

## 1. INTRODUÇÃO

O controle judicial (*judicial review*), no Brasil, passou por mudanças significativas nos últimos anos, principalmente devido ao avanço do ativismo judicial e do judicialismo, que se caracterizam pela possibilidade de interferência do Poder Judiciário na atuação dos demais poderes, em especial na do Poder Executivo, que receberá mais atenção neste estudo. Decerto que o controle judicial em relação aos atos da Administração foi benéfico para o Brasil, cuja história é marcada por problemas de corrupção e de má gerência pública. Todavia, se tal controle, no passado, fazia-se necessário e mesmo insuficiente, hoje, o que traz são marcas de uma crise de insegurança jurídica, visto que o Judiciário, por vezes, modifica decisões tomadas mesmo após o devido processo administrativo.

Dessa forma, vê-se no Estado brasileiro uma forte atuação sócio-política do Poder Judiciário, notadamente no que concerne ao controle das ações da Administração. Infelizmente, ainda não se conseguiu acertar o ponto de equilíbrio que respeite o princípio do livre conhecimento motivado dos magistrados, mas que também os influencie a proferirem decisões mais assertivas, que valorizem a atuação da Administração, colaborando, assim, para o fortalecimento das instituições públicas de maneira geral.

Hoje, o que se tem no Brasil é um modelo pouco definido de revisão judicial que basicamente conduz o Judiciário, em certos casos, a agir com deferência às interpretações das agências regulatórias somente no que se refere aos pontos técnicos da decisão. Assim, é possível afirmar que este modelo se mostra insuficiente, vez que criar agências com conhecimento técnico superior ao do Judiciário não é o bastante, é preciso que estas tenham espaço para tomar decisões razoáveis e se autorregulamentar, levando-se em conta, claro, a legislação voltada para elas.

O Judiciário brasileiro já possui o costume de buscar no exterior doutrinas e teorias com as quais possam embasar suas decisões. Não obstante, ainda há certa resistência em rever os critérios de revisão judicial de atos administrativos, principalmente no que se refere às agências reguladoras. Sabe-se que os Estados Unidos, cuja Suprema Corte tem inspirado o Supremo Tribunal Federal (STF) em diversos pronunciamentos, foi um país pioneiro no que se refere ao controle de constitucionalidade de atos normativos, e o Judiciário possui uma posição proeminente. Contudo, em relação à atuação da Administração, a intervenção judicial é limitada, devendo as Cortes observarem, com deferência, as questões jurídicas levantadas pela própria Administração nos atos por esta praticados.

Isso só ocorre nos Estados Unidos devido à corrente jurisprudencial chamada Doutrina

Chevron, a qual teve início há mais de três décadas com um famoso caso levado a Suprema Corte Americana, que decidiu conferir deferência à interpretação dada por uma agência do Estado a um estatuto do qual era subordinada. Assim, através do direito comparado, a Doutrina Chevron apresentar-se-ia como uma proposta de solução, a longo prazo, à insegurança jurídica, e à desvalorização do trabalho das autoridades administrativas no Brasil, definindo limites ao controle judicial.

A relevância deste debate pode ser comprovada ainda pela escassez de estudos que se dediquem a explorar o tema de maneira mais profunda. Dessa forma, verifica-se uma necessidade real e contemporânea de se estudar, por meio do direito comparado, alternativas que possam equiponderar a atuação do Poder Judiciário e da Administração Pública, sendo, no nosso caso, a análise da denominada Doutrina Chevron, importada dos Estados Unidos da América.

Quanto à metodologia, a pesquisa adotou o método dedutivo-descritivo e do tipo bibliográfica. Ou seja, a análise se fundamentou em levantamento bibliográfico, através de dados extraídos de livros, jurisprudências, artigos e sites oficiais que apontam e ratificam as informações para atingir o objetivo, qual seja, examinar a Doutrina Chevron na aplicação de interpretação dos atos produzidos pelo Poder Público.

## **2. A EVOLUÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A história do Direito Administrativo percorre a mesma estrada do movimento constitucionalista, bem como dos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da segurança jurídica, modificando-se e evoluindo conforme a dinâmica destes, que lhe são alicerces. Em apertada síntese, este ramo jurídico origina-se da oposição da população europeia ao despotismo dos governos absolutistas, entre o fim do século XVIII e o início do XIX, em uma necessidade de organizar o, agora, Estado de Direito.

Superado o Estado de Polícia, no qual a Administração não obedecia à lei, nem se subordinava ao controle judicial, são implementados os ideais liberais, bem como mecanismos de defesa do cidadão para com o poder público, como a teoria da separação dos três poderes, legalidade, e o controle judicial, no intuito de o poder político se autolimitar, de forma que não fosse mais absoluto.

