecimento ou desfavorecimento de terceiros que mantenham algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal com a autoridade administrativa?"; (iii) "Há pluralidade de interesses ou a coincidência aleatória entre o interesse jurídico e os interesses pessoais do governante que justificariam a medida, aparentemente praticada em desvio de finalidade?"; (iv) "O interesse público a que se buscou verdadeiramente atender está diretamente relacionado com a decisão administrativa?"; (v) "As autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade?".<sup>397</sup>

Nem todos os elementos dos testes de legalidade são pertinentes ao controle da função normativa das agências reguladoras. O critério da delegação legislativa, por exemplo, que integra os quesitos do teste de competência, é absolutamente irrelevante porque as

---

<sup>394</sup> PEREZ, **Testes de legalidade**, p. 256.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 266.

competências normativas da Administração Pública são indelegáveis (art. 13, I, da Lei nº 9.784/1999). No que se refere ao teste de processo, descabe o empreendimento de iniciativas no sentido do aproveitamento do ato normativo, pois o processo normativo é condição de validade da norma regulatória, e a sua falta constitui vício insanável.

Entretanto, a imensa maioria dos articulados são de extrema valia para a objetivação e a uniformização do controle jurisdicional. As exigências ligadas à competência têm a virtude de facilitar o controle dos excessos de poder, na medida em que conduz à censura dos atos normativos cuja expedição haja resultado da exorbitância da atribuição legal da agência reguladora.

Dentre todos os testes apresentados neste item, o teste de forma é o que menos suscita perplexidade, pois as agências reguladoras não costumam empregar formas inadequadas para a revelação de sua função normativa. Em todo caso, a previsão de mecanismos assecuratórios da legalidade externa desempenha um papel de prevenção especial e, desta maneira, inibe condutas administrativas potencialmente desprovidas de aderência a esta expressão do bloco de juridicidade.

O teste de processo ostenta relevo singular, na exata medida em que se presta a assegurar tanto a abertura do procedimento quanto a adequação e a imparcialidade da instrução respectiva.

O juízo quanto à adequação da fase instrutória do processo administrativo é feito mediante as seguintes perguntas: (i) “A autoridade administrativa efetivamente se aplicou no exercício do dever de não deixar dúvidas sobre os fundamentos fáticos ou técnicos da decisão?”; (ii) “Os dados fáticos ou técnicos, constantes da instrução do processo, possibilitam que a decisão seja reexaminada [na via jurisdicional] [...]?”; (iii) “As provas produzidas foram adequadas em termos de compatibilidade material (técnica ou econômico-financeira) com o objeto da decisão administrativa?”; (iv) “As provas produzidas foram adequadas em termos de relevância e repercussão (impactos, externalidades) da decisão administrativa?”; (v) “Os interessados participaram da produção das provas? Puderam juntar provas e contraditar as provas produzidas pela Administração e pelos demais interessados?”.<sup>398</sup>

Por sua vez, o controle jurisdicional da imparcialidade da atividade instrutória da Administração Pública desenvolve-se a partir das seguintes perquirições: (i) “Houve impulso

---

<sup>398</sup> PEREZ, *Testes de legalidade*, p. 245.

oficial à instrução?"; (ii) "A autoridade se cercou de cuidados para divulgar o processo e facultou a todos os potencialmente interessados o direito de participar do processo e da produção da prova?"; (iii) "Possibilitou-se o contraditório em torno da prova?"; (iv) "Foram utilizados meios abrangentes de consulta e participação em casos envolvendo interesses coletivos ou difusos?"; (v) "Os meios de consulta e participação foram efetivos ou foram falseados ou falhos?"; (vi) "A autoridade se cercou de cuidados necessários para fazer contar [sic]<sup>399</sup> do processo as diferentes visões técnicas ou científicas a respeito do tema tratado, quando for o caso?"; (vii) "A autoridade se baseou em prova produzida somente por um grupo de interesses?"; (viii) "A prova possibilita a ponderação dos interesses envolvidos?"<sup>400</sup>

Insista-se que nem todas essas perguntas têm cabimento diante do controle jurisdicional da função normativa. Contudo, sublinhe-se o seu potencial para estimular a realização de análises de impacto regulatório, o uso escorreito dos instrumentos de participação administrativa e, de conseguinte, a integração material da sociedade ao processo normativo.

Os testes de conteúdo, motivo e finalidade são instrumentos de controle não apenas do aspecto formal da regulação econômica, como também de sua dimensão material. Entretanto, *por intermédio da padronização e da objetivação, eles proporcionam um controle deferente e autocontido*. A despeito do perigo envolto na admissibilidade de amplo controle sobre a existência e a qualificação jurídica dos pressupostos fáticos da regulação econômica, sobretudo no tocante aos requisitos da finalidade pública, compreensibilidade, da consistência e da proporcionalidade, um teste que estimule o respeito ao precedente administrativo tende a produzir externalidades positivas (cf. exemplo canadense da análise do modelo de controle, no item 3.5.2.4, *supra*).

---

<sup>399</sup> Erro ortográfico; o correto é o verbo "constar".

<sup>400</sup> PEREZ, **Testes de legalidade**, pp. 249–250.

### 3.7 AS NORMAS DE SEGUNDO GRAU INSCRITAS NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO — INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.655/2018

#### **3.7.1 Considerações preliminares: a busca pela segurança jurídica mediante a introdução dos deveres de contextualização fática e jurídica oponíveis às autoridades administrativas, controladoras e judiciais**

Os tópicos anteriores foram dedicados ao exame das normas que regulam os processos judiciais e os processos administrativos de produção normativa e adjudicação de conflitos intersubjetivos — *rulemaking* e *adjudication* (itens 3.5 e 3.6). Agora, o trabalho se ocupa do terceiro e último conjunto de parâmetros de direito positivo para o controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário. Este fragmento da dissertação tem em perspectiva as metanormas veiculadas pela Lei nº 13.655/2018, que ficou conhecida como Lei da Segurança Jurídica para a Inovação Pública.<sup>401</sup>

O aludido diploma legal acrescentou dez artigos (arts. 20 *et seq.*) ao Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB). Fê-lo com o propósito de fixar diretrizes mínimas de produção, interpretação e aplicação do direito público por autoridades administrativas, controladoras e judiciais, de modo a aumentar a qualidade das decisões estatais e incrementar a segurança jurídica no setor público, especialmente em benefício de agentes políticos e administrativos cujas práticas sejam direcionadas ao experimentalismo e à inovação.

Para Juliana Bonacorsi de Palma, os objetivos estabelecidos pelo legislador permitem identificar na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro uma autêntica “*lei de planos*, públicos e privados, que viabiliza o desenho de soluções jurídicas com maior criatividade e conforto decisório, trabalhando, assim, para a *inovação na esfera pública*”;<sup>402</sup> isto é, uma lei que reafirma a competência da Administração Pública para a produção e interpretação de normas jurídicas; dá a devida importância ao resultado da atividade hermenêutica desenvolvida pelo poder público; protege o administrador honesto contra potenciais investidas arbitrárias dos

---

<sup>401</sup> Esta rubrica é adotada, dentre outros, pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Juliana Bonacorsi de Paula, da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, *campus* de São Paulo.

<sup>402</sup> PALMA, Segurança jurídica para a inovação pública, p. 213.



órgãos de controle interno e externo; confere-lhe ampla margem para a adoção de soluções criativas e, de conseguinte, incrementa a segurança jurídica na sua tríplice dimensão de confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade — respectivamente, segurança jurídica no passado, no presente e no futuro, conforme a proposta de Humberto Ávila.<sup>403</sup>

A iniciativa legislativa consistente em subordinar a produção, a interpretação e a aplicação do direito público a um complexo de normas de segundo grau, isto é, de normas de sobredireito, constitui reação a alguns hábitos controversos, incrustados na cultura jurídica nacional, a exemplo da afirmação da superioridade dos princípios em face das regras, da excessiva valorização da burocracia estatal em detrimento da flexibilidade e da possibilidade de soluções adaptadas às peculiaridades do caso concreto, da redução dos espaços de ação administrativa discricionária e da sub-reptícia presunção de má-fé dos administradores públicos.<sup>404</sup>

Ainda que os novos dispositivos também mencionem a instância administrativa, os seus principais destinatários são o Poder Judiciário, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, que ainda insistem em motivar suas ações e decisões em poderes implícitos<sup>405</sup> ou, então, em poderes contemplados unicamente em regimentos internos e outros atos normativos infralegais — poderes autoconcedidos, convém sublinhar<sup>406</sup> —, e nesta medida impõem grandes desafios para agentes públicos investidos de função administrativa.

As locuções “metanormas” e “normas de segundo grau” evocam o conceito de postulados normativos aplicativos, que, segundo Humberto Ávila, são prescrições

<sup>403</sup> ÁVILA, *Teoria da segurança jurídica*, pp. 141–144.

<sup>404</sup> PAGANI DE SOUZA e ALENCAR, O dever de contextualização na interpretação e aplicação (...), p. 62.

<sup>405</sup> Para fundamentar decretos de indisponibilidade de bens e direitos de titularidade de pessoas físicas e jurídicas contratadas pelo poder público e acusadas de ilícitos com aptidão para causar prejuízos ao erário (por exemplo, as empreiteiras que formavam o consórcio investigado na operação “Lava Jato”), o Tribunal de Contas da União invoca as normas constitucionais que lhe cometem a fiscalização dos recursos públicos, a doutrina poderes implícitos e o poder geral de cautela conferido pela legislação processual civil aos juízes e tribunais judiciais (no processo penal, a disponibilidade desta prerrogativa é amplamente contestada pela literatura especializada). Por intermédio deste comportamento, a Corte de Contas confere interpretação extensiva ao art. 44, § 2º, da Lei nº 8.443/1992, que lhe atribui competência para decretar a indisponibilidade patrimonial do “responsável”, assim entendido o administrador de bens e dinheiros públicos. A questão está *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança 35.506. O placar do julgamento é amplamente favorável à tese que proclama admissibilidade da medida cautelar (seis votos a um). Aguarda-se a devolução dos autos pelo ministro Nunes Marques, que pediu vista em 11 de abril de 2022.

<sup>406</sup> É o caso da competência do Tribunal de Contas da União para fazer controle prévio das alienações de participação societária e das concessões e permissões de serviços públicos no contexto do Plano Nacional de Desestatização, cujo fundamento de validade é a Instrução Normativa nº 81/2018. Na elaboração deste ato regulamentar, o tribunal conferiu uma interpretação bastante lassa do art. 18, VIII, da Lei nº 9.491/1997 e do art. 6º, IV, da Lei nº 13.334/2016, para deles extrair cometimentos que não estão claramente previstos.

vocacionadas a estruturar a aplicação geral do direito, e não proibir, determinar ou facultar comportamentos. Nas palavras do autor:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas, que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).<sup>407</sup>

De acordo com Rodrigo Pagani de Souza e Leticia Lins de Alencar, as novas normas contemplam uma série de elementos de fato e de direito, com vistas à adequada interpretação e aplicação do direito público. De modo que contextualizar passa por considerar especificamente todos esses elementos.<sup>408</sup> Nas palavras destes autores:

O dever de contextualização reclama um esforço intelectual, portanto. Mas este esforço se expressa, ao cabo, na motivação da decisão estatal. O mesmo é dizer que a contextualização se manifesta na motivação do ato. Há um esforço intelectual para a contextualização que, afinal, deve ser explicitado na motivação da solução adotada, a que se chegou mediante tal esforço. Numa palavra: a contextualização, tanto fática como jurídica, normalmente se expressa na *motivação* dos atos públicos.<sup>409</sup>

Portanto, impõe-se ao controlador judicial a observância do dever de contextualização fática e jurídica instituído pelos arts. 20, 21, 22, 23, 24, 27, 29 e 30, que está imbricado com o dever de motivação dos comportamentos estatais, independentemente de se tratar de atos de administração ativa ou controladora.

O consequencialismo encampado pela Lei nº 13.655/2018 é um modelo de interpretação e aplicação do direito que suscita perplexidade, pois implica a alteração da estrutura normativa adotada pelo legislador, a modificação do significado previamente escolhido pelo legislador ou, ainda, a modificação ou a postergação das consequências antevistas pelo legislador.<sup>410</sup> Ao

<sup>407</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 164.

<sup>408</sup> PAGANI DE SOUZA e ALENCAR, O dever de contextualização na interpretação e aplicação (...), p. 53.

<sup>409</sup> *Op. cit.*, pp. 53–54.

