

WILKSON VASCO FRANCISCO LIMA BARROS

A necessidade de revisar as
doutrinas chenery e chevron,
permitindo os legítimos
controles **social e judicial**

WILKSON VASCO FRANCISCO LIMA BARROS

O estudo objetiva demonstrar a necessidade de revisar a aplicação das Doutrinas Chenery e Chevron no sistema jurídico brasileiro. O STF e o STJ aplicam ambas as teorias, tendo, inclusive, fixado parâmetros para suas aplicações pelos tribunais. Serão destrinchados os pontos positivos e negativos das duas teorias e a aplicação jurisprudencial. Tais teorias dão independência total ao Poder Executivo em suas escolhas políticas e em seus critérios técnicos. Isso causa, por diversas vezes, o abuso pelo Estado em não garantir os direitos e garantias fundamentais e a proteção a opções políticas impostas unilateralmente e com interesses nem sempre lícitos. Diminuem o aspecto democrático do controle social dos atos administrativos. Impossibilita o debate! As boas governanças e governabilidade são, em vez de fortalecidas, restringidas fortemente.

ISBN 978-65-6006-038-8



9 786560 060388 >

A necessidade de revisar as
doutrinas chenery e chevron,
permitindo os legítimos
controles **social e judicial**



Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BARROS, Wilkson Vasco Francisco Lima

Título: A necessidade de revisar as doutrinas Chenery e Chevron, permitindo os legítimos controles social e judicial - Editora Expert - 2023

Autor: Wilkson Vasco Francisco Lima Barros

ISBN: 978-65-6006-038-8

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito Constitucional 2.Poder Judiciário 3.Garantias Fundamentais

4.Chenery 5.Chevron

I. I. Título.

CDD: 341.2

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DOCTRINA CHENERY	13
1.1 Conceito	15
1.2 Benefícios da doutrina Chenery	22
1.3 Críticas da doutrina Chenery	27
2. DOCTRINA CHEVRON	37
2.1 Conceito	39
2.2 Dos benefícios da doutrina Chevron	43
2.3 Críticas da doutrina Chevron	49
3. AS CORRENTES DA FILOSOFIA JURÍDICA	59
4. JULGADOS DO STJ E DO STF ADOTANDO AS DOCTRINAS CHENERY E CHEVRON	75
5. CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

Ao longo de toda a humanidade, o controle sobre os atos dos governantes sempre foi complexo. Já existiram períodos de ausência de qualquer controle, a exemplo das monarquias absolutistas. Cada vez mais os controles aumentam, a fim de gerar confiança social nos administradores.

O avanço social depende (quase invariavelmente) de regimes políticos com amplo acesso e controle popular. Com diversos órgãos como *accountability*, a exemplo do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais, entre outros.

Nesse sentido, surge o embate entre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e a separação dos poderes. Não se pode negar que alguns temas possuem a reserva da administração, ou seja, cabe somente ao Poder Executivo fazer a opção por qual caminho seguir. Trata-se da legítima estrutura do Estado da República Federativa do Brasil.

Ora, os representantes políticos são eleitos através de eleições com base na maioria popular, havendo a vontade majoritária. O melhor projeto político vence o pleito de acordo com a maioria da população.

Em outro giro, é sabido do papel contramajoritário do Poder Judiciário, impondo limites à vontade da maioria e protegendo as minorias. A título de exemplo, não seria constitucional um sistema racista, independente se recaísse em desfavor de um grupo minoritário (transexuais ou outro), cabendo uma decisão decretando a nulidade de tal sistema.

Fundamentando a defesa da autocontenção da atuação judicial, surgiram diversas teorias.

Após muita divergência, no Brasil, a jurisprudência se sedimentou que, em regra, não cabe ao Judiciário analisar o mérito administrativo. Contudo, em hipóteses excepcionais, havendo violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, caberia uma decisão judicial determinando a revisão da escolha política. Não se trata de mérito administrativo,

mas sim de controle de legalidade – por violação aos citados princípios. Nesse caso, não há discricionariedade administrativa. Existe arbitrariedade administrativa! Como exemplo, temos a opção de gastar com bandas caras em show público enquanto cidadãos morrem por falta de medicação em hospitais.

Sabe-se dos poucos recursos públicos disponíveis ao Estado. Assim, o Poder Público não pode ser um garantidor universal, baseado na reserva do possível. Este é o limite da intervenção judicial em políticas públicas. Todavia, o mínimo existencial é o limite do limite! Não cabe ao Estado se omitir de garantir direitos básicos do cidadão se fundamentando na reserva do possível, em especial, ao adotar escolhas desproporcionais e desarrazoáveis.

Nesse contexto, duas teorias se destacam atualmente, com o STF e o STJ decidindo com base nelas: as Doutrinas Chenery e Chevron.

A primeira tem incidência acerca da análise judicial sobre temas técnicos e complexos. Se seria cabível ou não o Judiciário poder afastar a escolha técnica adotada pela Administração Pública.

A segunda trata da deferência do Judiciário às escolhas das políticas públicas adotadas. Não caberia a análise do mérito administrativo, sob pena de haver violação da separação dos poderes, com o juiz substituindo o administrador público.

Ambas estão no âmbito de proteção à reserva da administração, cabendo, legitimamente, ao Poder Executivo planejar e executar as políticas públicas. Este estudo vai explicitar os detalhes de ambas teorias, os benefícios e os malefícios, as críticas e os elogios doutrinários.

1

DOCTRINA CHENERY

1.1 CONCEITO

A doutrina Chenery deriva do direito norte americano, sendo aplicado no direito brasileiro pelos STF e STJ. Ela define que o Poder Judiciário não pode interferir em questões técnicas e complexas tomadas pela administração pública. Carece ao Poder Judiciário, a expertise em análises de questões técnicas e complexas.

Segundo tal doutrina, o Poder Judiciário não pode anular um ato administrativo sob o argumento de ausência de critérios técnicos. Em relação às questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de conhecimento para analisar a correção ou não dos critérios adotados pela Administração Pública.

As escolhas políticas, desde que não sejam dotadas de flagrantes ilegalidades, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

Márcio Calvacante¹ descreve a Doutrina Chenery (grifo meu):

A “doutrina Chenery” (Chenery doctrine) surgiu a partir de um julgamento da Suprema Corte norte-americana (SEC v. CheneryCorp., 318 U.S. 80, 1943).