Após o perecimento do liberalismo, o intervencionismo estatal acentua-se, a partir da ideia de que seria responsabilidade do Estado salvaguardar os interesses públicos. Para a

Administração Pública, um fato bastante significativo ocorre mais tarde, já na fase do Estado Democrático de Direito, no qual o princípio da legalidade passa a viver uma nova fase, em razão de começar a ser visto sob o ponto de vista material, possibilitando o surgimento da chamada constitucionalização do direito administrativo.

Em especial no século XX, as normas constitucionais começam a ganhar força, e passam a ser acolhidas “como portadoras de normatividade jurídica, o que instigou nos teóricos da época a ideia da constitucionalização de normas jurídicas antes tratadas por lei. Uma nova via se abriu à juridicidade constitucional do direito administrativo” (ARAÚJO; MENDONÇA, 2014, n.p).

Assim, a constitucionalização surge com o objetivo de assegurar maior legitimidade de exercício do poder político, apoiando-se, para tanto, em normas estáveis, na tentativa de driblar as ações inconsistentes do Poder Legislativo no século XIX. O movimento constitucionalista, associado à tripartição do poder político e ao regime democrático (consolidados ainda no século das luzes) criaram um complexo sistema que, ao mesmo tempo, limita e legitima o poder político. (ARAÚJO; MENDONÇA, 2014).

No Brasil, houve um processo gradual de constitucionalização do direito administrativo, que teve seu ápice na Constituição de 1988, a qual, em seu art. 37, cimenta de vez os princípios da administração pública, bem como suas normais gerais. Um dos princípios mais importantes para a atuação administrativa é o da legalidade, são nas linhas mestras da lei, *in lato sensu*, que a Administração encontra validade para seus atos, valendo ressaltar que, quaisquer que estes sejam, estão subordinados à lei de maneira positiva, isto é, somente é permitido fazer o que a lei permite.

Antes de tudo, para melhor compreensão do tema, imprescindível se faz comentar sobre discricionariedade e mérito. O primeiro pode ser definido como uma prerrogativa concedida à Administração para que avalie determinado caso concreto seguindo os aspectos do binômio oportunidade-conveniência, no intuito de tomar uma decisão, que deve ser legal. O mérito, por sua vez, é o conteúdo das apreciações discricionárias da Administração, ou seja, é o produto do exercício discricionário, diz respeito à “possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo”. (FAGUNDES, 1979, p. 146).

O ato discricionário, assim, difere-se do ato vinculado, no qual a Administração “já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução [...] pelo legislador” (FAGUNDES,

1979, p. 146), isto significa que, na vinculação, o comportamento da Administração já foi pré-definido em lei. Ressalte-se que, seja nos casos de atos vinculados, seja nos discricionários, a finalidade é a mesma, a satisfação do interesse público, devendo os atos se adequarem a este fim.

Tais conceitos se fazem necessários, pois, de maneira geral, os princípios e valores constitucionais são limitadores da discricionariedade administrativa. Com efeito, Di Pietro (2012, n.p.) afirma que “Na medida em que cresce o sentido da legalidade (que deixa de abranger apenas a lei posta pelo Parlamento e passa a abranger atos normativos da Administração Pública [...]), reduz-se a discricionariedade”. Com o princípio da legalidade em constante evolução e abrangência, e sendo isto inversamente proporcional ao crescimento da discricionariedade, pode-se afirmar que, nas últimas décadas, a liberdade administrativa é cada vez menor.

À medida que a lei para de ser vista sob uma ótica puramente formal, e reflexões axiológicas começam a fazer parte de sua análise, o controle judicial é ampliado e se torna mais complexo, visto que o juiz tem de apreciar os valores e princípios presentes no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que deve observar os limites da discricionariedade administrativa. Nas palavras da professora Di Pietro (2012, n.p.):

Quando se estuda a evolução desses limites, verifica-se que eles foram, de início, essencialmente formais, pois diziam respeito apenas à competência e à forma; começaram depois a adquirir um sentido material, à medida que começaram a ser examinados os fins e, depois, os fatos determinantes do ato administrativo. Hoje, esses dados são insuficientes para delimitar a discricionariedade. À medida que a lei foi adquirindo seu sentido axiológico perdido na época do Estado liberal, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário. Ao lado do princípio da legalidade — em sua nova feição — colocam-se os princípios gerais de direito e os princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público, da motivação, como essenciais na delimitação do âmbito da discricionariedade que a lei confere à Administração Pública.