<sup>410</sup> *Op. cit.*, p. 56.

recorrer a esta estratégia argumentativa, o intérprete molda o conteúdo ou a eficácia do direito positivo de acordo com as consequências práticas que pretende evitar ou promover.<sup>411</sup>

Entretanto, a opção legislativa pelo modelo consequencialista e pragmático está consumada, e até que venha a ser julgada inconstitucional em sede de controle difuso ou concentrado, deve ser acatada pelas esferas administrativa, controladora e judicial.

A par disto, ainda que não se preste a eliminar o risco de decisões impregnadas de idiosincrasia, a exigência de motivação substancial faz instaurar um ambiente permeável aos mecanismos de controle administrativo, de contas, ministerial público e jurisdicional, a exemplo dos recursos hierárquicos previstos nas leis de processo administrativo ou, no limite, fundamentados no direito constitucional de petição, dos recursos previstos nas leis processuais civis e das ações autônomas de impugnação de comportamentos administrativos (mandado de segurança, *habeas data*, ação civil pública, ação popular etc.).

### 3.7.2 O dever de contextualização fática e seus reflexos sobre a fundamentação das decisões judiciais

A análise tem como ponto de partida os dispositivos que consagram o dever de contextualização fática (arts. 20, 21 e 22), de cujas prescrições podem ser hauridos alguns “testes de deferência”.<sup>412</sup>

Por intermédio do art. 20, o legislador apela ao método consequencialista de interpretação e aplicação do direito, bem assim ao postulado da proporcionalidade.<sup>413</sup> O *caput* interdita às esferas administrativa, controladora e judicial a prolação de decisões fundamentadas unicamente em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados — apresentados sob a roupagem de “valores jurídicos abstratos” —, sem o devido exame das consequências que a

<sup>411</sup> ÁVILA, *Constituição, liberdade e interpretação*, p. 56.

<sup>412</sup> PALMA, *Segurança jurídica para a inovação pública*, p. 232. A autora afirma que a impossibilidade de o controlador cumprir o dever de contextualização estabelecido pelos dispositivos legais desencadeia um controle deferente. Nas suas palavras, “[n]ão podendo o controlador cumprir com os ônus argumentativos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada”. Esta dissertação não acolhe integralmente a tese em referência, pois parte da premissa segundo a qual a função jurisdicional é incompatível com o dever de indicação de condições para o saneamento ou a ratificação de atos, contratos, processos e normas da Administração Pública.

<sup>413</sup> MARQUES NETO e FREITAS, *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, pp. 37–42.

deliberação possa projetar sobre a realidade fenomênica. O parágrafo único condiciona os julgamentos judiciais e administrativos, inclusive os emanados de Tribunais de Contas — que não exercem função jurisdicional —, a um prévio teste de proporcionalidade. A referência legal ao binômio adequação–necessidade e a omissão da proporcionalidade em sentido estrito não deve ser considerada silêncio eloquente do legislador, e sim expressão de uma compreensível ausência de familiaridade com o método científico.<sup>414</sup>

A estratégia consequencialista aproxima o intérprete e o aplicador do direito do cotidiano de quem é afetado pela decisão administrativa, controladora e judicial. Por seu intermédio, o conteúdo ou a força do direito são moldados conforme as consequências práticas que se pretende evitar ou promover, ainda que para tanto seja necessário adaptar a estrutura normativa diretamente aplicável ou, então, mitigar os princípios fundamentais imediatamente aplicáveis à matéria e os efeitos produzidos nos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais.<sup>415</sup> O postulado da proporcionalidade se destina à contenção dos excessos estatais mediante um juízo de correspondência entre meios e fins.

As mencionadas diretrizes hermenêuticas estão umbilicalmente ligadas àquelas plasmadas nos arts. 21 e 22, alusivas à invalidação e à interpretação das normas de direito administrativo e, em geral, de direito público. Nestes dispositivos, o pragmatismo e o consequencialismo jurídico estão igualmente presentes.

De acordo com o *caput* do art. 21, a decisão de invalidade acerca de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deve indicar as “consequências jurídicas e administrativas” que seja capaz de irradiar. O parágrafo único estabelece que, sendo possível, a autoridade investida da função de controle deve especificar as condições de convalidação ou saneamento do provimento administrativo defeituoso, de modo que o resultado da ação corretiva seja “proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Por fim, o art. 22, *caput*, estatui que “[n]a 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”. O § 1º dispõe que, “[e]m

---

<sup>414</sup> Os substantivos “subprincípios” estão entre aspas porque esta dissertação identifica na proporcionalidade e em suas derivações postulados normativos aplicativos.

<sup>415</sup> ÁVILA, **Constituição, liberdade e interpretação**, p. 56.

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.” Os §§ 2º e 3º não têm pertinência com a pesquisa, visto que se ocupam da instituição de créditos de dosimetria das sanções administrativas.

De acordo com o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “[n]a indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” (art. 3º, § 2º); a par disso, “[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” (art. 4º, § 1º).

Nessa linha de intelecção, é correto afirmar que o controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras está sujeito a uma nova ordem de limites e condicionamentos, e somente poderá ser reputado válido se resultar de uma análise cuidadosa da realidade empírica subjacente ao processo judicial, abrangente dos obstáculos antepostos ao regulador, inclusive no plano da política pública que lhe caiba implementar (exigências de ordem técnico-científica, defasagem no quadro de pessoal técnico da agência, contingenciamento das dotações orçamentárias etc.). Exige-se do julgador, no mínimo, a aplicação do teste de proporcionalidade para a aferição das externalidades que sua decisão desencadeará sobre as situações jurídicas derivadas dos vínculos estabelecidos entre o Estado e os particulares.

### **3.7.3 A parcial incompatibilidade da função jurisdicional com os deveres de estimação das consequências jurídicas e administrativas do juízo de invalidade e de apontamento das condições para o saneamento dos defeitos de legalidade**

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não interdita o manejo de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados para a motivação das decisões judiciais — e nem poderia fazê-lo validamente, porque o ordenamento jurídico brasileiro não se limita a prescrições que enunciam regras. Tampouco se pretende um fator dissuasório do exercício

independente da função revisional cometida a juízes e tribunais judiciais, a qual pressupõe liberdade e autoridade para a determinação do sentido e alcance dos comandos constitucionais, legais e regulamentares.

*Grosso modo*, o objetivo último do diploma legal em referência consiste em exortar as autoridades administrativas, controladoras e judiciais à assunção de compromissos responsáveis com o plano dos fatos e do direito e, simultaneamente, à ruptura com um modelo epistêmico obsoleto, subordinado a um regime jurídico monolítico estribado em considerações apriorísticas de supremacia e indisponibilidade de um interesse público dentro de cujo âmbito semântico o intérprete e o aplicador podem inserir tudo aquilo que anelam, mesmo que para tanto devam estar à margem da Constituição, das leis, dos regulamentos e das políticas públicas.

Entretanto, o espaço de decisão conferido às autoridades judiciais não lhes permite ir além daquilo que constitui a essência mesma da função jurisdicional, a saber: a resolução dos litígios segundo as bitolas do pedido, da causa de pedir, da separação dos poderes e do desenho institucional do Poder Judiciário.

Os deveres de estimação das consequências jurídicas e administrativas do juízo de invalidade e de apontamento das condições para o saneamento dos defeitos de legalidade glosados devem ser interpretados *cum grano salis*, pois os juízes e tribunais não desempenham atividade consultiva. Faltam-lhes competência e mesmo capacidade institucional para dizer como o poder público deve satisfazer as necessidades coletivas.

O núcleo essencial da função jurisdicional radica na solução estatal ou arbitral imparcial, imperativa e definitiva de conflitos de interesse qualificados por uma pretensão resistida. Desta peculiar manifestação da soberania política pode resultar a certificação de uma situação jurídica (tutela declaratória), a imposição do dever de cumprimento forçado de uma prestação economicamente apreciável (tutela condenatória), a criação, a modificação ou a extinção de uma situação jurídica (tutela constitutiva), a preservação de uma situação jurídica sob ameaça atual ou iminente (tutela cautelar) e, ainda, a satisfação de uma prestação reconhecida por provimento jurisdicional condenatório ou por documento a que a lei atribua a força de título executivo extrajudicial (tutela executiva). Qualquer deliberação que transcenda estas possibilidades dificilmente se conformará ao conceito de jurisdição em sentido estrito, constitucional e técnico-processual.

Portanto, para que cumpra o dever de motivação qualificada — “explícita, clara e congruente”, na dicção do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999 — no tocante à estimativa das consequências jurídicas e administrativas, é suficiente que o juiz exerça a sua competência decisória com responsabilidade e tenha em perspectiva os desdobramentos factuais e jurídicos de seus provimentos. “Não se trata de ilação nem de futurologia, mas sim de responsabilidade no exercício da função pública. Se há um negócio jurídico a ser invalidado, e se há direitos que serão impactados, então é dever do julgador indicar as consequências de sua decisão.”<sup>416</sup>

Um exemplo óbvio da aplicação do dispositivo, e que pode ser verificado diariamente, envolve a invalidação de contratos administrativos. À luz da disciplina trazida pelo projeto, a autoridade pública julgadora que determinar a invalidação deverá igualmente definir se o ordenamento jurídico garante ou não a preservação de alguns dos efeitos do contrato, como, por exemplo, se os terceiros de boa-fé impactados terão seus direitos garantidos. Deverá, ainda, decidir se é ou não o caso de pagamento de indenização ao particular que já executou as prestações, conforme disciplinado pelo artigo 59 da Lei 8.666/1993. Ou seja, deverá agir de forma responsável diante da sua competência decisória.<sup>417</sup>

A dificuldade maior está na compatibilização da função jurisdicional com a exigência legal de contextualização fática mediante a indicação judicial das condições para o saneamento dos vícios de legalidade (art. 21, parágrafo único). Neste ponto reside o dilema entre o ideal de segurança jurídica, transversal à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o direito processual civil como técnica de tutela de direitos subjetivos essencialmente limitada à certificação ou à desconstituição de situações jurídicas inválidas (tutelas declaratória e constitutiva negativa) ou, ainda, à compensação ou reparação econômica de danos resultantes de comportamentos estatais. Isto pelas circunstâncias, já enunciadas nalgumas passagens desta dissertação, de que ao Poder Judiciário não compete o aconselhamento de particulares ou de entidades públicas e, de resto, falta-lhe expertise para interferir em setores mais complexos da atividade administrativa.

Exemplifique-se com a hipotética decretação de invalidade de ato normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que haja instituído critérios para o registro de medicamentos de procedência estrangeira. Ainda que eventualmente disponham de elementos para desconstituir o ato normativo da agência setorial (vício formal ou, então, vício material específico, com aptidão para acarretar a invalidade de todo o ato normativo), juízes e tribunais jamais estarão em condições de ditar os rumos de futuro processo normativo. Quando muito, poderão realizar consultas e audiências públicas, mas ainda assim não estarão qualificados para

<sup>416</sup> MARQUES NETO *et al.*, Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica (...), p. 295.

<sup>417</sup> *Ibid.*, pp. 295–296.

a atividade de regulação econômica, cujo desempenho reclama o domínio de conhecimentos técnico-científicos e o acesso a informações indisponíveis aos magistrados.

### **3.7.4 O dever de contextualização jurídica e os seus reflexos sobre o direito intertemporal: a regra da irretroatividade e os regimes de transição**

Além de estarem jungidas a um dever de contextualização fática, as autoridades administrativas, controladoras e judiciais também se submetem a um amplo dever de contextualização jurídica previsto nos arts. 23, 24, 27, 29 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O ponto de partida desta etapa da dissertação é o art. 30. Em seu *caput*, o dispositivo legal contempla um dever de incremento da segurança jurídica mediante a edição de atos administrativos normativos. No parágrafo único, incorpora ao direito positivo brasileiro a regra da autovinculação administrativa, que no direito público norte-americano é denominada princípio do *Arizona Grocery*.<sup>418</sup>

Na forma da lei, a Administração Pública está sujeita a um dever geral de normatização que a constrange à emanção de regulamentos, à edição de súmulas da jurisprudência predominante nos tribunais administrativos e ao oferecimento tempestivo de respostas a consultas formuladas pelos interessados que tenham exercitado o direito constitucional de petição.

O produto desta atividade normativa em sentido amplo tem eficácia vinculante interna até ulterior revisão, que, no entanto, desencadeará efeitos meramente prospectivos. Assim sucede, pois o princípio geral da irretroatividade abrange a totalidade das ações estatais,<sup>419</sup> ressalvadas as normas mais benéficas de direito penal e de direito administrativo sancionador

---

<sup>418</sup> CUNHA FILHO, ISSA e SCHWIND (Coords.), **Lei de Introdução (...)**, v.2, p. 478; SUNSTEIN e VERMEULLE, **Lei e Leviatã**, pp. 95–101.