Segundo essa teoria, **o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela Administração Pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica.** Isso porque, em temas envolvendo questões técnicas e complexas, **os Tribunais não gozam de**

1 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Decisão que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031d88451c78fd8d6d6378c0b2>>. Acesso em: 22/10/2023.

expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não.

Assim, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

A “doutrina Chenery” é bem explicada por um autor norte-americano chamado Richard Posner, que trata sobre a análise econômica do Direito, ou seja, sobre os reflexos econômicos das decisões judiciais (*Economic Analysis of Law*. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996).

Renata Carvalho Espíndola² detalha a origem da doutrina estudada:

A doutrina Chenery surgiu a partir de dois casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1943 e 1947, a envolver a *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp*, com relevantes reflexos no bojo do sistema legal norte-americano e do Direito Comparado. A leitura da doutrina brasileira sobre Chenery traz que tal abordagem postula que os atos discricionários ou governamentais, elaborados a partir de prévias pesquisas e estudos técnicos conduzidos por especialistas, devem ter seu

² ESPÍNDOLA, Renata Carvalho. As políticas públicas de saúde e o mérito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: considerações sobre a aplicabilidade da doutrina Chenery. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 42, n. 1, jan./jun. p. 20. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_bole_tim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-PG-DF_v.42_n.1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

conteúdo estritamente observado pelos órgãos jurisdicionais.

Sobre os dois julgados originários da Doutrina Chenery pela Suprema Corte norte americana, vale citar a ótima explicação de Julian Ritzel Farret e Ariela Zuchetto Navarro³:

Nesse contexto, faz-se pertinente aos objetivos do corrente trabalho estudar a denominada Doutrina Chenery, desenvolvida no bojo da Suprema Corte norte-americana.

O precedente *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp* foi originado a partir das decisões denominadas Chenery I (*SEC v. Chenery Corp.*, 318 U. S. 80, 1943) e Chenery II (*SEC v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194, 1947), as quais apresentaram identidade de partes. No caso, a Securities and Exchange Commission (SEC), que corresponde à agência incumbida da fiscalização de operações com valores mobiliários (agência reguladora propriamente dita, distintamente do tratamento conferido à matéria no Brasil), aprovou plano de reorganização da sociedade federal Water Service Corporation, distinto daquele intentado pelos executivos, diretores e acionistas controladores da companhia, contrário a seus interesses.

Os citados agentes financeiro-administrativos da sociedade pretendiam adquirir ações preferenciais desta durante a apresentação de

3 NAVARRO, Ariela Zuchetto e FARRET, Julian Ritzel. Doutrina Chenery e o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários: uma análise do caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

planos de reorganização societária, visando a sua conversão em ações ordinárias na nova estrutura da companhia. A SEC, contudo, à luz do Public Utility Holding Company Act (PUHCA), de 1935, decidiu pela impossibilidade de negociação dos valores mobiliários da companhia no decorrer do lapso temporal de sua reorganização pelos agentes, tendo negado o plano apresentado. Estabeleceu, de outra mão, que ações preferencias que foram adquiridas por executivos e diretores da empresa enquanto ocorriam planos para sua reorganização não seriam convertidas em ações na empresa reestruturada, consoante viria a ocorrer com as demais ações preferenciais, mas sim seriam cedidas pelo valor de custo somado a juros. O fundamento alegado pela SEC em sua decisão foi a compreensão da agência acerca de incompatibilidade da ação empresarial com os princípios de equidade fixados no ordenamento legal, de modo a violar os deveres fiduciários dos agentes.

Judicializada a questão, a Suprema Corte norte-americana fixou entendimento contrário à SEC, afirmando a exigência de reavaliação de sua ordem. Isso porque os fundamentos invocados quanto à violação ao princípio da equidade para com a companhia, os outros acionistas ou os investimentos públicos não se sustentariam em face da não constatação de que os executivos e diretores da companhia teriam feito uso ilegal, ou ainda tirado vantagens indevidas, de suas posições nas transações financeiras. Consoante a Corte, ainda que a SEC tenha buscado argumentar, em juízo, que o plano de

reorganização violaria dispositivos do PUHCA, tal fundamento não constava na motivação do ato e, portanto, não poderia ser objeto de análise. Em suma, afirmou a Corte que a interpretação da SEC quanto à lei fiduciária estava incorreta, e que a SEC não poderia defender seu ato em juízo sob bases diversas daquelas construídas na sua fundamentação original, vinculantes à análise, motivo pelo qual a decisão deveria ser reformulada. Nesse contexto, definiu-se, na citada *Chenery I*, a então denominada “doutrina *Chenery*”, cujo núcleo duro representaria o fato de que a análise e a revisão, por Tribunal, da validade de ato de agência administrativa, estariam limitadas aos motivos aventados na fundamentação de decisão tomada pela agência, não podendo o julgamento se basear em diferentes motivos.

Em reexame da questão após declaração de invalidade judicial de sua primeira ordem, a SEC atingiu a mesma compreensão, contudo, sob fundamentos distintos. Baseou sua exigência no fato de que permitir à administração empresarial lucrar com aquisição de ações na pendência dos processos de reorganização seria incompatível com as normas dos §§ 7 e 11 do PUHCA. Ainda assim, a nova ordem formatada pela Comissão foi objeto de insurgências e seguiu a Suprema Corte norte-americana.

No caso intitulado *Chenery II*, 16 a Suprema Corte destacou que sua decisão anterior a respeito da invalidade da ordem da SEC em *Chenery I* baseou-se tão somente no de fato que o ato não poderia ser mantido pelos fundamentos

então apresentados (princípios de equidade legalmente estabelecidos), mas que a Comissão não foi impedida, no desempenho da sua função administrativa, de chegar ao mesmo resultado por motivos tidos como adequados e pertinentes. Não só isso: expôs-se que não haveria óbice à adoção, por parte da SEC, de uma decisão singular posterior, com efeitos retroativos, a regular determinada situação. Isso porque a escolha de regulação de específica ocorrência entre o procedimento por regra geral ou por decisões ad hoc encontra amparo na discricionariedade concedida à agência administrativa. Significou expressar, em suma, que, ainda que a SEC não tivesse uma regra existente proibindo o plano de reorganização proposta pela recorrida, e qualquer nova regra se aplicasse apenas a situações futuras, ela não estava obrigada a aceitar o plano e poderia usar da adjudicação administrativa para resolver a questão.