Quando surgiu, o controle judicial dos atos da Administração era apenas formal, quer dizer, não cuidava de eventuais princípios que restringiam a discricionariedade administrativa. Todavia, o advento das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes no direito francês foi o pontapé para dilatação do controle judicial, que passou a examinar também os fins e os motivos dos atos administrativos, isto é, o mérito. (DI PIETRO, 2012). Dessa forma, o sujeito, objeto e forma deixam de ser os únicos elementos no ato, e o motivo e a finalidade foram, não só introduzidos pelas referidas teorias, como também passaram a ser objetos de controle.

No Brasil, na década de 1990, foi a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados a

antagonista da discricionariedade. O uso nas leis de expressões como urgência, moralidade, notório saber, “que inicialmente era entendido como outorga de discricionariedade à Administração Pública, passou a [...] passíveis de interpretação e, portanto, abertos à apreciação pelo Poder Judiciário”. (DI PIETRO, 2012, n.p.).

De modo genérico, para com o Poder Judiciário brasileiro, o efeito da constitucionalização se deu no sentido de expandir o controle judicial dos demais Poderes, sobretudo em relação às leis e atos administrativos, por meio da interpretação dos preceitos previstos pela Constituição Federal. Ademais, a constitucionalização de valores e princípios “produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida)”. (DI PIETRO, 2012, n.p.).

Dentre os diversos debates acerca do princípio da legalidade, um dos mais relevantes é o que abrange este com o da segurança jurídica, e que tipo de consequências o antagonismo destes princípios geram. A segurança jurídica possui duas vertentes, de natureza objetiva ou subjetiva, ligadas, respectivamente, à defesa de um direito adquirido, à coisa julgada, ou à confiança depositada em toda as ações da Administração.

Há situações em que, conquanto não exista parâmetro legal para que produzam efeitos (como, por exemplo, nas hipóteses de direito adquirido), eles já estão tão plenamente estabelecidos sob a perspectiva fática, que sua extinção é impedida pelo Direito, pois a normatividade, ou “legalidade”, encontra respaldo, não na letra da lei, mas na força dos próprios fatos. Foi dessa situação que sucedeu o notável julgamento do MS 24.268/MG, no qual o Supremo Tribunal Federal, embasado pelo princípio da segurança jurídica, determinou que uma pensionista continuasse a receber um benefício que percebia a 18 anos, e que havia sido suspenso por decisão do Tribunal de Contas da União.

Sobre isso, vale destacar as palavras de Pereira (2013, p. 211), que aduz que a segurança jurídica é “um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do princípio da legalidade [...]”. Um dos principais expoentes dessa evolução foi o ministro Gilmar Mendes, o qual, não somente no referido julgado, mas também nos dos MS 24.781 e 25.116/ DF, proferiu importantes reflexões acerca da segurança jurídica ante o primado da legalidade para fins de controle do ato administrativo, expressando que “a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”. (BRASIL, 2004, p. 19).

Considerando a história mundial, na qual o direito administrativo nasceu como solução

a abusos de poder; e a do Brasil, notadamente marcada por problemas de corrupção, não se pretende afirmar que a constitucionalização e o princípio da legalidade não são benéficos, pelo contrário, são estimáveis os progressos que causaram. Todavia, com a crise legal e institucional pelas quais se passa, e a necessidade de fortalecimento da segurança jurídica, é necessário um olhar crítico sobre os excessos, e discernimento para chegar ao equilíbrio, sobretudo no que concerne à expressiva atuação do Poder Judiciário, bem como à judicialização dos atos administrativos, que merecem, pela relevância, tópico próprio.

### **3. A JUDICIALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

A judicialização diz respeito às resoluções, pelo Poder Judiciário, de matérias de cunho sociopolítico, moral, de políticas públicas, entre outros assuntos controversos da sociedade sobre os quais a lei seja silente. Sobre estes últimos, pode-se dizer que a judicialização, muitas vezes, favorece a interpretação judicial em detrimento da lei, uma vez que os juízes passam a ter legitimidade de decidirem o que deve ser seguido dentro do ordenamento jurídico quando não há previsão legal, conferindo maior espaço para a atuação judicial, ao mesmo tempo em que confere quase que um poder normativo ao Judiciário.

O processo de redemocratização do Brasil foi o maior responsável pela judicialização, visto que teve como ápice a Constituição Federal de 1988, determinante para o avanço do constitucionalismo no Brasil, como explicitado em tópico anterior. Aliado a isto, a segunda metade do século XX também é marcada pela reaproximação do Direito com a Moral, que fertiliza ainda mais o terreno do constitucionalismo. Como consequências para a Administração, para além do que já falado, estão o “aumento da judicialização da política e das relações sociais, havendo relativo esvaziamento da esfera decisória do Executivo e do Legislativo” (HOROWITZ LOPES, 2020, p. 124); bem como o fato de que “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”. (BARROSO, 2012, p. 24).