<sup>419</sup> A par de sua sede constitucional (art. 5º, XXXVI), o princípio da irretroatividade está plasmado em diversos diplomas legais continentais de regras de direito administrativo, a exemplo da própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 24) e da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, XIII).



*(novatio legis in melius)*.<sup>420</sup>

Segue-se daí que os julgamentos do Poder Judiciário devem obediência aos atos normativos infralegais conformes à Constituição e às leis invocadas pelo regulador como fundamento de validade de sua capacidade normativa de conjuntura. Na ausência de empecilhos de ordem constitucional ou legal, juízes e tribunais não podem se distanciar dos enunciados que pautam a ação administrativa, sob pena de usurpação de função pública, violação ao princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, infringência ao bloco de juridicidade a que os órgãos e as entidades da Administração Pública se acham vinculados.

Uma vez mais, ilustre-se com o rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar. À mingua de ofensa direta às normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam os serviços de saúde suplementar, o Poder Judiciário deve respeitar a regulação administrativa. O julgamento de eventual demanda que postule a decretação de invalidade das restrições plasmadas na norma regulatória deve ser autocontido.

Embora não haja proibição apriorística a que a autoridade judiciária faça uma análise mais aprofundada do problema submetido a seu escrutínio, eventual controle forte deve ser precedido de uma atividade cognitiva plena, abrangente de todas as variáveis que o regulador tem de considerar. Com efeito, é imperativo que o juiz assuma os ônus do regulador, dentre eles a escrupulosa observância dos atos normativos revestidos de eficácia vinculante interna (autovinculação administrativa).

Na impossibilidade de cumprir os regulamentos administrativos e econômicos em virtude de defeitos de constitucionalidade ou legalidade, o Poder Judiciário tem o dever exercitar um controle compatível com a dimensão retrospectiva da segurança jurídica, isto é, um controle que, mais ou menos intenso, não atente contra a proteção outorgada à confiança legítima, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF).

Essa tendência está em fase adiantada de assimilação. Pesquisas empíricas demonstram que os Tribunais Superiores têm sido cada vez mais deferentes à regulação econômica. Estudo de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, conduzido por Tércio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Paulo Furquim de Azevedo, demonstrou que, no

---

<sup>420</sup> Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no RMS n. 65.486/RO, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 17/08/2021; REsp 1.153.083/MT, rel. p/ acórdão min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 06/11/2014.

período de 1994 a 2010, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal chancelaram interpretações e decisões de agências reguladoras em 80% dos casos em que a cognição judicial transpôs as barreiras formais e avançou sobre o mérito da função regulatória estatal.<sup>421</sup>

A despeito de os dados resultarem de investigações científicas feitas há mais de uma década, a postura deferencial da cúpula do Poder Judiciário tem sido intensificada por sucessivas declarações, concretas ou incidentais, de constitucionalidade da função normativa das agências reguladoras. Nesses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal faz uma interpretação rígida da teoria da separação dos poderes e alude ao argumento das capacidades institucionais para encarecer a expertise do poder público para o encaminhamento de assuntos técnico-científicos.<sup>422</sup>

A relutância ao cumprimento das normas produzidas pelas agências reguladoras é maior nas instâncias ordinárias, em especial no primeiro grau de jurisdição. Juízes estão mais inclinados a conceder tutelas provisórias cautelares ou satisfativas para, durante o trâmite processual, preservar bens e interesses expostos a perigo de dano irreparável ou de difícil reparação pela simples vigência ou, então, pela concretização da eficácia social das normas regulatórias.<sup>423</sup>

No entanto, o problema do ativismo judicial transcende as fases iniciais do procedimento. Ele também se manifesta nas sentenças de mérito, que frequentemente interferem em políticas sociais e econômicas com fundamento em avaliações subjetivas, estribadas em má aplicação da teoria dos princípios. Daí a importância das metanormas publicísticas acrescentadas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, como afirmado, operam como verdadeiros “testes de deferência” e militam em favor da autocontenção judicial.

Afora a submissão a um genérico direito fundamental à segurança jurídica oponível à atividade normativa desenvolvida pelos poderes políticos e administrativos, a função jurisdicional é limitada pela metanorma inscrita no *caput* do art. 24, que reverbera a regra da

---

<sup>421</sup> MARANHÃO, A revisão judicial de decisões das agências regulatórias, p. 25.

<sup>422</sup> Conforme mencionado anteriormente, ao menos em três julgamentos relativamente recentes, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a função normativa das agências reguladoras independentes: ADI 1.668, rel. min. Edson Fachin, Pleno, j. 01/03/2021; ADI 4.874, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 01/02/2018; ADI 4.923, rel. min. Luiz Fux, Pleno, j. 08/11/2017).

<sup>423</sup> WANG, PALMA e COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, p. 300.

irretroatividade<sup>424</sup> ao estabelecer que a revisão de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas deve ser levada a termo na perspectiva das “orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”. O conceito de orientações gerais é dado pelo parágrafo único, que as define como “as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não discrepa do entendimento, já consolidado no plano jurisprudencial, de que inexistente direito adquirido à imutabilidade de um determinado regime jurídico.<sup>425</sup> Por evidente, seu objetivo não consiste em embaraçar o exercício original ou derivado da função normativa pelo poder público, para o efeito de instituir ou aprimorar as normas regulatórias que sejam reclamadas pela conjuntura, política, econômica e social. Antes, ela estimula a inovação e, em paralelo, oferece salvaguardas para o administrador público disposto a se afastar da já obsoleta vinculação positiva à lei formal, para operar segundo as balizas da juridicidade administrativa.

Contudo, as eventuais modificações das práticas normativas, decisórias e consuetudinárias da Administração Pública devem ter caráter prospectivo, de modo a preservar os atos e negócios jurídicos celebrados na vigência de normas derogadas ou ab-rogadas (art. 23, *caput*), isto é, os atos jurídicos perfeitos e os correspondentes direitos adquiridos.

A imposição de novos limites ou condicionamentos de direitos subjetivos, além da mencionada eficácia *ex nunc*, deve ser associada a regimes de transição, que podem consistir em modulação de efeitos, compensação financeira, ajuda de adaptação e cláusulas de exceção e opção (arts. 23 e 27, LINDB e art. 927, § 3º, CPC). Estes regimes de transição podem resultar do consenso dos interessados. Na falta de acordo, eles podem ser fixados unilateralmente pelo juiz, que deverá estabelecer contraditório prévio à adoção da solução heterônoma.

A compensação financeira corresponde a um pagamento em dinheiro ao prejudicado

---

<sup>424</sup> A regra da irretroatividade das leis — que em verdade é uma regra de irretroatividade das normas em geral — encontra temperamentos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite a retroatividade mínima das normas constitucionais federais, que podem atingir efeitos futuros de atos ou negócios jurídicos que tenham por objeto relações continuativas ou de trato sucessivo (RE 242.740, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. 20/03/2001; AI 258.337 AgR, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. 06/06/2000; RE 161.320, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. 25/08/1998).

<sup>425</sup> STF, ARE 1.363.324 AgR, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 13/06/2022; STJ, AgInt no RMS 66.565/GO, rel. min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 25/4/2022.

pela alteração de uma situação jurídica outrora estável. Seu cabimento é limitado às hipóteses em que haja expectativa legítima na manutenção e na estabilidade da situação submetida à revisão judicial.<sup>426</sup>

A ajuda de adaptação é uma técnica que pode assumir vários tipos e formas, a depender do bem a ser protegido e do âmbito do direito material afetado. A título de exemplo, cite-se a concessão de subvenções de adaptação ou de outras compensações financeiras *in natura*, como ocorre com certos modelos de tributação com finalidade não arrecadatória, fortes no escopo de estimular ou obter compensação por alguma medida pública. A ajuda de adaptação distingue-se da compensação financeira porque pode se prolongar no tempo e não se limita à compensação de prejuízos líquidos ou liquidáveis.<sup>427</sup>

A cláusula de exceção consiste na preservação da norma modificada para aqueles que exerciam posições jurídicas dignas de proteção anteriormente ao desfazimento do ato (exceção subjetiva) ou, ainda, na imunização de certos comportamentos ou efeitos jurídicos, que ficam excluídos da nova regulação (exceção objetiva).<sup>428</sup>

Por fim, a cláusula de opção é aquela por meio da qual se faculta ao interessado escolher entre o regime modificado e o modificador, vedada, no entanto, a combinação de regimes.<sup>429</sup>

Em resumo, o controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras independentes está sujeito aos limites e condicionamentos que irradiam do dever de contextualização jurídica plasmado nos arts. 23, 24, 27, 29 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os quais podem ser resumidos no dever geral de normatização, na autovinculação administrativa, na irretroatividade das normas e interpretações administrativas e na obrigatoriedade de que as mudanças de entendimento sejam acompanhadas de regimes de transição passíveis de implementação mediante modulação de efeitos, compensação financeira, ajuda de adaptação, cláusula de exceção e cláusula de opção.

---

<sup>426</sup> CABRAL, *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*, pp. 225–231.

<sup>427</sup> *Ibid.*, pp. 232–234.

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 238.

## 4 PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DE CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO

### 4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os dois capítulos iniciais abordaram institutos fundamentais para o alcance do objetivo último do trabalho, que — como já foi dito em passagens anteriores — consiste na identificação e ulterior sistematização dos parâmetros de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário.

O capítulo primeiro enfocou a teoria da separação dos poderes e o princípio da legalidade administrativa na perspectiva do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, a função normativa das agências reguladoras no macrocontexto da atividade normativa do Poder Executivo e do processo de desestatização e privatização deflagrado pelo Governo Federal em meados da década de 1990 e, finalmente, a legitimidade democrática da expressão normativa da regulação econômica.

O capítulo segundo situou o modelo brasileiro no interior dos principais sistemas de controle jurisdicional da Administração Pública catalogados pela literatura nacional e estrangeira de direito administrativo, explorou o conflito estabelecido entre o ativismo e a autocontenção judicial e refletiu sobre a maior proximidade entre as regras e o sobreprincípio da segurança jurídica. Para a definição de segurança jurídica, adotou-se a orientação de Humberto Ávila, que alude à tríade confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade, respectivamente, segurança jurídica no passado, no presente e no futuro.<sup>430</sup>

O capítulo terceiro foi integralmente dedicado à identificação dos parâmetros que juízes e tribunais devem observar ao controlar a validade dos atos normativos emanados das agências reguladoras. A investigação científica teve início com o inventário das mais amplamente difundidas doutrinas deferenciais da Suprema Corte dos Estados Unidos — *hard look review doctrine* e doutrinas *Chevron* e *Skidmore*. Seguiu-se, então, o estabelecimento de um diálogo

---

<sup>430</sup> ÁVILA, Teoria da segurança jurídica, pp. 141–144.

entre tais orientações jurisprudenciais e o sistema brasileiro de controle jurisdicional da regulação econômica. Ao depois, advogou-se a incompletude das estruturas dogmáticas simplificadoras e das análises institucionais comparativas habitualmente adotadas, aqui e alhures, tanto por publicistas quanto pela jurisprudência judicial e administrativa. Por fim, expuseram-se os critérios processuais e materiais plasmados na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na legislação processual civil estravagante, na Lei nº 9.784/1999, nas leis e regulamentos setoriais, na Lei nº 13.848/2019, na Lei nº 13.874/2019, nos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que regulam a criação, a interpretação e a aplicação do direito público, no Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e no Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório.

Ultimada a identificação dos parâmetros de controle disponíveis no ordenamento jurídico, resta, agora, sistematizá-los. A proposta que será apresentada a seguir consiste em um apelo ao legislador federal,<sup>431</sup> a juízes e a tribunais, para que reflitam sobre a importância da padronização do controle jurisdicional, de modo a torná-lo operacional, previsível e isento de subjetivismo e, nesta medida, conforme aos ideais de integridade e coerência do direito.