Diante de tal contexto, a Suprema Corte norte americana definiu que a possibilidade de análise judicial se encerra quando o ato administrativo é bem fundamentado e com fulcro em delegação legítima do Congresso:

A função judicial de revisão de uma ordem da Comissão chega ao fim quando se torna evidente que a ação da Comissão se baseia em evidências substanciais e é consistente com a autoridade a ela concedida pelo Congresso⁴.

⁴ UNITED STATES OF AMERICA, 1947. No original, em inglês: “The judicial function on review of an order of the Commission is at an end when it becomes evident that

A conclusão da Comissão neste caso é o produto da experiência administrativa, apreciação da complexidade do problema, realização das políticas legais e tratamento responsável dos fatos não contestados e constitui uma decisão administrativa admissível que não pode ser perturbada na revisão judicial⁵.

Desta forma, a Corte Constitucional dos Estados Unidos definiu que a doutrina Chenery limita a atuação judicial e protege a separação dos poderes.

Resguarda a opção adotada derivada da delegação pelo Congresso, afastando a usurpação pelos tribunais. Mantém o poder de escolha nos órgãos que teriam melhor competência em questões técnicas e complexas.

Pauta-se no fundamento que atos discricionários com alto grau de complexidade e tecnicidade não podem ser revistos pelo Poder Judiciário, órgão sem igual expertise técnica e administrativa. E mais, sem o conhecimento pleno da realidade administrativa fundamentadora da escolha administrativa.

Julian Ritzel Farret e Ariela Zuchetto Navarro⁶ resumem muito bem os principais pontos da Doutrina Chenery:

Traduz-se, nesses termos, a doutrina Chenery ao espaço brasileiro, fixando-se:

the Commission's action is based upon substantial evidence and is consistent with the authority granted by Congress".

5 UNITED STATES OF AMERICA, 1947. No original, em inglês: "The Commission's conclusion in this case is the product of administrative experience, appreciation of the complexities of the problem, realization of the statutory policies, and responsible treatment of the uncontested facts, and constitutes an allowable administrative judgment which cannot be disturbed on judicial review".

6 NAVARRO, Ariela Zuchetto e FARRET, Julian Ritzel. Doutrina Chenery e o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários: uma análise do caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS. Boletim Científico ESPMU, Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

- 1) a vinculação do Judiciário aos fundamentos elencados pela Administração para o embasamento do ato administrativo discricionário, e, mais fortemente,
- 2) a inviabilidade da sindicabilidade desses motivos, em respeito à autoridade granjeada ao Poder Público para decidi-los. Isso, aliás, porque os representantes legislativos conferiram atribuições para a tomada de determinadas decisões ao Poder Público, em razão de sua capacidade para analisar questões técnicas, e não ao órgão jurisdicional.

Em síntese, para a Doutrina Chenery o Judiciário não pode anular os atos administrativos, sendo vinculado aos fundamentos da Administração Pública e nem valorar tais aspectos, em respeito à reserva exclusiva de atuação do Poder Executivo.

1.2 BENEFÍCIOS DA DOUTRINA CHENERY

Neste tópico, serão destrinchados os benefícios jurídicos da adoção da Doutrina Chenery no sistema jurídico, demonstrando os argumentos doutrinários.

É inegável a necessidade de respeitar a separação dos Poderes, com o Judiciário não invadindo ilicitamente o âmbito de atuação do Executivo e do Legislativo.

Julian Ritzel Farret e Ariela Zuchetto Navarro⁷ afirmam que a Doutrina Chenery garante o respeito ao mérito administrativo:

7 NAVARRO, Ariela Zuchetto e FARRET, Julian Ritzel. Doutrina Chenery e o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários: uma análise do caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

Isso, porque a revisão jurisdicional adquire contornos mais complexos em face da necessidade de não invasão do mérito administrativo, presente nos atos administrativos discricionários, sob pena de violação às atribuições legalmente conferidas ao Poder Executivo. Nesse sentido, formaram-se diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos limites da atuação do Judiciário em matéria de discricionariedade administrativa, entre as quais se insere a doutrina norte-americana de Chenery.

Hely Lopes Meirelles⁸ define o mérito administrativo como a conveniência, a oportunidade e a justiça do ato administrativo:

O mérito administrativo é a valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

O respeito ao mérito administrativo é o cumprimento regular a cláusula pétrea da separação dos poderes. Neste sentido José Afonso da Silva⁹:

Cumpre, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de

8 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 173.

9 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 110.

funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário).

Bruno Duailibe¹⁰ afirma que a Doutrina Chenery garante o respeito à democracia, à Separação dos Poderes e à capacidade técnica do Poder Executivo (grifo meu):

Embora importante seja o ativismo, não é possível demarcar até que ponto as revisões judiciais brasileiras desbordam os limites e põem em xeque a harmonia dos Poderes, necessária à manutenção e estabilidade do sistema constitucional vigente. Esse fato, insta asseverar, costuma ser associado ao déficit democrático do Poder Judiciário.

Com efeito, no exercício do poder administrativo, **o agente público está no exercício de uma função que lhe foi conferida por vontade popular.** Portanto, essa autoridade não poderia

10 DUAILIBE, Bruno. Apointamentos sobre a Teoria Chenery e sua aplicação no ordenamento brasileiro. 2023. <https://www.migalhas.com.br/depeso/384039/teoria-chenery-e-sua-aplicacao-no-ordenamento-brasileiro>. Acesso em: 22/10/2023.

ser, em princípio, substituída pelo exercício interpretativo do mérito administrativo realizado por um julgador, sob pena de destituir e embaraçar a função empreendida pelo Executivo. Além disso, é necessário considerar que, **sendo complexas as realidades sociais de um país com expressivas diferenças regionais e econômicas, as respostas encontradas pela Administração Pública nem sempre são suficientes para atender todas as necessidades sociais.** Contudo, **não se pode, tampouco, depreender que as respostas encontradas pelo Poder Judiciário na apreciação ou revisão judicial dos atos administrativos e de políticas públicas terão os resultados contemplados pelos juízes em suas decisões.**

Assim, conforme se pode extrair da Teoria Chenery, **carece o judicante da expertise para avaliar atos administrativos discricionários e de governo fundamentados em pesquisas técnicas e desenvolvidas por equipes que detêm expertise.** Sob esse panorama, vislumbra-se que a doutrina merece destaque nas demandas que envolvem a Administração Pública, devendo ser amplamente conhecida tanto por quem atua na defesa dos interesses da Administração, como, principalmente, por juízes que venham a dirimir conflitos em torno de atos discricionários e de governo.