Primordialmente, é relevante evidenciar que a judicialização, apesar de pertencer à mesma família do ativismo judicial, deste não é sinônimo, haja vista que, enquanto o primeiro é resultado do modelo constitucional adotado pelo país, não sendo facultado ao Judiciário deixar de segui-lo. Por seu turno, o ativismo judicial está ligado a uma atitude voluntária do Judiciário, “um exercício deliberado de vontade política, [...] a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p. 25). De todo modo, a judicialização, tal como o ativismo judicial apresentam riscos que englobam

“a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias”. (BARROSO, 2012, p. 31).

Para a presente pesquisa, levar-se-á em conta, em especial, a judicialização, em virtude de seu cunho essencialmente estrutural, que pode ser constatado pelo sistema brasileiro de constitucionalidade, sobre o qual comenta o ministro Luís Roberto Barroso:

[...] adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. **Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.** (2012, p. 21, grifo nosso)

Esta forte atuação judicial, aliada à amplificação da legalidade sobre a qual já tratamos, são responsáveis pelo problema que alberga os supramencionados: a crise de insegurança jurídica. No caso do Brasil, a questão ganha um agravante, o fato de que os referidos atos sociopolíticos são praticados por um Judiciário cujos membros não foram eleitos por voto popular.

Para o Direito Administrativo, a insegurança jurídica corresponde às revisões judiciais das decisões proferidas pela Administração mesmo depois do devido processo administrativo. Para esta análise, considera-se que processo administrativo é aquele que compreende uma série de atos administrativos autônomos, sem a qual nenhuma decisão administrativa pode ser realizada, sob pena de configurar autoritarismo de quem a proferiu. Sobre isso, aduz Silveira (2017, p. 118):

Por meio do procedimento, as autoridades administrativas e os particulares manifestam os seus interesses, conformando a atuação administrativa e, por isso, a importância do procedimento revela-se não no seu resultado final, mas na instrução que os substancia. Seu centro encontra-se na participação “privada”, nos nexos eventualmente estabelecidos entre os vários poderes públicos e entre estes e os privados, na imersão dos fatos e dos interesses, na instrução complexa, que, ao verificar os fatos e apreciar dados técnicos, permite a intensificação, a valoração, a comparação dos interesses e a definição do “interesse público”.

Logo, pode-se asseverar que o processo administrativo é requisito de validade dos atos da Administração, cujo desfecho será uma decisão, que poderá contemplar, ou não, a existência de discricionariedade; que poderá, ou não, ser alvo de revisão judicial. A jurisprudência brasileira, em determinadas ocorrências, possui entendimento pacífico quanto à não possibilidade de invadir o mérito do ato administrativo, restringindo seu exame à regularidade

e legalidade do procedimento e dos atos. A título de exemplificação, têm-se os casos de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) e reprovação de servidor público em estágio probatório, o que pode ser corroborado, respectivamente, pelos julgados MS 20.348/DF, e AgRg no RMS 24.782/MG. (SILVEIRA, 2017).

Entretanto, em outros casos análogos, quer dizer, que também versam sobre sanções administrativas, o controle judicial não se exime em adentrar no mérito do ato administrativo. Isso ocorre, por exemplo, a respeito de certas decisões do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia federal responsável por buscar o equilíbrio no mercado brasileiro, tutelando o consumidor, mantendo a livre concorrência, e realizando outros trabalhos que envolvam o poder econômico, seja de fiscalização, de punição, ou educacional.

### **3.1. Análise do caso Nestlé/ Garoto**

Um caso notável foi o da Apelação Cível 0015018-08.2005.4.01.3400/DF. Em resumo, a famosa empresa transnacional Nestlé Ltda. apresentou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) uma negociação feita juntamente com a empresa brasileira Garoto S/A, no intuito de realizarem uma incorporação. Para que uma fusão desse porte possa ser consumada, é necessário que o governo analise quais eventuais consequências disso para o mercado financeiro, o que é feito pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), criado pela Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste.

Esse sistema é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e pelo Cade. Preliminarmente, o SEAE apresenta um parecer sobre a demanda, e o envia para o Cade fazer sua análise e tomar uma decisão. No caso em comento, o Conselho, em observância à legislação da época, mais especificamente à Lei 8.884/94, revogada pela referida Lei Antitruste, examinou a proposta de concentração econômica das empresas, e a denegou, sob o argumento de que estaria agindo preventivamente ao surgimento de um monopólio no ramo de chocolates, prejudicando a livre concorrência no mercado brasileiro.