Os metacritérios eleitos são a predominância do controle procedimental; a importância de o controlador judicial ter acesso aos autos do processo administrativo normativo, especialmente nos casos em que a invalidade resulte da omissão de formalidade essencial prevista em lei ou regulamento; e a exigência de motivação qualificada para assegurar o cumprimento dos deveres de contextualização fática e jurídica introduzidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A ênfase no controle procedimental tem três focos principais. O primeiro é a necessidade de acomodação das exigências que resultam dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscritos nos arts. 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal, respectivamente. O segundo consiste no esforço de concretização do dever de processualidade que emana das normas previstas sobretudo — embora não exclusivamente — na Lei nº 9.784/1999, na Lei nº 13.848/2019, nas leis setoriais de regulação econômica e nos respectivos decretos de execução. O terceiro é a inclinação dos Tribunais Superiores por um controle eminentemente formal das normas administrativas de regulação econômica, de

---

<sup>431</sup> Compete privativamente à União, por intermédio do Congresso Nacional, com a sanção do presidente da República, legislar sobre direito processual (arts. 22, I, e 48, *caput*, CF).

maneira que se prestigie a expertise das agências reguladoras e se admita que, em perspectiva comparativa, o Poder Judiciário não é o arranjo institucional mais capacitado para o enfrentamento de questões técnico-científicas (argumento das capacidades institucionais).

O reconhecimento da importância de o controlador judicial ter acesso aos autos do processo administrativo normativo, especialmente nos casos em que a invalidade resulte da omissão de formalidade essencial, constitui desdobramento do enfoque procedimental e, simultaneamente, exigência probatória. A conclusão é no sentido de o órgão competente para esquadrihar o processo administrativo normativo deve ter acesso aos documentos que lhe conferem existência material, os quais constituem elemento probatório dotado de essencialidade ou relevância para a formação do convencimento judicial.

Por fim, a exigência de motivação qualificada para assegurar o cumprimento dos deveres de contextualização fática e jurídica é corolário lógico das normas de segundo grau introduzidas pela Lei nº 13.655/2018. Aqui, firma-se compreensão de que, sob o ângulo do método consequencialista encampado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (arts. 20 *et seq.*), a revelação explícita, clara e congruente dos fundamentos de fato e de direito da ação regulatória estatal é condição *sine qua non* do respectivo controle de legalidade.

As proposições legislativas e as disposições legais tendentes elevar os aludidos metacritérios ao nível de regra de direito positivo seguramente enfrentarão resistências fundamentadas nas normas constitucionais que tutelam a amplitude do acesso à justiça, a moralidade administrativa, a independência judicial etc.

O prognóstico tem base empírica. Basta lembrar dos acontecimentos que antecederam a sanção, a promulgação e a publicação da Lei nº 13.655/2018, marcados pelas manifestações de inconformidade da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União,<sup>432</sup> do Ministério Público Federal<sup>433</sup> e das associações de classe dos juízes federais, dos juízes do trabalho e dos diversos ramos do Ministério Público brasileiro.<sup>434</sup>

---

<sup>432</sup> Análise Preliminar do PL 7.448/2017, emanada da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União.

<sup>433</sup> Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, de autoria da Primeira, Segunda, Terceira, Quarta, Quinta e Sétima Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

<sup>434</sup> Ofício Anamatra nº 219/2018, subscrito pelos presidentes da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait).

Entretanto, não é concebível que conveniências estamentais suplantem a necessidade de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional do Estado. Apesar de objeções eventualmente levantadas pelos mais diversificados setores da comunidade jurídica nacional, o processo legislativo, os processos judiciais de controle abstrato de constitucionalidade e os processos judiciais subjetivos terão de transcender a retórica “preguiçosa” dos princípios<sup>435</sup> e as análises eventualmente corporativas, para incluir em seu juízo de ponderação os valores embutidos nas normas que consagram a segurança jurídica, a separação dos poderes, a existência dos espaços de autonomia administrativa etc.

#### 4.2 A PREDOMINÂNCIA DO CONTROLE PROCEDIMENTAL

O primeiro metacritério de sistematização dos parâmetros de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário consiste na predominância do enfoque procedimental e, portanto, na afirmação do caráter subsidiário da revisão judicial dos aspectos materiais da regulação econômica.

De acordo com a argumentação desenvolvida ao longo da dissertação, a aludida estratégia de análise tem a virtude de acomodar as exigências de limitação da potestade pública, tutela da liberdade individual e garantia da eficiência do Estado mediante a especialização funcional — transversais à norma constitucional que define a partilha do poder político entre os distintos órgãos da soberania — e o direito fundamental processual à proteção judicial efetiva (cf. arts. 2º e 5º, XXXV, CF).

Semelhante abordagem estimula a autocontenção e a deferência judicial, na medida em que constitui uma exortação a que os órgãos do Poder Judiciário respeitem os espaços de autonomia assegurados à Administração Pública para a produção de conteúdos normativos, decisórios e interpretativos de índole discricionária e técnico-científica. Simultaneamente, confere legitimidade ao controle jurisdicional de comportamentos administrativos desviantes

---

<sup>435</sup> SUNDFELD, **Direito administrativo para céticos**, pp. 205-229. Nessa passagem, sob a rubrica “Princípio é preguiça?”, o autor critica a superficialidade e a precariedade de uma parcela significativa das decisões judiciais fundamentadas em princípios jurídicos. Para solucionar o grave problema que daí resulta, propõe dois critérios: o ônus da competência e o ônus do regulador. O assunto foi abordado no capítulo 2, item 2.2, parte final, para o qual se remete o leitor.



das balizas procedimentais e materiais plasmadas na Constituição, nas leis e nos regulamentos gerais e setoriais, cuja aferição não demande a especialização funcional dos organismos a que foi cometido o desempenho da função de regulação pública da economia.

Ao proclamar o direito de acesso à justiça para precitar o indivíduo ou a coletividade contra ameaças atuais e iminentes ou, ainda, para reparar lesões já consumadas a situações subjetivas individuais ou transindividuais, a Constituição Federal interdita formulações inclinadas a defender um controle judicial obrigatoriamente deferente a normas, decisões e interpretações administrativas ou, então, um controle judicial exclusivamente formal dos atos normativos emanados das agências reguladoras e, de resto, das entidades administrativas desprovidas deste rótulo, mas igualmente dotadas de autonomia reforçada.

O aludido fundamento constitucional torna o sistema brasileiro de controle jurisdicional da Administração Pública impermeável à *statutory preclusion of judicial review* do direito norte-americano, por meio da qual algumas leis impõem que os tribunais sejam deferentes a interpretações promovidas por agências administrativas e, de conseguinte, limitam sobremaneira o espectro do controle judicial.<sup>436</sup> Ele igualmente proscreve, entre nós, a aplicação direta e imediata das doutrinas deferenciais concebidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos,<sup>437</sup> que somente podem atuar como fontes de inspiração para a produção legislativa, como fundamentos coadjuvantes de decisões judiciais ou, ainda, como técnicas auxiliares de interpretação judicial do direito interno (cf. item 3.2).

Contudo, daí não se segue que a regra da inafastabilidade do controle jurisdicional seja absoluta ou incondicionada. A par dos limites estabelecidos pelo direito processual civil — nomeadamente os pressupostos processuais e as condições da ação —, existem espaços de autonomia legislativa e administrativa impenetráveis ao órgão judicial.

Nos domínios das funções legislativas e judicantes do Poder Legislativo, é conhecida e prevalente a tese da insindicabilidade judicial das interpretações regimentais, qualificadas como questões *interna corporis*, e da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Senado Federal no

---

<sup>436</sup> WANG, PALMA e COLOMBO, Revisão judicial dos atos das agências reguladoras, pp. 273–274.

<sup>437</sup> As principais doutrinas deferenciais norte-americanas foram construídas no julgamento dos casos *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.* (doutrina *Chenery*), *Skidmore v. Swift & Co.* (doutrina *Skidmore*), *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (doutrina *Chevron*) e *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual* (precedente responsável pelo acréscimo do “passo zero” à doutrina *Chevron* e pela identificação de situações em que é descabida a deferência judicial à interpretação administrativa — interpretações não precedidas de *notice and comment rulemaking* e adjudicações informais).

processo e julgamento dos crimes de responsabilidade atribuídos às autoridades referidas no art. 52, I e II, da Constituição Federal.<sup>438</sup> Quando se trata de supervisionar o desempenho da função administrativa do Estado, o controle judicial é eliminado ou severamente atenuado diante de atos de governo, atos administrativos discricionários e avaliações técnicas complexas insitas à regulação econômica, naquilo que confirmam densidade à reserva de administração.<sup>439</sup>

Os adeptos do ativismo judicial e da doutrina brasileira da efetividade das normas constitucionais não se intimidam diante de discursos mais intensamente comprometidos com o equilíbrio entre os poderes estatais, com os argumentos da especialização funcional e das capacidades institucionais, com a autocontenção judicial e com a incolumidade dos espaços de autonomia garantidos pelas reservas constitucionais de lei e administração. Juristas e operadores do direito alinhados a tais correntes de pensamento tendem a detectar no pendor contramajoritário da função jurisdicional *tout court*, e não apenas da jurisdição constitucional, o fundamento de validade da concretização judicial de direitos constitucionais e, de conseguinte, a atenuar a necessidade de prévias injunções legislativas e administrativas.

Contudo, essa percepção é equivocada, pois faz *tabula rasa* de todo um esquema de organização institucional montado a partir de um arquétipo que, a um só tempo, encarece a independência e a harmonia entre os poderes estatais (art. 2º, CF). O excesso de protagonismo judicial e a decorrente usurpação judicial de funções legislativa e administrativa são circunstâncias que denunciam a supervalorização da independência do órgão jurisdicional e o desprezo pelo equilíbrio que há de perpassar o relacionamento interorgânico no Estado Democrático de Direito.

A alternativa ao paradigma ativista consiste na instituição de um padrão decisório que sublinhe a dimensão procedimental da regulação econômica. Este modelo direciona os esforços iniciais do órgão jurisdicional para a verificação do cumprimento dos requisitos formais instituídos por leis e regulamentos gerais ou setoriais para a edição de atos normativos ou para a adjudicação de conflitos intersubjetivos.

Conquanto esteja atenta ao teor essencialmente jurídico de outros tantos aspectos da

---

<sup>438</sup> O inciso I do dispositivo constitucional alude ao presidente e ao vice-presidente da República e aos ministros de Estado, quando as infrações político-administrativas objeto da acusação sejam conexas às imputadas ao mandatário da nação ou a seu vice. Por sua vez, o inciso II alude aos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao procurador-geral da República, ao advogado-geral da União e aos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

<sup>439</sup> RAMOS, **Ativismo judicial**, pp. 154 *et seq.*; *Op. cit.*, caps. 2, 3 e 4.

regulação econômica, a aludida estratégia parte da premissa de que o procedimento é a mais acentuada revelação da juridicidade administrativa controlável na via judicial — e, assim, com muita limitação, encampa as análises institucionais comparativas referidas por Eduardo Jordão<sup>440</sup> e a teoria dos graus de vinculação à juridicidade, de Gustavo Binbenbojm.<sup>441</sup>

Reconhecida a predominância do controle procedimental, a meta inicial do Poder Judiciário no controle da função normativa das agências reguladoras passa a ser a fiscalização do cumprimento do devido processo normativo por tais entidades administrativas. Cumpre-lhe, assim, sindicair a totalidade do procedimento, que ordinariamente é composto das seguintes fases: (i) fase preliminar, destinada à adequação da futura regulação ao plano estratégico, ao plano de gestão anual e à agenda regulatória e, subsequentemente, à realização de avaliação de impacto regulatório; (ii) fase de iniciativa, que pode ser deflagrada pela Administração Pública, de ofício, ou, então, mediante provocação de terceiro interessado; (iii) fase instrutória, dedicada a consultas e audiências públicas, a avaliações periciais etc.; (iv) fase decisória, em que a proposição normativa é submetida ao sufrágio da diretoria colegiada ou do conselho diretor da agência reguladora.

Para bem avaliar o cumprimento dos cânones formais que compõem a totalidade do devido processo normativo, a autoridade judicial pode — e, na ótica desta dissertação, deve — recorrer aos testes de legalidade propostos por Marcos Augusto Perez, em particular os testes de competência, processo e forma, que têm em mira os elementos de legalidade externa do ato administrativo (cf. capítulo 3, item 3.5.3).

A abordagem procedimental desfruta de preponderância em face dos demais enfoques possíveis, mas não esgota os limites e as possibilidades do controle jurisdicional da função normativa desempenhada agências reguladoras.

---

<sup>440</sup> O autor alude ao critério das análises institucionais comparativas, mas os considera insuficientes diante da complexidade da Administração Pública moderna e, também, da impossibilidade de atribuição de natureza única — política, jurídica ou técnico-científica — às atividades administrativas do Estado (cf. capítulo 3, item 3.3).

<sup>441</sup> “A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição [e, de resto, ao direito posto, qualquer que seja a sua estatuta], não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor controlabilidade judicial dos seus atos. Não obstante, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os *procedimentos* adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular *juridico-funcionalmente adequado*. (BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo**, p. 39).