Edimur Ferreira de Faria e Ana Maria Isar dos Santos Gomes¹¹ vão no mesmo sentido de Bruno Duailibe, afirmando que a Doutrina Chenery consagra a democracia:

Como se percebe, a discricionariedade encontra-se em uma balança, onde pende, de um lado, a interpretação do administrador acerca do que seria a vontade da lei no caso concreto, norteadada pelo interesse público, e, de outro, a interpretação do juiz. **O risco a ser enfrentando, quando se transfere o controle do mérito do ato discricionário para o Poder Judiciário, é dar azo ao decisionismo jurídico. Ou seja: transfere-se a competência para escolher a solução correta do Poder Executivo, que detém representatividade popular, para o juiz.**

Em resumo, a doutrina Chenery traz como benefícios segundo as doutrinas citadas:

- 1 – O respeito ao mérito administrativo;
- 2 – A atuação técnica do ato administrativo a quem é melhor dotado de expertise, sendo o caso o Poder Executivo;
- 3 – A formulação do ato administrativo ao órgão que conhece as realidades sociais e tem maior contato com os desafios concretos - novamente sendo o Poder Executivo;
- 4 – Cumprimento regular da Democracia, respeitando a vontade popular majoritária.

11 FARIA, Edimur Ferreira de; GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. Discricionariedade em política urbana: o caso do viaduto estaiado de Curitiba. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 362-391, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/42294/32600>. p. 367. Acesso em: 23/10/2023.

Conforme apresentado, os benefícios são muitos. A Doutrina objetiva uma boa divisão na atuação dos Poderes e dos seus legítimos fins.

1.3 CRÍTICAS DA DOUTRINA CHENERY

Demonstradas as benesses, passa-se a análise das críticas à Doutrina Chenery, inclusive, sobre os excessos em sua aplicação.

Hélder Alexandre Santos¹² apresenta a crítica da Doutrina Chenery ferir os princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário (art.5º, XXXV, CF/88) e do “*Non Liqueat*”, bem como o “*due process of law*”. Ajuizada uma ação, é obrigação do Judiciário decidir o mérito, salvo casos de vícios na forma ou outras exceções. Seria necessária a análise judicial em todo e qualquer caso, pelo menos de forma mínima – um juízo mínimo de deliberação do “mérito”:

Destarte, quando o Judiciário julga causas complexas e aceita argumentos técnicos-científicos da Administração Pública, estaria o mesmo ferindo princípios básicos como: a inafastabilidade do Poder Judiciário (art.5º, XXXV, CF/88) e do “*Non Liqueat*”, bem como o “*due process of law*” que exige deste Poder uma resposta para uma demanda uma vez intentada. É certo que as decisões da Administração Pública, que são escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam expressamente ilegais (caráter

12 SANTOS, Hélder Alexandre. Doutrina Chenery e a Necessidade da Densificação do Amicus Curiae: Direitos Fundamentais e Ativismo Judicial. 2019. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/doutrina-chenery-e-a-necessidade-da-densificacao-do-amicus-curiae-direitos-fundamentais-e-ativismo-judicial/733124662>. Acesso em 23/10/2023.

da ilegalidade) não poder-se-ia ser sobrestadas pelo Judiciário, além do mais quando se tratar de atos discricionários em que tenham mérito dos quais o Poder Público faz seu juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de um certo ferimento do princípio da separação dos Poderes (art. 2º, CF 88). Mas nada obstante, os juízes realizando no caso concreto uma valoração do princípio da ponderação de valores julgar determinada demanda no sentido de assegurar direitos fundamentais em prol da coletividade. Não se trata aqui, pois, de uma insindicabilidade do mérito dos atos administrativos (Diogo de Figueiredo, 2009), mas de um juízo mínimo de deliberação do “mérito”, matéria já pacificada no Supremo Tribunal Federal através de seu plenário (STA73 Agr, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgado em 17/03/2018).

Hélder Alexandre Santos defende sua posição crítica à Chenery por esta violar a paridade de armas entre a administração pública e os administrados. Apesar do Poder Judiciário não ter a expertise técnica, poderia se valer do *amicus curiae* e superar essa problemática. Assim, haveria a possibilidade de os cidadãos questionarem os atos do Poder Público e se valerem de outras visões técnicas sobre os serviços questionados.

Cita-se o referido autor (grifo meu):

Observa-se, que com a vigência do Novo Código de Processo Civil – Lei n.º [13.105/15](#), fora constituído o instituto do *amicus curiae*, que antes só se admitia, com maior veemência, em sede de controle concentrado por meio da Lei n.º [9.868/99](#)

– Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. A **aceitação do *amicus curiae*, e sua densificação nas mais diversas Ações, veio para oferecer aos juízes caráter informativo, elementos para a formação do convencimento do juiz fazendo com que o mesmo profira decisões mais razoáveis e justas**, assim como mais próximas de nosso contexto jurídico-social-econômico, **permitindo também este juízo uma apreciação técnico-científico com relação à parte contrária para que não paire sobre argumentos tão somente da Administração Pública**.

Nestes termos, **se de um lado a Administração Pública se vale do pretexto de obter expertise quando da oferta de algum direito fundamental através de políticas públicas, a sociedade pode se valer, em contrário sensu, do *amicus curiae* como auxiliar do Juiz, vez que não é considerado interventor, pois não tem interesse na causa**, a não ser a de **prestar esclarecimentos técnicos-científicos** apoiando o Juiz para um decisum com um teor de maior democraticidade.

Contudo, deveras, a sociedade se valendo deste instituto, para que no mínimo obtenha e **ofereça ao Juiz a mesma paridade da qual tem a Administração Pública em demonstrar que determinado direito paira em certos termos técnicos**, irá decerto fazer com que o juiz, analisando o caso concreto e fazendo sempre um juízo de ponderação, **obrigue os Poderes Legislativos e Executivo a efetivarem direitos fundamentais que se encontram elencados em nossa *lex mater* de 1988**. De fato os rumores

se darão com relação ao ativismo judicial, assim como se obtém referidas críticas da Jurisdição Constitucional em sede do Supremo Tribunal Federal. O fato é que a judicialização dos atos administrativos nasce de um modelo constitucional que se adota e não de um exercício deliberado de vontade política. Já no ativismo judicial há uma maior margem de escolha do Juiz/Tribunal na interpretação das Leis em sentido *lato sensu* – dando uma maior amplitude e alcance para a concretização no caso concreto dos direitos invocados, em principal os direitos fundamentais dos quais tanto são mitigados em face da coletividade. O ativismo judicial aparece, de certo modo, benfazejo em algumas situações, sem que acarrete um desprezo ao “*checks and balances*” acarretando em um possível arrefecimento do princípio da separação dos Poderes, muito pelo contrário o mesmo se faz necessário quando usado com certa razoabilidade e proporcionalidade e de forma moderada sempre em busca de uma doação mais abrangente dos direitos fundamentais, aplicando-se em que pese ao menos o mínimo existencial do qual tanto se precisa em nossa sociedade hodierna, razões pelas quais nas linhas em que segue irá desenvolver-se a temática de forma mais pormenorizada.