Resumidamente, devido à extensão da ação, as empresas, ao buscarem o Judiciário, tiveram o pedido de fusão julgado procedente, e ao apelar contra essa sentença, o Conselho Administrativo novamente não obteve êxito. O processo de fusão durou cerca de 15 anos, quando, em 2016, o Cade reabriu o caso e propôs à Nestlé o cumprimento de determinadas diretrizes para porem fim ao litígio, acolhidas pela empresa, o acordo foi homologado pelo Tribunal do Conselho.

É possível afirmar que este foi um dos casos de judicialização das decisões do Cade, visto que a discricionariedade administrativa foi alcançada pelo Judiciário, mesmo após o

devido processo previsto à época dos fatos. Ademais, percebe-se das ações ajuizadas pelas empresas que, mesmo que versem acerca do prazo legal para o órgão analisar a fusão, o objetivo principal era a invalidação do veredito do Conselho, isto é, do mérito do ato administrativo, o que foi infortunadamente revisado, como se pode certificar pelo seguinte trecho do voto do relator Daniel Paes Ribeiro:

8. Exista ou não, no Brasil, algum competidor com 20% de participação no mercado de chocolates, o certo é que foi determinada a venda da Garoto a um competidor que tivesse participação de mercado de até 20%. Logo, foi admitido, em tese, índice de concentração de até 44,47% (20% + 24,47%) e a proposta de desinvestimento reduz abaixo desse índice a participação da Nestlé/Garoto.

9. Em segundo lugar, a manutenção do *status quo* será sempre melhor (qualitativamente superior) para a concorrência e para os consumidores que qualquer operação de concentração econômica. Mas, com base nessa premissa, não poderia haver qualquer ato de concentração de empresas. É necessário verificar se, apesar de resultar algum prejuízo para a livre concorrência e para os consumidores, o ato ainda assim comporta-se dentro de limites tolerados pelo sistema jurídico. (BRASIL, 2018, p. 04).

Além de desapoderar a autarquia, desvalorizando a atuação da Administração, a judicialização causa insegurança jurídica no tocante à eficácia das decisões administrativas, bem como à aplicação da norma, vez que “Não basta que uma norma seja considerada segura, enquanto acessível e inteligível, mas aplicada de modo arbitrário, sem critérios objetivos e uniformes [...]. Sem a segurança de aplicação, a segurança jurídica da norma é anulada. (SILVEIRA, 2017, p. 127).

Ainda para Silveira (2017), no Brasil, existem duas correntes ativas que representam a crise de segurança jurídica. A primeira diz respeito à expansão do controle principal e abstrato de constitucionalidade pelo Superior Tribunal Federal, cujas decisões produzem, mesmo no controle difuso, efeito *erga omnes* e vinculante, fazendo com que obtenham um poder normativo. Em oposição, na tentativa de se esquivar desse controle, o segundo movimento procura segurança em outras fontes normativas que não a lei *in stricto sensu*. Nos dois casos, busca-se solução em lugares antagônicos e distantes do Legislativo, motivo pelo qual exploraremos uma outra alternativa, estável e segura, para alcançar a segurança jurídica e o equilíbrio entre os Poderes, qual seja, a doutrina americana Chevron.

#### **4. A DOUTRINA CHEVRON**

A Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), em 1984, julgou um dos casos mais emblemáticos de sua história, o caso Chevron U.S.A Inc. *versus* NRDC – *Natural Resources Defense Council* (467 U.S. 837 (1984)). Tudo começou após a Agência de Proteção Ambiental (EPA) flexibilizar concepções ambientais no que se referia a indústrias poluidoras por meio do

conceito de bolha, em outras palavras, desde que não aumentasse o nível de poluição, cada empresa poderia modificar suas máquinas e equipamentos, que estas, dentro de uma mesma planta industrial, seriam consideradas, conjuntamente, como uma só fonte de poluição (BINICHESKI, 2017).