Como afirmado aqui e alhures, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País e, também, às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado sediadas em seu território, um amplo direito fundamental processual de obter proteção judicial contra ameaças ou lesões a direitos individuais e coletivos (art. 5º, XXXV). Isto é o quanto basta para que também se admita a revisão judicial da dimensão material da regulação econômica. De resto, preponderância é graduação da preferência, importância ou superioridade, e não medida de exclusividade.

Mal interpretada, a regra que consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional pode representar um perigoso estímulo ao ativismo judicial, aqui associado à transposição das fronteiras constitucionais e legais<sup>442</sup> e, portanto, à usurpação de competências legislativas e administrativas pelo Poder Judiciário (cf. capítulo 2, item 2.2). Contudo, este não é o escopo do texto constitucional.

É factível que, premido pelas circunstâncias do caso concreto sob julgamento ou, então, movido por um peculiar sentimento de justiça, o julgador adote princípios, conceitos jurídicos indeterminados ou outras manifestações de valores jurídicos abstratos para, de maneira arbitrária ou voluntariosa, sem a assunção dos ônus do regulador, fundamentar a invalidação de normas e decisões que resultem do exercício de competência administrativa discricionária ou de avaliações técnicas complexas típicas do fenômeno regulatório. Entretanto, a patologia tem tratamento, e a terapêutica é conhecida pela literatura de direito público e pela jurisprudência dos tribunais judiciais.

Para neutralizar ou, quando menos, mitigar os riscos antevistos, juízes e tribunais devem exercitar a prudência e a autocontenção, de modo a salvaguardar os espaços de autonomia administrativa demarcados pelo texto constitucional e pelas leis gerais e setoriais de regulação econômica. Diante de situações em que o vício de legalidade não se revele para além de dúvida razoável, os provimentos jurisdicionais devem ser deferentes a normas, decisões e interpretações não manifestamente exorbitantes dos limites da capacidade normativa de conjuntura legalmente conferida às agências reguladoras.

Os testes de legalidade forjados por Marcos Augusto Perez também constituem instrumentos valiosos para a aferição da legalidade do exercício de capacidade normativa de conjuntura por órgãos e entidades do poder público. Aqui interessam os testes de motivo, objeto

---

<sup>442</sup> RAMOS, *Ativismo judicial*, p. 171.

ou conteúdo e finalidade — isto é, os testes destinados à sindicância dos elementos de legalidade interna dos atos administrativos —, os quais imprimem objetividade e previsibilidade ao controle judicial dos aspectos materiais da regulação econômica (cf. capítulo 3, item 3.5.3).

Advirta-se, no entanto, que, a despeito de dialogar intensamente com a proposta metodológica de Perez, a presente dissertação dela diverge em parte, porquanto sugere que, sempre que possível, o controle judicial seja mais limitado, deferente às escolhas administrativas, eminentemente preocupado com os aspectos formais da atividade normativa das agências reguladoras e apenas residualmente invasivo dos espaços de autonomia administrativa.

Em síntese, o controle jurisdicional da função normativa desempenhada pelas agências reguladoras deve ser predominantemente formal, concentrado na verificação do cumprimento da sequência itinerária que compõe o devido processo normativo previsto nas leis e nos regulamentos gerais e setoriais. Para este específico fim, o Poder Judiciário deve adotar os testes propostos por Marcos Augusto Perez para o controle dos elementos de legalidade externa dos atos administrativos — testes de forma, competência e processo.

A preponderância do metacritério procedimental não interdita o controle dos aspectos materiais da regulação econômica, o qual, de resto, é legitimado pela regra constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelo correlato direito fundamental processual à proteção judicial efetiva. Contudo, é possível que semelhante hipótese de revisão judicial venha a se degenerar em ativismo judicial e, de conseguinte, em usurpação de funções legislativa e administrativa pelo julgador. Para contornar esta externalidade negativa, juízes e tribunais devem ser autocontidos e deferentes às escolhas administrativas que derivem do exercício válido de capacidade normativa de conjuntura.

#### 4.3 EXIBIÇÃO DOS AUTOS DO PROCESSO NORMATIVO NAS HIPÓTESES EM QUE A NULIDADE RESULTE DA OMISSÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL

O segundo metacritério de sistematização dos parâmetros de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário consiste na imprescindibilidade da

exibição dos autos do processo normativo naquelas hipóteses em que a controvérsia tenha por objeto a omissão de formalidade essencial prevista em lei ou regulamento. Semelhante diretiva resulta de constatação de que, nestas circunstâncias, a análise das peças que compõem o processo normativo constitui antecedente lógico e necessário da formação do convencimento judicial.

Ressalvadas as presunções legais e as hipóteses de inversão e eliminação dos encargos probatórios,<sup>443</sup> os sujeitos parciais do processo judicial têm o ônus provar a veracidade de suas alegações. De acordo com o art. 373, I, do Código de Processo Civil, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do direito subjetivo que alega ostentar. Por sua vez, o inciso II deste mesmo dispositivo codificado enuncia que o réu tem o ônus de provar tudo aquilo que esteja relacionado com as suas defesas de mérito diretas e indiretas, estas últimas consistentes em fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado pelo autor. Diante de eventual inversão legal ou judicial do ônus da prova, o autor é exonerado do encargo de provar os fatos constitutivos de seu direito e, em contrapartida, o réu é investido nos encargos originalmente cometidos ao autor.

Em processos judiciais destinados ao controle de legalidade dos atos administrativos individuais e concretos, a demonstração dos vícios que os contaminam é feita por intermédio da exibição dos autos dos processos administrativos em que foram gestados. Exemplifique-se com as demandas judiciais em que se impugnam sanções administrativas e lançamentos tributários.

Para demonstrar a inocorrência da infração administrativa objeto da punição imposta por agência reguladora, a incompetência do agente público que subscreveu o auto de infração, a violação ao contraditório etc., o autor deve instruir a petição inicial com os autos do processo administrativo ou, então, demandar a sua requisição judicial, caso a documentação lhe seja

---

<sup>443</sup> Exemplo de presunção legal no direito público é a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa, prevista nos arts. 204 do Código Tributário Nacional e 3º da Lei nº 6.830/1980. Nos domínios do direito privado, encontram-se inúmeros exemplos de presunção no Código Civil, como, por exemplo, a presunção de morte dos ausentes (art. 6º); a presunção de morte simultânea, quando não for possível determinar qual dos comorientes morreu antes dos demais (art. 8º); a presunção de fraude na constituição de garantia por devedor insolvente (art. 163); a presunção de pagamento dos juros, quando não ressalvados (art. 323); a presunção de boa-fé do possuidor com justo título (art. 1.201, parágrafo único); as presunções de concepção de filho na constância do casamento (art. 1.597) etc. As hipóteses de eliminação do ônus da prova estão previstas no art. 374 do Código de Processo Civil, que alude aos fatos notórios, confessados, incontroversos e em favor dos quais milita presunção existência ou veracidade. Por fim, como exemplos de inversão do ônus da prova, podem ser citados o art. 373, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil e os arts. 6º, VIII, 12, § 3º, e 14, § 3º, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

sonogada. A mesma lógica se aplica à demanda judicial que questione um lançamento tributário, pois para verificar o cumprimento do devido processo administrativo e seus consectários (publicidade, ampla defesa, contraditório etc.) e, também, para analisar o mérito da tributação, o julgador precisa ter em mãos os autos do processo administrativo correspondente.

Aplica-se a mesma dinâmica nas províncias do controle jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras, sobretudo nas hipóteses em que o foco do controle consista nos defeitos decorrentes da omissão de formalidades essenciais. *Ubi eadem ratio, ibi idem ius statuendum*: onde há a mesma razão, aí se deve estatuir o mesmo direito.<sup>444</sup>

A consolidação da processualidade administrativa — de que resulta a qualificação do procedimento como elemento autônomo de legalidade externa e, portanto, requisito de validade dos atos administrativos em geral — e o reconhecimento do caráter constitutivo da relação processual na formação da vontade estatal implicam o reconhecimento da nulidade de norma regulatória cuja edição não seja precedida de processo regular ou, então, cuja emanção resulte de um simulacro de processo normativo.

Constituem simulacros de processos normativos aqueles que estejam viciados pela incompetência do agente público que o instaurou ou do colegiado que proferiu a decisão regulatória final; pelo déficit contraditório e de instrução resultante da falta de participação popular em sede de análise de impacto regulatório, consulta ou audiência pública; e pelo déficit de motivação decorrente da falta ou da precariedade da análise das contribuições subministradas por interessados ou terceiros não intervenientes no procedimento.

Diante do que se contém nos arts. 20 e seguintes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também é possível sustentar a nulidade do processo normativo por falta ou precariedade da justificativa que aponte as consequências da decisão fundamentada em valores jurídicos abstratos e a adequação da escolha em face de potenciais alternativas em vista dos fins da política pública a que se dirige etc.

Para que o julgador conclua pela invalidade formal do ato normativo, é fundamental que analise os documentos entranhados no processo formativo correlato.

Decerto, o vício formal é uma questão de direito, mas a sua ocorrência é um dado da

---

<sup>444</sup> VALLE, **Dicionário de expressões jurídicas**, p. 377.

realidade. Daí por que há um ônus probatório a esse respeito.

*A priori*, a medida é dispensável naqueles casos em que o juízo de conformidade da norma regulatória às prescrições constitucionais e legais resulte de simples cotejo entre uma e outras. Se o controle judicial verdadeiramente se limita ao aspecto material da regulação econômica, a exibição dos autos do processo normativo não tem cabimento, porque o exame das peças respectivas não proporciona ganhos.

Contudo, a autoridade judiciária não está vinculada aos fundamentos jurídicos articulados pelo autor, pois, para efeito de interpretação dos elementos objetivos da demanda e de determinação de sua congruência objetiva externa, o Código de Processo Civil atual, à semelhança do diploma por ele revogado, encampou o sistema da substanciação. Embora esteja presa à causa de pedir passiva e ativa — respectivamente, os fatos constitutivos do direito e da crise jurídica pendente de solução —, ela tem liberdade para resolver os conflitos que lhes são submetidos a partir de argumentos técnico-jurídicos distintos dos que foram apresentados pelo autor (cf. capítulo 3, item 3.5.2.1).

Nessa linha de intelecção, não se infirma a argumentação inicial, que restringe a imprescindibilidade da apresentação dos autos do processo administrativo normativo às hipóteses de controle judicial dos aspectos formais da regulação econômica. Entretanto, afirma-se que a medida probatória também tem utilidade no contexto do controle dos elementos materiais da norma regulatória, porque concede ao julgador oportunidade para examinar a validade do ato normativo sob outra perspectiva, distinta da que norteou o requerimento de tutela jurisdicional — ou seja, para além da causa de pedir próxima.

Resumindo, portanto, nos processos em que juízes e tribunais realizem um controle dos aspectos procedimentais da regulação econômica — isto é, um controle fundamentado na omissão de formalidade essencial —, é indispensável a exibição dos autos do processo normativo, pois é a partir de sua análise que será formado o convencimento judicial. De ordinário, esta documentação deve acompanhar a petição inicial, pois o autor tem o ônus de provar a veracidade de suas alegações factuais, e a transgressão às normas procedimentais é um dado da realidade. Diante de recusa ilegítima do poder público, o autor pode requerer que o juiz a requisite.

A juntada dos autos do processo normativo não é imprescindível naquelas hipóteses em que o controle jurisdicional tenha em mira os aspectos materiais da função normativa das



agências reguladoras. Contudo, também nestas circunstâncias a medida é útil, porque favorece a ampliação do espectro da cognição judicial para além da causa de pedir próxima.

#### 4.4 A MOTIVAÇÃO COMO TÉCNICA ASSECURATÓRIA DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES DE CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA INSTITUÍDOS PELA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

O terceiro e último metacritério de sistematização dos parâmetros de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário consiste na motivação, que, segundo Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, corresponde ao “discurso destinado a justificar o ato”,<sup>445</sup> ou seja, à indicação explícita, clara e congruente dos fundamentos de fato e de direito em que o poder público se baseia para manejar sua capacidade normativa de conjuntura e sua competência para resolver conflitos.

No entanto, não é suficiente a mera discriminação dos substratos de direito e de fato da ação administrativa. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, também é indeclinável que a autoridade investida de competência decisória faça um apanhado que abranja a “correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada”, sobretudo “nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei”.<sup>446</sup> Sem esse desenvolvimento, a fundamentação não pode merecer o atributo da congruência, referido no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.