Analisando o ponto trazido por Hélder, percebe-se que permitir ações judiciais questionando as opções técnicas com uso de outras avaliações técnicas seria a verdadeira concretização da democracia e do acesso à Justiça. Permitiria a intervenção do

Poder Judiciário, equilibrando a disputa desigual entre Estado e administrados. Objetiva uma Justiça “mais justa”.

Vale destacar que o *amicus curiae* é imparcial, sem interesse na causa concreta, somente buscando auxiliar uma melhor decisão. Neste sentido, defende Bulos¹³, citando o STF:

Amicus curiae, amici curiae, amicus partis ou *amicus causae*, ao pé da letra significam “amigo da corte”. [...] o *amicus curiae* não é um mero assistente, muito menos um terceiro interessado que intervém, de modo aleatório, na controvérsia levada às barras do Pretório Excelso. Sua atividade reveste-se de iniludível importância, porquanto cumpre-lhe, com imparcialidade e rigor técnico, disseminar o debate constitucional, inclusive nos feitos com perfil de transcendência subjetiva. [...] finalidade- o escopo do a *amicus curiae* é pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Pretório Excelso venha a dispor de todos os elementos informativos, possíveis e necessários, à resolução da controvérsia. [...] sem dúvida, o *amicus curiae* enseja maior participação das entidades, grupos, classes ou estatutos sociais, que podem apresentar informações elucidativas da matéria sub iudice. [...] em nome do postulado democrático, a atuação do *amicus curiae* deve ser ampla, desde que demonstre sua experiência e autoridade na matéria sobre a qual deverá manifestar-se. De nada adianta, por exemplo, uma dada entidade possuir, em seus estatutos, disposições de cunho corporativo ou de interesse

13 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 295-298.

da própria categoria. “a mera manifestação de interesse em integrar o feito, sem o acréscimo de nenhum outro subsídio fático ou jurídico relevante para o julgamento da causa, não justifica a admissão do postulante como *amicus curiae*.(STF, ADIn 3.311/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão de 15-4-2005, DJU de 25-4-2005.)

Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴ possui o mesmo entendimento:

[...] por outro lado, demonstra-se a existência de um interesse institucional por parte do *amicus curiae*, que, apesar da proximidade como o interesse público, com este não se confunde. O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão. Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do *amicus curiae* no processo. [...] são três condições alternativas para justificar o ingresso do terceiro como *amicus curiae* no processo: a relevância da matéria, as especificidades do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia.

14 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil-Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 372-373.

Hélder Alexandre Santos¹⁵ afirma que a Doutrina Chenery é mais uma tentativa (abusiva) do Estado em não garantir os direitos e garantias fundamentais, afastando a democracia efetiva (grifo meu):

Assim sendo, não é razoável e se torna desproporcional que a Administração Pública, usando de premissas como a tese da reserva do possível e mais hodiernamente a doutrina Chenery busque através da expertise técnico-científico que facilmente obtém, venha a contrário obstar a concretização e efetivação de direitos, em principal os fundamentais e sociais (Art. 6º, CF 88), frente à coletividade.

(...)

O pluralismo do debate e a amplitude democrática da qual se valerá o Juiz da causa, tudo isso somado ao não interesse em resultado para as partes envolvidas e a “experiência” e “autoridade” na temática debatida gera, deveras, uma decisão em que irar fornecer paridade entre a Administração Pública com sua expertise e a intervenção do *amicus curiae* com um caráter dimensional que abrigue os cidadãos no intento de obter direitos fundamentais/sociais dos quais pleiteiam, sem que dessas decisões reflitam prejuízos na efetivação destes direitos para o cidadão nem um desgaste econômico-financeiro para o orçamento estatal. **O pluralismo do debate**

15 SANTOS, Hélder Alexandre. Doutrina Chenery e a Necessidade da Densificação do Amicus Curiae: Direitos Fundamentais e Ativismo Judicial. 2019. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/doutrina-chenery-e-a-necessidade-da-densificacao-do-amicus-curiae-direitos-fundamentais-e-ativismo-judicial/733124662>. Acesso em 23/10/2023.

reforçando o caráter democrático das decisões vai ao encontro do que há muito defende o Supremo Tribunal Federal, em suma: a regra no art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.869/99 – que contém a base normativa da intervenção processual do *amicus curiae*– tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional (STF, ADIn 2.884-MC/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dj de 2-2-2001, p. 145, j. em 20-12-2000).

Em síntese, as críticas à Doutrina Chenery são as seguintes:

- 1 – Viola a inafastabilidade do Poder Judiciário (art.5º, XXXV, CF/88) e do “*Non Liqueat*”;
- 2 – Fere o Devido Processo Legal, devendo o Poder Judiciário fazer, ao menos, um juízo mínimo de delibação do “mérito”;
- 3 – Desequilibra os lados em conflito, falecendo a paridade de armas entre a Administração Pública e os administrados;
- 4 – O uso do *amicus curiae* afasta o argumento de ausência de expertise do Poder Judiciário em analisar critérios técnicos, sendo um terceiro imparcial;
- 5 – A não aplicação da Doutrina Chenery é que consagra a verdadeira democracia, efetivando o controle social dos atos administrativos;
- 6 – O afastamento da tese também efetiva o acesso à Justiça, efetivando o controle judicial;
- 7 – Por fim, a Doutrina Chenery seria mais uma tentativa (abusiva) do Estado em não garantir os direitos e garantias fundamentais – protegendo os “poderosos”.

Neste sentido, a Doutrina Chenery seria carente de lógica jurídica, sendo usada para perpetuar a omissão estatal em garantir os direitos fundamentais. Seria o Estado se omitindo em efetivar direitos básicos e conseguindo afastar o controle judicial de seu comportamento irrazoável. Seria, conseqüentemente, antidemocrática.