Em reação, grupos da NRDC ajuizaram uma ação questionando os regulamentos propostos pela EPA. Unanimemente, os *justices* anularam os atos da Agência, sob o argumento de que estes se opunham à lei de melhoria da qualidade do ar (*The Clean Air Act*, de 1977). A empresa Chevron recorreu da decisão, levando o caso até a Suprema Corte, que, enfim, estabeleceu o teste binário para deferência, ou não, às interpretações de um estatuto dadas por uma agência reguladora, característico do que ficou conhecido como Doutrina Chevron. Sobre o caso e os questionamentos do teste, comentam Barron e Kagan (2001, p. 205-206):

The question in that case concerned whether the Environmental Protection Agency (EPA) had acted lawfully when it issued a rule, in accordance with applicable notice-and-comment procedures, defining the term "stationary source" in the Clean Air Act to refer to whole plants, rather than each pollutionemitting device within them. In sustaining the rule, the Court prescribed a by now well-known, two-step inquiry to govern judicial review of an agency's interpretation of a statute that the agency administers. The first question is "whether Congress has directly spoken to the precise question at issue"; if so, the agency must comply with that judgment. The second question, reached only if Congress failed to speak clearly, is whether the agency has adopted a "reasonable" interpretation of the statute; if so, the courts must accept that interpretation.

Em suma, o primeiro passo consiste em verificar se a lei em questão é inequívoca em relação ao que está se tratando. Se sim, não há controvérsia, o tribunal julga claro o sentido da lei e as agências devem cumprir o entendimento. Todavia, se o Congresso foi omissivo ou o dispositivo legal é ambíguo, o tribunal avança para o segundo passo e averigua se a interpretação da agência é razoável ou plausível, em caso afirmativo, o tribunal deve mantê-la, ainda que possua opinião diferente, ou tenha encontrado solução que considere melhor (SILVEIRA, 2017).

Sobre isso, há duas importantes considerações a se fazer. A primeira concerne à aparente facilidade, e até trivialidade, de o Judiciário examinar a ambiguidade ou o sentido da lei, sobretudo porque a regra de Chevron não explica como isso deve ser feito, e também pela relevância dessa análise, já que ela simplesmente determina de que modo será feito o controle judicial. Entretanto, como explica Binicheski (2017, p. 31), os tribunais realizam uma pesquisa “completa e complexa da legislação, com vistas a identificar a intenção do Congresso, [...] examinar o texto legislado, as definições dos dicionários, os cânones de interpretação, a estrutura da lei, o propósito ou intenção legislativa e a história legislativa”, a fim de fazer da

deferência, caso se chegue a ela, uma alternativa justa e assertiva.

A segunda observação também diz respeito ao trabalho hermenêutico envolvido na Doutrina americana, porém, mais voltada para o caráter político das decisões administrativas, quer dizer, quando um texto legal é atestadamente ambíguo, e os juízes são deferentes à interpretação da agência, estes se percebem como agentes públicos não eleitos, concedendo espaço para a decisão razoável de uma autarquia, cujo supervisor maior é o Presidente da República, visto que “As first conceived, the Chevron deference rule had its deepest roots in a conception of agencies as instruments of the President, entitled to make policy choices, within the gaps left by Congress, by virtue of his relationship to the public”. (KAGAN, 2001, p. 2373). Outrossim, elucida o assunto Binichski (2017, p. 31):

Quando o Congresso edita uma lei e confere o diploma legal para a administração de uma agência governamental e o texto legislado resta ambíguo, parece ter delegado implicitamente às autoridades administrativas o poder de interpretação da norma. Destarte, a delegação enfatiza a natureza política das decisões administrativas, a delegação implícita do Congresso para a promoção de políticas públicas. Aliás, em Chevron a Suprema Corte invocou precisamente a teoria democrática para dotar a interpretação das leis às agências, pois estão sob supervisão do Presidente, eleito por todas as pessoas; e assim, é apropriado que elas resolvam as questões concorrentes que o próprio congresso não resolveu, pois os juízes não são partes de nenhum ramo político e não têm eleitorado.

A Doutrina Chevron também possui exceções, necessárias para que o sistema de deferência judicial não seja utilizado arbitrariamente. Dessa forma, os tribunais não devem ser diferentes, ainda diante da ambiguidade da lei, quando: “i) a interpretação é feita pela primeira vez pela agência no âmbito de um litígio em que ela é parte; ii) se a agência [...] não é a responsável pela “administração”, total ou parcial, da lei, no sentido de ter poder normativo e de julgamento”. (SILVEIRA, 2017, p. 132).

Ademais, não é aceitável que uma agência mude sua interpretação a qualquer momento, devendo, para tanto, fundamentar bem o motivo da mudança, além de não poder fazê-lo no curso de uma ação da qual é parte litigiosa, isto é, “a alteração interpretativa para ganhar um processo. Destarte, a delegação legislativa para os recuos da administração cabe, em Chevron, quando obedecidas as formalidades legais e no curso regular dos assuntos próprios das agências”. (BINICHESKI, 2017, p. 31).