A regra da motivação dos atos estatais constitui desdobramento dos princípios republicano, democrático, do Estado de Direito, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, estampados nos arts. 1º, *caput*, e 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Nesta linha de intelecção, tendo o Brasil adotado o governo das leis, a forma republicana de governo, a democracia semidireta e um método rigorosamente processual de tomada de decisões em sentido lato, o povo, titular soberano do poder político, tem o direito subjetivo inalienável de conhecer os fundamentos determinantes dos atos estatais, máxime quando diretamente afetado

---

<sup>445</sup> NOHARA e MARRARA, **Processo administrativo**, p. 318.

<sup>446</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 115.

pelos limites e condicionamentos que irradiam sobre a liberdade e a propriedade.

Os atos legislativos típicos dispensam motivação, pois, de ordinário, são dotados de generalidade e abstração, isto é, são objetiva e subjetivamente indeterminados. Apenas excepcionalmente ostentam efeitos concretos imediatos — por exemplo, as leis que implementam declaração expropriatória, operam o tombamento de bens culturais, desafetam imóveis públicos, nomeiam logradouros públicos, criam municípios etc. Contudo, mesmo nessas circunstâncias não demandam fundamentação análoga àquela que se impõe a atos administrativos e a decisões judiciais.

Eventual exposição de motivos que acompanhe a proposição submetida ao Poder Legislativo ou a lei por ele já aprovada não se confunde com a motivação das revelações de função administrativa e jurisdicional — cf. exposição de motivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, do Código Civil, do Código de Processo Civil etc. Apesar de também justificar a inovação do ordenamento jurídico, ela constitui uma declaração de intenções que serão concretizadas à medida que as normas legais forem aplicadas pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

É diferente, todavia, a regulação constitucional e legal dos atos administrativos gerais ou individuais e dos provimentos jurisdicionais impregnados de carga decisória, assim entendidas as decisões interlocutórias, as sentenças e os acórdãos. As declarações de vontade do Estado que se enquadrem nestas específicas categorias estão sujeitas a um dever qualificado de motivação, cujo descumprimento as torna absolutamente inválidas.

A exigência de motivação dos atos administrativos do Poder Judiciário repousa, inicialmente, no art. 93, X, primeira parte, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual estatui que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”. De acordo com a literalidade constitucional, o enunciado normativo corresponde a um “princípio” que deverá ser observado na futura elaboração do Estatuto da Magistratura. Entretanto, o caráter definitivo da norma permite que nela se identifique uma autêntica regra.

Retomem-se aqui as definições de Humberto Ávila acerca de regras e princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da

descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>447</sup>

O texto constitucional não contempla disposição similar à do inciso X do art. 93 para os atos administrativos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, o enunciado normativo deve ser aplicado por analogia ao desempenho de função administrativa por todos os órgãos da soberania política, pois, afora a origem judiciária, não há muito mais que imprima contornos de singularidade à atividade administrativa desenvolvida por juízes e tribunais.

Em todo caso, com ou sem a analogia alvitada, o dever de motivação dos atos administrativos em geral pode ser haurido dos princípios republicano, democrático, do Estado de Direito, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, mencionados anteriormente. Isolada ou conjuntamente, tais mandamentos de otimização fundamentam a exigência política, social e jurídica de prestação de contas por órgãos, entidades e agentes investidos de competências públicas.

Essa linha de intelecção se aproxima da adotada por Bandeira de Mello, para quem:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está — como se esclarece de seguida — implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem as decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Por isso [...] o dever de motivar é exigência de uma administração democrática — e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*) —, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.<sup>448</sup>

No plano infraconstitucional, destacam-se a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo

<sup>447</sup> Retomem-se aqui as definições de Humberto Ávila acerca de regras e princípios. Para o autor “regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” Por sua vez, “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, p. 102).

<sup>448</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, pp. 115–116.

administrativo no âmbito federal,<sup>449</sup> e as leis equivalentes promulgadas e publicadas por Estados, Municípios e Distrito Federal. Por imperativo metodológico, a presente dissertação não vai além da lei federal, que tem servido de inspiração aos Poderes Legislativo e Executivo das demais esferas federativas — ressalvada, apenas, a legislação paulista, que é anterior à congênere federal (Lei estadual nº 10.177/1998).

Desde o capítulo I, dedicado às disposições gerais, a Lei nº 9.784/1999 confere à motivação a estatura de princípio do processo administrativo (art. 2º, *caput*). Logo em seguida, define-a ao proclamar a submissão da atividade administrativa desenvolvida pelos três poderes da soberania política e pelos órgãos constitucionais autônomos ao critério da “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (art. 2º, parágrafo único, VII).

No capítulo XII, integralmente consagrado à motivação — mais precisamente à regra da motivação, e não mais ao princípio homônimo —, o aludido diploma legal reafirma a imprescindibilidade da apresentação de justificativa para os atos administrativos que limitem ou sacrifiquem direitos subjetivos ou, de alguma forma, comprometam a estabilidade das relações jurídicas constituídas entre o poder público e os particulares. Adicionalmente, qualifica a exigência com os atributos da clareza, explicitude e congruência (art. 50, *caput*, I a VIII, e § 1º).

Tanto quanto os atos administrativos — talvez seja correto dizer que mais intensamente que semelhantes declarações volitivas estatais —, os provimentos jurisdicionais com conteúdo decisório estão sujeitos a um esquema formal rígido, que, a par de se ocupar da competência, da legitimação das partes, do procedimento, da fase recursal etc., prestigia a motivação. Assim nos planos constitucional e infraconstitucional.

O ponto de partida é o art. 93, IX, primeira parte, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Repita-se, aqui, o quanto afirmado acerca da motivação dos atos administrativos órgãos judiciais: o enunciado normativo corresponde a um “princípio” que deverá ser observado

---

<sup>449</sup> Ressalvado o disposto em leis especiais — por exemplo, no Decreto nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal federal, na Lei nº 10.259/2011, que regula os processos administrativos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (processos administrativos sancionadores e de controle de estruturas) etc. — a Lei nº 9.784/1999 regula o processo administrativo na Administração Pública centralizada e descentralizada dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário da União, assim como aos órgãos constitucionais autônomos, a exemplo dos tribunais de do Ministério Público e da Defensoria Pública (art. 1º, *caput* e § 1º).

na futura elaboração do Estatuto da Magistratura, mas o caráter definitivo da norma permite que nela se identifique uma autêntica regra.

O Código de Processo Civil em vigor repete, detalha e aprofunda a previsão constitucional. No art. 11, faz a reprodução literal da dicção constitucional. No art. 489, *caput*, II, estatui que, além de relatório e dispositivo, a sentença deve conter fundamentação, em que o juiz analise as questões de fato e de direito. E nos incisos I e VI do § 1º, em sintonia com o sistema de precedentes que estabelece, institui requisitos mínimos de motivação ao dispor que não se considera fundamentado o provimento jurisdicional decisório que: se limite “à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”; empregue “conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”; invoque “motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”; não enfrente “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”; se limite “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; ou, ainda, deixe “de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

À semelhança da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nas passagens em que submete o intérprete e o aplicador da norma a deveres de contextualização fática e jurídica, o § 2º do dispositivo legal sob exame exige motivação qualificada para a aplicação do postulado da proporcionalidade, abrangente de argumentação que contemple o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, das razões que autorizam a interferência na norma afastada e das premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Por fim, o § 3º adota o princípio da boa-fé objetiva como vetor hermenêutico das decisões judiciais.

*Mutatis mutandis*, as aludidas prescrições legais aplicam-se supletivamente aos processos administrativos (art. 13 do Código de Processo Civil).

Presente esse contexto, indicativo da pluralidade de princípios e regras sobre a exigência de motivação dos atos administrativos e dos provimentos jurisdicionais, o desafio consiste em determinar a sua utilidade para a sistematização dos parâmetros do controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras. A conclusão a que se chega é uma só: a motivação opera como técnica assecuratória do cumprimento dos deveres de contextualização fática e

jurídica pelas agências reguladoras e pelo Poder Judiciário.<sup>450</sup>

Desde logo, a motivação atua como um estímulo para que as agências reguladoras exercitem a respectiva capacidade normativa de conjuntura com observância dos deveres de contextualização fática e jurídica contemplados nos dispositivos publicísticos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para além, ela opera como técnica auxiliar do controle de legalidade das decisões judiciais, pois provê os suprimentos de que as partes processuais, os terceiros intervenientes e o Ministério Público necessitam para fiscalizar o cumprimento destes mesmos imperativos legais pelo regulador e pelo próprio juiz.

*Grosso modo*, os multicitados deveres de contextualização consistem — como já se disse — na avaliação das consequências práticas da decisão fundamentada em valores jurídicos abstratos, segundo um juízo de proporcionalidade (art. 20); na indicação das consequências jurídicas e administrativas da decisão de invalidade e indicação os requisitos para a correção dos defeitos de legalidade que sejam sanáveis (art. 21); na consideração dos obstáculos e dificuldades reais do gestor e das exigências intrínsecas às políticas públicas que lhe compete executar (art. 22); na irretroatividade de norma ou interpretação nova (art. 24); e, diante da mudança de orientação geral ou da imposição de novo dever ou condicionamento, na previsão de regimes de transição, que podem consistir em modulação de efeitos, compensação financeira, ajuda de adaptação e cláusulas de exceção e opção (arts. 23, 24 e 27, combinados com o art. 927, § 3º, CPC).

Em síntese, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional identificam na motivação um inequívoco requisito de validade dos atos administrativos e dos provimentos jurisdicionais com conteúdo decisório. Sua oponibilidade aos atos administrativos dos tribunais resulta, inicialmente, do art. 93, X, da Constituição Federal.

Não há disposição análoga para os atos administrativos dos demais poderes da soberania política e dos órgãos constitucionais autônomos, mas idêntico conteúdo normativo pode ser haurido tanto do dispositivo aplicável ao Poder Judiciário quanto dos princípios, republicano, democrático, do Estado de Direito, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, plasmados nos arts. 1º, *caput*, e 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Além do mais, a atividade administrativa de todos os organismos estatais está sujeita aos ditames da Lei nº 9.784/1999, cujos arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, VII, e 50, *caput*, I a VIII, e § 1º regulam o

---

<sup>450</sup> PAGANI DE SOUZA e ALENCAR, O dever de contextualização na interpretação e aplicação (...), pp. 53–54.

assunto em detalhes.

O art. 93, IX, da Constituição Federal e o art. 489 Código de Processo Civil regulam a motivação de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. O dispositivo codificado reproduz, detalhe e aprofunda a disposição constitucional.

A motivação desempenha um duplice papel sistematizador, visto que estimula as agências reguladoras à observância dos deveres de contextualização fática e jurídica previstos nos dispositivos publicísticos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (arts. 20, 21, 22, 23, 24, 27, 29 e 30) e, ainda, opera como técnica auxiliar do controle de legalidade das decisões judiciais, porque provê os suprimentos de que as partes processuais, os terceiros intervenientes e o Ministério Público necessitam para fiscalizar o cumprimento destes mesmos imperativos legais pelo regulador e pelo próprio juiz.





## CONCLUSÃO

Já se passaram quase quatro décadas da promulgação da Constituição Federal. A isto se seguiu um notável acúmulo de leis e regulamentos tendentes a disciplinar o exercício e o controle da função administrativa de regulação econômica. Entretanto, o controle jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras continua impregnado de particularidades que lhe diminuem a operacionalidade, a objetividade e a aptidão para instalar a segurança jurídica.

Algumas causas da debilidade do *judicial review* são de fácil detecção. A dissertação sublinha três: a intelecção hiperbólica do direito fundamental de acesso à justiça, dissociada da norma constitucional que consagra a teoria da separação dos poderes (arts. 2º e 5º, XXXV, CF); a atribuição de supremacia *a priori* a normas continentais de valores jurídicos abstratos, em detrimento das regras; e a falta de rigor analítico de setores do Poder Judiciário na manipulação de princípios, conceitos jurídicos indeterminados etc. sem a assunção dos ônus de argumentação a que os reguladores administrativos estão sujeitos.

Tal como um pêndulo, juízes e tribunais oscilam entre os extremos do ativismo, representado pela usurpação das funções legislativa e administrativa, e da autocontenção, expressa na deferência a interpretações administrativas de conteúdo normativo ou concreto.

Esse movimento cambiante ainda é observado, por exemplo, nas províncias do direito sanitário, embora tenha experimentado drástica diminuição, acarretada pela formação precedentes qualificados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e, também, por estratégias urdidas pelo Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da função jurisdicional em temas de especial sensibilidade política, jurídica, social e econômica.