2

DOCTRINA CHEVRON

2.1 CONCEITO

A Doutrina Chevron objetiva proteger as escolhas governamentais das políticas públicas. É o dever de deferência do Judiciário às opções políticas.

Fabrício Mota¹⁶ define o princípio da Deferência:

Implica em ter um respeito em relação à decisão do gestor, sobretudo quando ela foi tomada diante da discricionariedade existente no caso concreto, evitando-se que o controlador ou juiz troquem decisões legítimas e ponderadas por aquelas que sejam de sua preferência pessoal e subjetiva, gerando invalidações que adentrem ao juízo de conveniência e oportunidade enfrentado pela Administração Pública.

Paulo Roberto Binicheski¹⁷ detalha a doutrina Chevron (grifo meu):

A controvérsia objeto deste ensaio reside na apreciação da decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos em *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC* (467 U.S. 837 (1984)), a qual estabeleceu um **modelo de teste legal com vistas a determinar se deve conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade desta.**

16 Motta, Fabrício. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

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

Segundo o teste encontrado pela Suprema Corte, ao juiz cabe **inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; em existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a suposta vagueza da lei e apenas verificar se a solução posta pela agência é razoável.**

A *Court* adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial às interpretações de lei da agência em duas etapas. **No primeiro passo, a questão a ser resolvida é se o Congresso falou diretamente; se a intenção do Congresso é clara, isso é o fim do assunto;** tanto a *Court*, bem como a agência devem dar efeito à intenção inequivocamente expressa do Congresso (SCALLIA, 1989, p. 511)³. Os tribunais, para responder ao primeiro passo, usam as ferramentas tradicionais da interpretação da lei e perguntam se o Congresso tinha uma específica intenção em relação ao tema em questão (MERRIL, 2017, p. 255).

Na ausência de uma resposta afirmativa à primeira pergunta, a análise de Chevron move-se para o segundo passo: no entanto, se a *Court* determinar que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em discussão, **o tribunal não vai simplesmente dar a sua própria interpretação sobre o estatuto**, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Bem, se a legislação é silente ou ambígua quanto ao assunto específico, **a questão para o tribunal é a de saber se a resposta da**

agência está baseada em uma interpretação permissível, ou seja, razoável (IDEM, p. 512). Ao juiz não cabe perguntar se a interpretação é a única e se o tribunal teria chegado a idêntico resultado, mas sim de demonstrar que a interpretação seja “reasonable” e poderia ser adotada a linha interpretativa da agência governamental (IDEM, p. 255).

A fórmula de dois passos era tudo ou nada quanto ao que foi interpretado pela agência. No primeiro passo, a interpretação era verificar a linguagem da lei, ou seja, a agência não teria nenhuma deferência, pois seria verificado se a interpretação estava de acordo com a previsão do Congresso. Claro, se a interpretação dada pela agência fosse coincidente com a do Congresso, a Court defenderia a posição da administração⁵. Porém, se o tribunal decidisse a questão no segundo passo, a agência obteria máxima deferência (IDEM, p. 256).

Vale ressaltar que os defensores da Doutrina Chevron afirmam que foi a posição escolhida pelo legislador brasileiro, em especial após a reforma da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Optou-se por adotar a concepção consequencialista, dando ênfase nas consequências (benéficas e maléficas) dos atos administrativos.

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone¹⁸ descreve bem o tema (grifo meu):

18 DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO. Curitiba, 2020. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/70458/R%20-%20T%20-%20RODRIGO%20FERNANDES%20LIMA%20DALLEDONE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23/10/2023.

Com a edição das Leis 13.655/2018 (que alterou a LINDB) e das Leis 13.848/2019 e 13.874/2019 acabou por ser construído um microssistema regulatório, que, integrado pela legislação setorial, **consagra a deferência como padrão de controle judicial dos atos regulatórios;**

O referido microssistema tem como **valor fundante a segurança jurídica**, no aspecto de garantia de previsibilidade da atuação estatal, a proscrever guinadas repentinas e não sinalizadas na condução dos assuntos públicos.

Para tanto, **a lógica subjacente é marcadamente consequencialista**, na qual os resultados produzidos pelas ações a serem praticadas num dado setor (por reguladores, regulados e consumidores) **têm como métrica de avaliação os resultados** (fáticos e jurídicos) que potencialmente podem gerar, sem prejuízo da necessidade de sua conformação ao arcabouço jurídico;

Ainda que o consequencialismo não fosse um estranho no ninho da justificação judicial (como se depreende da produção jurisprudencial das Cortes Superiores e do artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional), **foi institucionalizado pelo microssistema regulatório por meio da imposição de ônus argumentativos reforçados aos decisores que operem com valores jurídicos abstratos.**

Em breves palavras, a Doutrina Chevron exige a deferência do Judiciário às escolhas das políticas públicas. Cabe ao juiz verificar se a lei é clara. Sendo, é dever do juiz aplicar a lei. Mesmo havendo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar

diretamente. Primeiro o juízo verifica se a opção é razoável. Não é análise do melhor caminho a ser seguido (atribuição exclusiva do Executivo), mas se não é desproporcional.

2.2 DOS BENEFÍCIOS DA DOUTRINA CHEVRON

José Gutembergue de Sousa Rodrigues Júnior e Clara Skarlleth Lopes de Araújo¹⁹ apontam como benefício da Doutrina Chevron a autocontenção às exageradas intervenções judiciais em funções do Poder Executivo, a fim de evitar abusos sob alegação de regular controle judicial (grifo meu):

Percebe-se, pois, que **mais recentemente o eixo de preocupação do ponto de vista da interpretação do Direito Público se deslocou da restrição da discricionariedade para o respeito ao *self-restraint* da administração pública, a fim de que os órgãos de controle não exagerem no seu múnus fiscalizatórios.**

(...)

Nos Estados Unidos, por exemplo, **há a adoção da Doutrina Chenery, como limite à invalidação judicial das escolhas políticas da administração pública.** A doutrina consagrada de Chevron é um dos casos mais famosos julgados no âmbito do Direito Administrativo, de modo que a apreciação da decisão resultou em um modelo de tese legal com vistas a determinar se deve conferir deferência à interpretação dada por

¹⁹ JÚNIOR, José Gutembergue de Sousa Rodrigues Júnior e Araújo, Clara Skarlleth Lopes. Da deferência ao ato administrativo e das capacidades institucionais, 2023. <https://www.conjur.com.br/2023-jul-31/rodrigues-jr-araujo-deferencia-ato-administrativo>. Acesso em 21/10/2023.

uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade desta.