Além da Doutrina em estudo, outras correntes jurisprudenciais estadunidenses ampliam e refinam a concepção de Chevron, sendo as mais famosas Christensen, Mead e Barnhart, as quais Sunstein (2006) alcunha de “*Step Zero Trilogy*”, aduzindo que as decisões destes três casos servem como um filtro antes da efetiva aplicação de Chevron. Em Christensen *versus* Harris County (529 U.S. 576 (2000)), a Corte definiu que não poderia seguir a deferência de

Chevron nos casos de interpretação de carta de opinião do Administrador em exercício (*Acting Administrator's opinion letter*), nem nas contidas em “policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law-do not warrant Chevron-style deference” (SUNSTEIN, 2006, p. 212).

Já em *United States versus Mead Corporation* (533 U.S. 218 (2001)), a SCOTUS concluiu que para aplicação de Chevron, é necessário verificar se “Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law, and that the agency interpretation claiming deference was promulgated in the exercise of that authority” (SUNSTEIN, 2006, p. 213), ou seja, deve-se analisar se a agência criou seu estatuto com uma força normativa que lhe foi concedida pelo próprio Legislativo.

Ao passo que Christensen determinou hipóteses bem claras, e Mead sugeriu o teste da força da lei (“*force of law*” test), em *Barnhart versus Walton* (535 U.S. 212 (2002)), por sua vez, o entendimento foi o de que é apropriado usar Chevron quando constatada “the related expertise of the Agency, the importance of the question to administration of the statute, the complexity of that administration, and the careful consideration the Agency has given the question over a long period of time” (SUNSTEIN, 2006, p. 217).

Assim, Barnhart compreende os juízos de Christensen e Mead, e aprimora a Doutrina Chevron no sentido de que esta não determine regras inflexíveis, nem tendenciosas, indicando que é preciso que o juiz visualize contextualmente o caso, e sendo o ato administrativo razoável, deve ser acolhido, ainda que não seja considerada a melhor decisão pelo Tribunal, principalmente, ao se levar em conta a experiência e técnica das agências.

É inegável que no Brasil não existem parâmetros bem delineados acerca da revisão judicial dos atos administrativos. Casuisticamente, os tribunais impõem certa deferência somente à discricionariedade técnica das decisões das agências. A ideia de olhar para sua própria capacidade institucional poderia ser melhor explorada pelo Judiciário brasileiro, a fim de serem tomadas melhores decisões em situações que contemplem circunstâncias técnico-científicas, nas quais o juiz, por formação, não possui o conhecimento necessário.

Essa autolimitação judicial (*judicial self-restraint*) livra os próprios tribunais do ônus de supervisionar de maneira ativa o volume de decisões proferidas pelas agências, as quais também seriam protegidas de terem seus atos constantemente sujeitos ao controle judicial. Todavia, isso não significa que o tribunal irá abdicar de suas competências, pelo contrário, quer dizer que a função judicial concentrará esforços em outros aspectos que não a discricionariedade administrativa, técnica ou não. Sobre isso diz Barroso (2012, p. 31-32):

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser diferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.

Outro fator preocupante na realidade brasileira, e essencial para a aplicação da Doutrina Chevron, é a premência de fortalecimento institucional, sobretudo no que se refere às entidades da Administração Pública. É sabido, e empiricamente comprovado através das auditorias do Tribunal de Contas da União (TCU), que os órgãos administrativos enfrentam toda sorte de problemas, que passam por falhas nas fiscalizações, “procedimentos internos morosos e ineficientes; não aplicação de sanções [...]; obscuridade na tomada de decisões por falta de transparência e de fundamentação técnica robusta; e não enfrentamento de questões setoriais relevantes ao interesse público” (SILVEIRA, 2017, p. 138).

Dessa forma, entende-se que a Administração precisa melhorar sua estrutura e aprimorar a qualidade de sua atuação para que a Doutrina Chevron possa ser aplicada plenamente, já que esta requer instituições estáveis, com funções bem definidas e de atividades consistentes. Para isso, o TCU costuma sugerir planejamentos que contribuam para um procedimento administrativo mais transparente com decisões técnicas bem fundadas, bem como planos de bom gerenciamento para que as agências prestem serviços públicos de qualidade. Ressalte-se que um importante passo para isso se deu com a promulgação da Lei 13.848/2019, a qual versa sobre todos os elementos de gestão das agências, trazendo dispositivos que contribuem para a segurança jurídica, autonomia, atuação e transparência dessas autarquias.