Premidos pela gravidade da situação fática subjacente aos processos judiciais que lhes são submetidos, magistrados implementam aquilo que acreditam ser solução justa para o caso concreto. A partir de uma duvidosa ponderação de valores juridicizados, conferem prevalência a normas excessivamente abertas em detrimento de outras revestidas de maior determinação ou menor vagueza, de idêntica estatura ou hierarquicamente inferiores, mas igualmente válidas.

Nessa linha de intelecção, fármacos e tratamentos de alto custo não contemplados nas relações de medicamentos e nos protocolos terapêuticos do Sistema Único de Saúde ou mesmo

no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar são concedidos unicamente com lastro no princípio constitucional da dignidade humana, no direito fundamental à saúde e na suposta incompatibilidade da regulação administrativa com o bloco de juridicidade representado pelas normas constitucionais e legais. Negligenciam-se os princípios e as regras que regulam a atividade financeira do Estado, a contratação administrativa e a formulação e execução das políticas públicas.

Não existe inconveniente na previsão constitucional, legal ou regulamentar de normas principiológicas. Fenômeno semelhante é diagnosticado na generalidade dos países desenvolvidos pertencentes às famílias jurídicas de *civil law* e *common law*, de cujas tradições, em maior ou menor extensão, o direito brasileiro é caudatário. Todavia, não se tem notícia de que eles enfrentem problemas análogos aos que colonizam o nosso sistema de justiça. Para além, no Brasil, durante a transição da ditadura militar para a democracia e ao longo dos anos seguintes, a abertura normativa dos princípios jurídicos foi determinante para a efetividade da tutela judicial dos direitos subjetivos oponíveis à potestade estatal porque nesse átimo o déficit de legalidade administrativa era profundo.

A verdadeira matriz do problema, isto é, a patologia que acomete o modelo brasileiro de revisão judicial da regulação econômica — quiçá o modelo brasileiro de controle jurisdicional da Administração Pública *tout court* — está na estratégia de aplicação dos mandamentos de otimização plasmados em princípios jurídicos.

Tendo esse quadro em perspectiva, a empreitada científica consistiu em um esforço de consolidação analítico-normativa destinado a superar as referidas hesitações judiciais. A hipótese de pesquisa foi assim colocada: *O ordenamento jurídico brasileiro contempla parâmetros seguros de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário? Em caso afirmativo, é possível sistematizá-los?* A hipótese de pesquisa foi confirmada ao longo do trabalho. Concluiu-se que o bloco de juridicidade contemporâneo oferece elementos bastantes *para a identificação e a esquematização de parâmetros de controle jurisdicional da regulação econômica.*

Diante da natureza jurisdicional do *judicial review*, o direito processual civil foi eleito o parâmetro inaugural de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário. Aludiu-se às normas processuais inscritas na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na legislação processual civil extravagante e nos tratados internacionais pelo

fato de consistirem nas prescrições que regulam o exercício da função jurisdicional em todo o território nacional (arts. arts. 2º e 13, CPC). Entretanto, por imperativo metodológico, a análise contemplou apenas cinco temas específicos: pedido e causa de pedir, intervenção de terceiro, direito probatório, sistema de precedentes obrigatórios e dever de fundamentação das decisões judiciais.

A revisitação do pedido e da causa de pedir objetivou assinalar que as regras da congruência objetiva externa e da estabilidade objetiva da demanda não alcançam a causa de pedir próxima, correspondente aos fundamentos jurídicos do pedido, tampouco os fatos supervenientes, os quais, devidamente submetidos ao contraditório, podem ser objeto de cognição judicial plena e exauriente (arts. 10, 141, 492 e 493, CPC). De conseguinte, buscou pontuar que a adstrição judicial aos elementos objetivos da demanda é limitada às dimensões passiva e ativa da causa de pedir remota, respectivamente, os fatos constitutivos do direito material subjacente ao processo e os fatos constitutivos da situação da crise jurídica *sub judice*.

A necessidade e a conveniência da ampliação subjetiva e objetiva do contraditório levou ao destaque das modalidades de intervenção de terceiro previstas no Código de Processo Civil, especialmente a assistência simples, a assistência litisconsorcial e o *amicus curiae*, e da intervenção anômala regulada pelo art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/1996. Advogou-se a utilidade da ampliação da discussão mediante a incorporação processual de novos sujeitos e novos tópicos de discussão para a formação do convencimento judicial.

As referências ao direito probatório foram feitas nas perspectivas do procedimento judicial e do direito material controvertido. Sublinhou-se que determinados procedimentos judiciais estão submetidos a rígidas limitações probatórias; assim o mandado de segurança, que se destina à tutela de direito líquido e certo. Argumentou-se também que a admissão dos meios probatórios e a valoração dos elementos de convicção deles emergentes devem resultar de um julgamento parcimonioso, que seja sensível à vocação originalmente privatística do direito processual civil e às peculiaridades dos litígios publicísticos.

O sistema de precedentes obrigatórios foi incorporado ao estudo porque reforça a segurança jurídica no ambiente judicial. Apostou-se na idoneidade da eficácia vinculante ou persuasiva dos precedentes jurisprudenciais para emprestar racionalidade e coerência ao controle jurisdicional e fazer com que soluções já adotadas em *leading cases* sejam reproduzidas nos julgamentos de casos análogos — à semelhança do que se passa no sistema

judicial canadense desde 2008, quando a Suprema Corte respectiva analisou o caso *Dunsmuir* e reformulou o seu regime de controle judicial.

Para encerrar a abordagem dos parâmetros hauridos do direito processual civil, a dissertação analisou o dever de fundamentação das decisões judiciais. E o tratou como um dever qualificado, conectado aos deveres de contextualização fática e jurídica plasmados nas normas de segundo grau que a Lei nº 13.655/2018 fez acrescer à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Seguiu-se a identificação do segundo parâmetro de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário. Aqui, os achados de pesquisa apontaram para o conjunto de normas legais e regulamentares acerca dos processos administrativos de produção normativa e de adjudicação de conflitos, a exemplo Lei nº 9.784/1999,<sup>451</sup> da Lei nº 13.848/2019,<sup>452</sup> na Lei nº 13.874/2019,<sup>453</sup> das leis setoriais de regulação econômica, dos regulamentos executivos baixados pelo presidente da República (Decretos nºs 9.830/2019<sup>454</sup> e 10.411/2020,<sup>455</sup> dentre outros) e das normas administrativas editadas pelas agências reguladoras (regulamentos econômicos autorizados).

A evocação de leis e regulamentos delineadores do procedimento administrativo, especialmente do procedimento administrativo normativo, tem a virtude de sublinhar a absoluta coincidência entre os parâmetros formais de exercício e controle da regulação econômica. Assinala-se que, ressalvado o controle preventivo, o controle jurisdicional é retrospectivo, porque limitado a fiscalizar o escrupuloso cumprimento das etapas de formação da vontade administrativa do Estado. Consectariamente, prestigia-se o esquema constitucional de separação dos poderes estatais.

A amplitude do disciplinamento dos processos administrativos de produção normativa e adjudicação de conflitos e, de resto, o apelo monotemático da dissertação de mestrado impuseram recortes metodológicos. Diante da crescente importância da processualidade administrativa e da deferência judicial a escolhas administrativas legítimas, optou-se pelo

---

<sup>451</sup> Lei do Processo Administrativo Federal.

<sup>452</sup> Lei Geral das Agências Reguladoras.

<sup>453</sup> Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

<sup>454</sup> Regulamenta os dispositivos publicísticos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (arts. 20 *et seq.*)

<sup>455</sup> Regulamenta a análise de impacto regulatório prevista nas Leis nºs 13.848/2019 (art. 6º) e 13.874/2019 (art. 5º).

destaque de alguns institutos, dispositivos e técnicas mais estreitamente relacionados aos ideais de planejamento da intervenção regulatória, participação administrativa, tutela dos espaços de autonomia do poder público e limitação do controle jurisdicional em face de ações estatais resultantes de discricionariedade administrativa ou de avaliações técnicas complexas. Aludiu-se, então, à análise de impacto regulatório, às consultas e às audiências públicas.

A ênfase na análise de impacto regulatório teve em perspectiva a exigência plasmada nas Leis nºs 13.848/2019 (art. 6º) e 13.874/2019 (art. 5º) e no Decreto nº 10.411/2020, os esforços da OCDE para a melhoria da qualidade regulatória e da governança pública e a experiência acumulada pela Administração Pública federal no contexto do PRO-REG. Na oportunidade, lançou-se sob suspeição o art. 21 do Decreto nº 10.411/2020, que interdita o descumprimento ou o julgamento de invalidade da norma regulatória com fundamento na ausência de análise de impacto regulatório.

As consultas e as audiências públicas foram caracterizadas como requisitos de validade da regulação econômica e parâmetros formais de seu controle jurisdicional porque, à semelhança do *notice and comment rulemaking* disciplinado pelo *Administrative Procedure Act* norte-americano, constituem instrumentos de participação da sociedade na formação da vontade administrativa do Estado. Entretanto, sublinhou-se que a agência reguladora não está obrigada a considerar ou comentar as manifestações dos interessados de maneira individual e exauriente. Basta que emita um pronunciamento minimamente fundamentado.

Os testes de legalidade forjados por Marcos Augusto Perez foram recepcionados como instrumentos de aferição da legalidade interna e externa dos atos administrativos. Entretanto, divergiu-se do autor por entender-se que a amplitude do controle jurisdicional tem cabimento apenas diante dos aspectos formais da regulação econômica, convergentes com os elementos de legalidade interna do ato controlado. Sustentou-se que o controle jurisdicional dos elementos de legalidade interna deve ser deferente, autocontido.

Ultimado o estudo das normas que regulam o devido processo legal nas esferas judicial e administrativa — respectivamente, o primeiro e o segundo parâmetros do controle judicial da regulação econômica —, a dissertação evoluiu para a identificação do terceiro e derradeiro parâmetro de controle da função normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário. A partir de então, ocupou-se dos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que consagram os deveres de contextualização fática e jurídica oponíveis às autoridades

administrativas, controladoras e judiciais (arts. 20, 21, 22, 23, 24, 27, 29 e 30) e, nesta medida, densificam o dever constitucional e legal de motivação qualificada dos comportamentos estatais.

As aludidas normas de segundo grau foram selecionadas porque constituem uma auspiciosa iniciativa do Poder Legislativo para o estreitamento do diálogo entre as técnicas de produção normativa pela Administração Pública e adjudicação de conflitos publicísticos, de um lado, e a realidade fenomênica, de outro. Um estreitamento que a Constituição Federal e a Lei nº 9.784/1999 não lograram alcançar.

Seguramente, não há nada de substancialmente inovador nas disposições legais que rechaçam as decisões administrativas, controladoras e judiciais fundamentadas apenas em valores jurídicos abstratos, dissociadas da realidade em que se inserem e, nesta medida, indiferentes às dificuldades e aos obstáculos enfrentados pelo administrador público, inclusive por força de políticas públicas que lhe caiba implementar (arts. 20, 21 e 22, § 1º, LINDB). Tampouco naquelas que prestigiam o dever geral de normatização da Administração Pública; reafirmam a submissão do direito administrativo aos quadrantes do direito intertemporal, especialmente a regra da irretroatividade das normas que fundamentam julgamentos de invalidade da ação administrativa; temperam a aplicação de novos limites e condicionamentos à liberdade e à propriedade mediante o estabelecimentos de regimes de transição, os quais podem consistir em modulação de efeitos, compensação financeira, ajuda de adaptação e cláusulas de exceção e opção (arts. 23, 24, 27, 29 e 30, LINDB).

Afora as disposições constitucionais especificamente dirigidas ao Poder Judiciário (art. 93, IX e X), semelhante conteúdo normativo já podia ser haurido dos princípios republicano, democrático, do Estado de Direito, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, plasmados nos arts. 1º, *caput*, e 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Para além, a Lei nº 9.784/1999 dedica um capítulo inteiro à motivação das decisões administrativas conducentes à limitação ou ao sacrifício de direitos, e delas exige os atributos da explicitude, da clareza e da congruência (arts. 2º, *caput* e parágrafo único, VII, e 50, §, 1º, primeira parte).

Entretanto, a sua existência, validade e eficácia jurídico-social parecem justificadas pela ainda constante proliferação de julgamentos divorciados da realidade factual subjacente ao processo judicial, circunscritos à paráfrase de normas principiológicas, indiferentes às políticas públicas e à escassez humana e material que notabiliza o cotidiano administrativo.

O modelo não é isento de críticas. O consequencialismo encampado pela Lei nº 13.655/2018 tem aptidão para alterar a estrutura normativa adotada pelo legislador, alterar o significado normativo previamente definido pelo legislador ou, ainda, modificar ou postergar as consequências antevistas pelo legislador. E daí bem pode resultar a manipulação do conteúdo ou da eficácia do direito positivo de acordo com as consequências práticas que o intérprete e pretendem evitar ou promover.