Os mesmos doutrinadores²⁰ apontam outras benesses, sendo a opção técnica, a escolha política, a consistência das interpretações e a segurança jurídica.

Os principais fundamentos da decisão do caso Chevron foram a **expertise das agências reguladoras em tratar de temas específicos**, para os quais possuem vocação institucional, e a **accountability política**, de modo a permitir que novas orientações políticas sejam absorvidas pelas Agências, em compasso com as sucessões presidenciais. O fundamento complementar que se consolidou posteriormente foi o da **consistência das interpretações**, notadamente, o tempo que elas resistem e a assimilação delas pelos regulados. A consistência do comportamento das agências, à luz de uma implícita moralidade do Direito que remonta ao pensamento de Lon L. Fuller, de modo que se pautem também pelas suas próprias interpretações, passa a ser vista como uma relevante necessidade de **segurança jurídica**.

Em seguida, José Gutemberg de Sousa Rodrigues Júnior e Clara Skarlleth Lopes de Araújo afirmam a necessidade da análise das capacidades institucionais para a melhor definição

20 JÚNIOR, José Gutemberg de Sousa Rodrigues Júnior e Araújo, Clara Skarlleth Lopes. Da deferência ao ato administrativo e das capacidades institucionais, 2023. <https://www.conjur.com.br/2023-jul-31/rodrigues-jr-araujo-deferencia-ato-administrativo>. Acesso em 21/10/2023.

sobre os parâmetros a serem seguidos e como essa opção jurídica seria mais democrática (grifo meu):

Cass Sunstein e Adrian Vermeule cunharam o termo **“capacidades institucionais” em Interpretation and Institutions e observaram que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial**, e, neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como **determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais**. Em outras palavras, **a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder estaria mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria**.

De modo panorâmico, a tese das capacidades institucionais formulada pelos autores detém as **seguintes características**: a busca por uma **releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Poder Judiciário**. Os diferenciais da teoria das capacidades institucionais estão na preocupação institucional, na promoção da teoria dos acordos incompletamente teorizados, na opção por decisões de segunda ordem e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos.

(...)

Nesse momento, é de suma importância levantar um ponto trazido por Adrian Vermeule: a esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma **saída democrática mais estratégica e eficaz** do que a alcançada com alterações em arranjos de maior escala, como por exemplo, rupturas institucionais ou profundas reformas.

Assim, ao realizarmos uma comparação, é possível constatar que **em alguns casos determinada instituição** — como o Congresso Nacional, a Presidência da República, o prefeito municipal e as agências reguladoras — **pode oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, “maior capacidade institucional” para resolver a questão**, em virtude de sua expertise técnica e de sua habilidade para lidar com o elemento político envolvido.

É inegável o imperativo de verificar a capacidade concreta das instituições ao se exigir melhorias. O mundo ideal está muito distante do real. O Judiciário não pode viver em uma bolha alheia à realidade. O melhor para o caso concreto é o melhor realizável.

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone²¹ concorda com a necessidade de se avaliar a capacidade institucional e com a visão de que a democracia é melhor respeitada a partir da Teoria Chevron (grifo meu):

21 DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO. Curitiba, 2020. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/70458/R%20-%20T%20-%20RODR%20LIMA%20DALLEDONE.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 23/10/2023.

O controle social das agências se dá por meio de instrumentos voltados à dispersão de informações e ao incremento da participação democrática nos processos decisórios, com ênfase no monitoramento de atividades e na prestação de contas. Nesse quadro, ganham especial relevo as ouvidorias, institucionalizadas como centros de auscultação de interesses públicos relevantes;

O Parlamento é o controlador nato da função regulatória, seja por sua composição, seja por sua maior responsividade democrática, ou ainda porque está teoricamente aparelhado para coordenar os vários centros normativos autônomos que operam de forma simultânea; A par disso, a revisão de escolhas regulatórias deve ser orientada pelas **capacidades institucionais dos decisores, expressão que quer significar o conjunto de limitações materiais, humanas e temporais que, num caso específico, afeta determinada instância na realização de suas atividades.**

Paulo Roberto Binicheski²² afirma que a Chevron garante uma melhor agilidade na execução de políticas públicas, com maior margem de manobra (grifo meu):

A Doutrina Chevron possui **vantagens evidentes para a agilidade da administração pública**, pois permite uma **maior margem de manobra na interpretação do processo administrativo, na**

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

implementação das políticas de governo com a flexibilidade necessária, o que não teria com a calcificação do precedente judicial.

Segundo Scalia, caso as Courts resolvessem as ambiguidades legislativas, somente uma alteração na lei permitiria produzir uma alteração quanto ao significado legal e em Chevron é permitido às agências à luz dos avanços do conhecimento, das pressões políticas impostas ao Congresso, especificar o significado mais atualizado das leis (SCALIA, 1989, p. 517-518).

Em resumo, elenco os benefícios da adoção da Doutrina Chevron:

- A autocontenção do Poder Executivo nas intervenções às políticas públicas, evitando abusos e violação das Separação dos Poderes;
- Adoção das melhores opções técnicas pelo Poder Executivo;
- A solidez das interpretações das normas, sendo o Poder Executivo o único definidor. Não adotando a Chevron, há mudanças repentinas, derivadas de decisões judiciais e suas possíveis reformas através de recursos;
- A segurança jurídica, sem alterações sucessivas de interpretações, conforme o item anterior;
- Escolhas políticas que consideram as capacidades institucionais das instituições;
- Definição mais democrática, com base na vontade popular majoritária, tendo sido o projeto político vencedor das eleições.

Em síntese, a Doutrina Chevron traz o dever de deferência do Judiciário às políticas públicas. Protege a opção política do Executivo em sua legítima atuação.

2.3 CRÍTICAS DA DOUTRINA CHEVRON

Destaca-se que algumas críticas à Doutrina Chevron são semelhantes às da Chenery. Até mesmo porque ambas buscam maior independência à atuação do Executivo e do Legislativo, afastando o controle do Poder Judiciário.