Outra medida significativa está relacionada à atuação do Ministério Público (MP), que deve ser mais ativo politicamente, notadamente, em questões que estão no âmbito da corrupção, como improbidade administrativa, desrespeito aos princípios da Administração Pública, intromissão política e de partidos políticos. O MP “não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. [...] Para tal, deve politizar e desjurisdicionarizar a sua atuação” (GOULART, 2001, p. 27-30 apud SILVEIRA, 2017, p. 141-142), deixando de ser um ator processual, para se tornar um agente político resolutivo.

À vista disso, considerando o contexto brasileiro, a aplicação da Doutrina Chevron pode ser decisiva na sistematização de um modelo de regulação do controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos. A deferência judicial vai ao encontro da democracia ao nortear o Judiciário, desafogando-o, e ao valorizar a atuação da Administração Pública, oportunizando,

ademais - a longo prazo e em conjunto com os outros fatores referidos - a superação da crise de insegurança jurídica, de legitimidade do Legislativo e da fragilidade das instituições brasileiras.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À vista do que foi exposto, depreende-se que a Doutrina Chevron, ou outra doutrina de deferência, se aplicada no Brasil, pode ser preponderante na estruturação de um sistema que imponha limites ao controle judicial do mérito do ato administrativo. Ressalte-se que consideramos que a questão envolvida no tema debatido é a judicialização dos atos administrativos, por se acreditar que a forte atuação do Judiciário deriva, não de sua vontade, mas do modelo de constitucionalidade brasileiro.

Por isso, a aplicação de Chevron não deve partir do Legislativo, pelo contrário, a autolimitação é uma atitude a ser tomada pelos próprios juízes espontaneamente, utilizando o livre convencimento motivado de forma a valorizar a atuação Administrativa, respeitando sua própria capacidade institucional ao agir em posição de deferência para com as decisões feitas por agências especializadas, no caso de possuírem razoabilidade e feitas conforme procedimento legalmente previsto, ainda quando ele (Judiciário) tiver entendimento diverso, como tem feito em julgados ainda tímidos, a citar: ADI 4874, REsp 1.171.688, SEC 8.542.

Um dos principais pontos da corrente jurisprudencial de Chevron é justamente a valorização que concede aos atos da Administração Pública. Assim, levando-se em conta o contexto atual do Brasil, urgente se faz o desenvolvimento das estruturas e da qualidade das atividades não só das autarquias, mas dos órgãos e entidades da Administração que carecem disso, como o Programa Estadual de Proteção e Orientação do Consumidor (Procon), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e mesmo o já referido Cade. Para tanto, é imprescindível o acolhimento efetivo das propostas do TCU, da legislação voltada para o tema, como a Lei 13.848/19, bem como é premente uma atuação ativa do Ministério Público no combate à corrupção, e a quaisquer outros desvios de conduta dentro da Administração.

Assim, ao enunciar que tais medidas devem ser tomadas de imediato, reitera-se que a Doutrina Chevron apresenta-se como uma solução à longo prazo para a crise de insegurança jurídica, insitucional e de legitimidade no Brasil. O pensamento por detrás de Chevron não implica em uma medida paliativa, mas de uma prática que pode agir na raiz do problema e, enfim, harmonizar a atuação dos Poderes, respeitando os princípios e direitos fundamentais previsto na Constituição, conduzindo o sistema jurídico brasileiro rumo à isonomia e eficiência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. Constituição, direitos fundamentais e democracia: a constitucionalização do direito administrativo moderno. *In: CONPEDI/UFPB, 2014. Direito e Administração Pública II.* Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=0871af0e2e24e2b7>>. Acesso em: 04/02/2021.

BARRON, David J.; KAGAN, Elena. Chevron's nondelegation doctrine. *The Supreme Court Review*. Chicago, v. 2001, p. 201-265, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*. Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 05/12/2020.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado?. *Revista CEJ*. Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.268/MG**, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0015018-08.2005.4.01.3400/DF**, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *In: Editora Fórum: Conhecimento Jurídico*. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>> Acesso em: 19/01/2021.

\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

HOROWITZ LOPES, Luiz Felipe. Adequação Jurídico-Institucional do Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Mercado Financeiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 116-137, maio 2020.

KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*. [S.l.], v. 114, p. 2245-2385, 2001.

PEREIRA, Ana Paula Sampaio Silva. A segurança jurídica administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise acerca dos fundamentos normativos e dos argumentos jurídicos nos julgamentos dos mandados de segurança 24.781 e 25.116. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 3, n. 2, p. 195-227, jul-dez, 2013.

SILVEIRA, Andre Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 276, p. 109-146, set./dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. **Virginia Law Review**. Chicago, v. 92, n. 2, p. 187-249, abr. 2006.