Entretanto, a opção legislativa está consumada, e até que venha a ser julgada inconstitucional em sede de controle difuso ou concentrado, deve ser acatada pelas esferas administrativa, controladora e judicial.

A par disto, ainda que não se preste a eliminar o risco de decisões impregnadas de idiosincrasia, a exigência de motivação substancial faz instaurar um ambiente permeável aos mecanismos de controle administrativo, de contas, ministerial público e jurisdicional, a exemplo dos recursos hierárquicos previstos nas leis de processo administrativo ou, no limite, fundamentados no direito constitucional de petição, dos recursos previstos nas leis processuais civis e das ações autônomas de impugnação de comportamentos administrativos (mandado de segurança, *habeas data*, ação civil pública, ação popular etc.).

O capítulo final da dissertação foi dedicado à sistematização dos parâmetros inventariados no capítulo que o antecedeu. Concluiu-se que o controle da atividade normativa das agências reguladoras pelo Poder Judiciário será adequado à medida que conferir relevo ao enfoque procedimental; assegurar o acesso do controlador judicial aos autos do processo administrativo normativo, especialmente nos casos em que a invalidade resulte da omissão de formalidade essencial prevista em lei ou regulamento; e, por intermédio da exigência de motivação qualificada, assegurar o cumprimento dos deveres de contextualização fática e jurídica introduzidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,.

A ênfase no aspecto procedimental da regulação econômica resulta de seus elevados níveis de processualidade. Se a produção normativa das agências reguladoras é uma atividade intensamente regrada, e se a faceta jurídica mais saliente da regulação econômica é a sua dimensão procedimental, nada mais natural que o julgador lhe dispense o destaque merecido, inclusive mediante a exigência de que os autos do processo normativo ou do processo de adjudicação de conflito sejam incorporados aos autos do processo judicial.

O relevo conferido à motivação qualificada é diretamente proporcional à importância

dos deveres de contextualização na formação e no controle jurisdicional do ciclo de formação da vontade administrativa do Estado.

Repita-se aqui o que foi dito na introdução: os achados de pesquisa permitem inferência no sentido da aptidão dos parâmetros normativos e do método que os esquematiza; contudo, um juízo seguro de eficácia jurídica ainda está a depender de ampla testagem pelos que atuam no foro. Oxalá as reflexões aqui vertidas desfrutem de semelhante apelo.



## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 1–20.

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553601578/pageid/0>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, pp. 70–79, jan./fev. 2017. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109152/processos\\_estruturais\\_direito\\_arenhart.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109152/processos_estruturais_direito_arenhart.pdf). Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural** [livro eletrônico]. 1. ed. e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/260701231/v1>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, nº 38, pp. 6–50, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184/166>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ASSIS, Araken. **Manual dos recursos** [livro eletrônico]. 4. ed. em e-book baseada na 10. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101561318/v10>. Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Processo civil brasileiro** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. I. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107537692/v2>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial** [livro eletrônico]. 2. ed. e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/126254278/v8>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**: introdução. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo [livro eletrônico]. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596700/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.xhtml!%5D!/4/2/2%4051:2>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. Petrobras – Monopólio estatal e política concorrencial. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 135-148, mar./ago. 2014.

BINENBOJM, Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, pp. 109–135, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/84493/80106>. Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Portal da Legislação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Portal da Legislação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. **Portal da Legislação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). **Portal da Legislação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. **Portal da Legislação.**

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm).

Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19427compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427compilada.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469compilado.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Portal da**

**Legislação.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

[2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica). **Portal da Legislação.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, rel. min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 01/03/2021, DJe 055, divulg. 22/03/2021, public.

23/03/2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755400841>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.378, rel. min. Maurício Corrêa, rel. p/ acórdão min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19/05/2004, DJe 096, divulg. 05/09/2007, public. 06/09/2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485450>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, rel. min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 07/06/2006, DJ 29/09/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.923, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 08/11/2017, DJe 064, divulg. 04/04/2018, public. 05/04/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 26/10/2020, DJe 283, divulg. 30/11/2020, public. 01/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754525738>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.779, rel. min. Nunes Marques, rel. p/ acórdão min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 14/10/2021, DJe 036, divulg. 22/02/2022, public. 23/02/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759332478>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 28/05/2019, DJe 122, divulg. 06/06/2019, public. 07/06/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras**: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil — parte geral do Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 1. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620674/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml!%5D!/4/2%5Bcover%5D/2%4050:77>. Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos [livro eletrônico]. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 2. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620605/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml!%5D!/4/2%5Bcover%5D/2%4050:77>. Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Manual do poder público em juízo** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em:  
<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596762/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vs.t.idref%3Dcover.xhtml%5D!/4/2%5Bcover%5D/2%4050:77>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** [livro eletrônico]. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1. Disponível em:  
<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788522486823/pageid/0>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96** [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. Disponível em:  
<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788522470617/pageid/0>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo** [livro eletrônico]. 1. ed. e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253596878/v4>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CORNELL LAW SCHOOL. Nondelegation doctrine. **Legal Information Institute: open access to law since 1992**. Disponível em:  
[https://www.law.cornell.edu/wex/nondelegation\\_doctrine](https://www.law.cornell.edu/wex/nondelegation_doctrine). Acesso em: 16 jun. 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. **Revista Brasileira de Direito Processual — RBDPro**, Belo Horizonte, ano 29, n. 115, pp. 289–305, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/131/42098/94008>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada: Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed, 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 1.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, pp. 101–136, jan./mar. 2020. Disponível em:  
[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf). Acesso em: 28 mai. 2022.



GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Estado de juízes, aquele jardim, no Inferno. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 274, pp. 73–80, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68742/66661>. Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medo dos juízes**: (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 6. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo, Malheiros, 2017.

GROSTEIN, Julio. **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional** [livro eletrônico]. São Paulo: Almedina, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556273297/pageid/0>. Acesso em: 28 mai. 2022.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, Salvador, ano 2016, n. 71. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 21 fev. 2022.

HECKMAN, Gerald P. Substantive review in appellate courts since Dunsmuir. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 47, n. 4, pp. 751–785, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1130&context=ohlj>. Acesso em: 13 jun. 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público — RBDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, pp. 9–43, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10522/17757?searchpage=1&keywords=entre%20prêt-à-porter%20alta%20costura:%20procedimentos%20determinação%20intensidade%20controle%20judicial%20direito%20comparado>. Acesso em: 28 mai. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7.ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 55–83.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99876588/v2>. Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 4. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75380394/v5>. Acesso em: 28 mai. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 268, pp. 55–81, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50735/49533>. Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. *et al.* Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. **Revista Brasileira da Advocacia — RBA**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9, ano 3, pp. 289–312, abr.-jun. 2018. Disponível em: <https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/06/Parecer-LINDB-RBA.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

MARSHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard. A.; SHANE, Peter M. **Administrative Law — The American Public Law System — Cases and materials**. 5<sup>th</sup>. ed. American Case Book Series. Saint Paul: Thomson West, 2003.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo** [livro eletrônico]. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4277>. Acesso em: 28 maio 2022.

\_\_\_\_\_. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

\_\_\_\_\_. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MENDONÇA, Saulo Bichara; IVO, Felipe de Paula. O conflito de competência entre o CADE e o BACEN sob a ótica do princípio da eficiência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 1, pp. 160–187, 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/422/221>. Acesso em: 28 mai. 2022.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Quartier Latin, 2019.



\_\_\_\_\_. **Legalidade administrativa: quando administrar é criar?**. [S. l.]: Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, 2021. 1 vídeo (1 h 06 min) Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=2\\_dOeaxRzV4&lc=Ugxj2sDkp2O4FZoUms94AaABA](https://www.youtube.com/watch?v=2_dOeaxRzV4&lc=Ugxj2sDkp2O4FZoUms94AaABA). Acesso em: 11 jul. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 13. ed. atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional** [livro eletrônico]. 38. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2022. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771868/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vs.t.idref%3Dcover%5D!/4/2/2%4051:2>. Acesso em: 28 mai. 2022.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público da Lei de Introdução ao direito brasileiro: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

\_\_\_\_\_. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council on improving the quality of government regulation**, Paris, 1995. Disponível em: < <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278> >. Acesso em: 26 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Recommendation of the council on regulatory policy and governance**, Paris, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2022.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Controle da regulação no Brasil: novas perspectivas com ênfase em resultados. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLES, Jorge Agudo (Coords.). **Controles da administração e judicialização de políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 115–135.

\_\_\_\_\_; ALENCAR, Leticia Oliveira Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. In: VALIATI, Thiago Priess; HÚNGARO, Luís Alberto; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel (Coords.). **A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

\_\_\_\_\_. O problema da vaga em creche por determinação judicial: caminhos para incrementar a eficiência administrativa e judicial na matéria. In: VILLAS BOAS FILHO, Orlando (Org.). **Os estudos sociojurídicos e os dilemas da administração da justiça: desafios atuais ao**

Poder Judiciário [livro eletrônico]. São Paulo: Eseni Editora, 2021. Disponível em: *Kindle*. Acesso em: 10 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. **Fórum Administrativo — FA**, Belo Horizonte, ano 2, nº 16, jun. 2002. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/190/2277?searchpage=1&keywords=participação%20pública%20processos%20decisórios%20agências%20reguladoras:%20reflexões%20sobre%20direito%20brasileiro%20partir%20experiência%20norte-americana>. Acesso em: 28 mai. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública**: estudo do processo administrativo normativo. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/publico/Tese\\_Juliana\\_Bonacorsi\\_de\\_Palma\\_versao\\_final.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/publico/Tese_Juliana_Bonacorsi_de_Palma_versao_final.pdf). Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos administrativos no processo sancionador. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao\\_Juliana\\_Bonacorsi\\_de\\_Palma.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf). Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. 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 - RDA**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, pp. 209–249, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012/78227>. Acesso em: 28 mai. 2022.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**: doutrina jurisprudência e legislação [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502620070/pageid/0>. Acesso em: 28 mai. 2022.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

\_\_\_\_\_; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. **Controle da Administração Pública** [livro eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: *Kindle*. Acesso em: 28 mai. 2022.

PIRES, Luís Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PRADO, Mariana Mota (Org.). **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro** [livro eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 28 mai. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502622289/pageid/0>. Acesso em: 28 mai. 2022.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito [livro eletrônico]. 2. ed. Barueri: Manole, 2019. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520455791/pageid/0>. Acesso em: 28 mai. 2022.

RIBEIRO, Maurício Portugal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jan. 2020, Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opiniao-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>. Acesso em: 17 fev. 2022.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Almedina: Coimbra, 1981.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PARENTE, Ana Tereza Marques. A produção normativa das agências reguladoras: limites para eventual controle da atuação regulatória da Anvisa em resposta à Covid-19. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 55-83, abr./jun. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril\\_v58\\_n230\\_p55](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p55). Acesso em: 28 mai. 2022.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. O controle judicial de projetos legislativos: uma análise exploratória. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 125-150, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p125](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p125)

SANTOS, Humberto. Deferência judicial às decisões do Cade e o equilíbrio entre os poderes constituídos. **Revista de Defesa da Concorrência — RDC**, Brasília, v. 9, n. 2, pp. 75–94, dez. 2021. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/941/548>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo** [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 2. ed. e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249869105/v2>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa**: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras. Trad. António Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. Introdução às agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 17–38.

\_\_\_\_\_; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNSTEIN, Cass Robert. Chevron Step Zero. **University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 91, 2005. Disponível em:

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=public_law_and_legal_theory). Acesso em: 14 jun. 2022.

\_\_\_\_\_; VERMEULLE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo [livro eletrônico]. Trad. de Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Contracorrente, 2021. Disponível em: *Kindle*. Acesso em: 16 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America [livro eletrônico]. New York: Basic Books, 2005. Disponível em: *Kindle*. Acesso em: 28 mai. 2022.

VALLE, Gabriel. **Dicionário de expressões jurídicas**: latim–português. Campinas: Copola, 2002.

VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul. **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico**: o déficit democrático da regulação financeira. 2004. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em:

[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12022015-204835/publico/Banco\\_Central\\_VeigadaRocha\\_2014.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12022015-204835/publico/Banco_Central_VeigadaRocha_2014.pdf). Acesso em: 28 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. Quem tem medo da delegação legislativa?. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 271, pp. 193–221, jan./abr. 2016. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60765/60058>. Acesso em: 28 mai. 2022.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico**: direito econômico regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502141896/pageid/267>. Acesso em: 28 mai. 2022.