Paulo Roberto Binicheski²³ destrincha os malefícios derivados da doutrina Chevron e traz exemplos de julgados. A primeira crítica é acerca da simplificação que a Teoria faz com as análises judiciais, ignorando as complexidades dos litígios (grifos meus):

A sedimentação aparente de Chevron e sua simplicidade do teste binário, no qual a interpretação da administração encontraria a solução razoável e os tribunais concederiam a deferência, não se sustentou. Aos poucos, conforme anotado por Eduardo Jordão, **os tribunais foram confrontados com situações em que a interpretação administrativa não estava escorada em procedimentos formais, a fim de avaliar a devida legitimidade** (JORDÃO, 2016b, p. 26).

Em *Mead (United States v. Mead Corporation, 533 US 218,232 (2001))*, o teste binário e aparentemente simples foi deixado de lado, cuidando das complexidades encontradas, e

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

a Suprema Corte afirmou que a deferência de Chevron seria devida nas situações em que a intenção do Congresso fosse identificada em consonância com a interpretação da autoridade administrativa nas questões em que tenha força de lei (IDEM).

Desse modo, a partir de Mead, **o teste binário somente será efetuado caso superada uma fase preliminar, na qual será examinada a intenção do Congresso**, no sentido de que a interpretação da agência (autoridade administrativa) fosse dotada de força de lei (IDEM), o que implica delegação de uma camada do Poder Legislativo, algo que parece estar em desacordo com o princípio da separação dos poderes, tão cara aos Estados Unidos, o que será adiante abordado quando da análise do voto de Neil Gorsuch, ainda no Décimo Circuito.

Outro malefício da teoria, segundo o doutrinador citado, é a dificuldade em definir a intenção do legislador. O congresso Nacional Brasileiro possui 513 deputados federais e 81 senadores de diferentes partidos e perspectivas políticas. Como conseguir objetivar a “intenção do legislador” se há diversas motivações entre os parlamentares? É um esforço invariavelmente inútil e improdutivo. Paulo Roberto Binichski²⁴ explicita bem tal obstáculo:

O que foi decidido pela Suprema Corte em Mead parece não esclarecer adequadamente como resolver a identificação da suposta

²⁴ BINICHESKI, Paulo Roberto. A DOUTRINA CHEVRON: o ocaso anunciado?. 2017. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

intenção, algo que, como diz Neil Gorsuch, é um **negócio notoriamente duvidoso nas melhores circunstâncias, de se encontrar em uma instituição composta por 535 membros** [Gutierrez-Brizuela v. Lynch. 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016)].

Aliás, um pouco antes de Mead, **a Suprema Corte já sinalizava o retorno ao debate acerca da delegação de poderes às agências**, a exemplo do caso *Christiansen v. Harris County* (2000)²¹, e é um dado a ser elidido, pois o Congresso americano comumente autoriza as a adotar *rules and regulations*, mas não diz especificamente que espécie de regras, se legislativas – e portanto com força de lei – ou não-interpretativas.

Assim, **sem qualquer direção no texto legislativo, não há, no caso Mead, um critério seguro sobre quando é possível o controle judicial dos atos administrativos**, mas naquelas hipóteses em que não puder ser identificada a intenção do Congresso.

Outro pronto criticado da teoria pelo citado autor é a abdicação do Poder Judiciário em julgar. Viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República) garante ao jurisdicionado o imediato acionamento do Poder Judiciário para analisar qualquer litígio social, seja ou não oriundo de uma relação jurídico-administrativa. Independentemente de prévio requerimento aos órgãos ou entidades públicas.

Ocorre que a Doutrina Chevron viola diretamente este princípio constitucional, sendo, assim, inconstitucional sua aplicação.

Paulo Roberto Binicheski²⁵ descreve:

A tensão existente entre o estado de direito e a flexibilidade na regulação não é nova, pontua Giacomo Gallai (2003, p. 737738), e estão interligadas, pois ao eliminar a possibilidade de revisão das decisões administrativas das agências, exige a obediência nas formalidades da lei para poder completar a liberdade de estabelecer políticas públicas.

Em Chevron, na sua estrutura aparentemente simples e binária, **não se abordava a questão de que as interpretações legislativas da administração pública poderiam ser efetivadas por formas diferentes**, o que, mais tarde, foi percebido como uma circunstância relevante e não era claro que os tribunais deviam deferência aos atos veiculados de modo informal.

(...)

E o segundo passo de Chevron quando informa aos juízes para permitir às agências executivas resolverem o significado de qualquer disposição legal ambígua parece não ser menos do que uma doutrina feita para que o juiz abdique do dever judicial de interpretar as disposições estatutárias e as ações das agências quando sejam inconsistentes com essas interpretações, pontua o Juiz Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)]. **Em Chevron, o problema é que os tribunais não**

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

estão cumprindo com seu dever de interpretar a lei e declarar as ações das agências inválidas ou inconsistentes com essas interpretações nos casos que lhes são submetidos (Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) [Gorsuch, J., concurring]).

A Doutrina Chevron também fere outro princípio constitucional: a separação dos poderes – uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, da Carta Magna).

Autoriza excessos de delegações do Congresso ao Poder Executivo, com o Poder Legislativo deixando de cumprir sua função: legislar. Tal missão constitucional é ilegitimamente repassado a outro poder. Ora, o Parlamento é a representação popular com suas diversas visões políticas, o que torna maior o debate e concretiza a democracia. Ao repassar a atribuição para o Poder Executivo, a definição fica a cargo de um poder que tem somente uma visão política (logicamente a do partido político vencedor do pleito), reduzindo drasticamente o debate e enfraquecendo a democracia.

Frise-se que a Democracia é um regime político pautado no voto popular, na vontade da maioria. Cabe ao Judiciário fazer o equilíbrio entre a vontade da maioria e da minoria, evitando situações absurdas.

Se de um lado os políticos são eleitos pelo voto popular (tanto no formato majoritário, quando proporcional), do outro o Poder Judiciário impõe limites à vontade majoritária.

Barroso²⁶ destrincha brilhantemente os embates entre políticos (eleitos majoritariamente) e Judiciário (e o papel contramajoritário). Cita-se seus ensinamentos (grifo meus):

26 BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência: cortes constitucionais no jogo do poder (1). <https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/roberto-barroso-populismo-autoritarismo-resistencia>. 2022. Acesso em: 22/10/23.

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século 20. Nesse arranjo institucional **fundiram-se duas ideias que não se confundem, quer nas suas origens, quer no seu conteúdo: constitucionalismo e democracia.** Constitucionalismo remonta às revoluções liberais dos séculos 17 e 18 e significa, essencialmente, Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Sua consolidação nos países da Europa e nos Estados Unidos se deu ao longo do século 19. No Brasil, a Constituição de 1824 possuía alguns traços liberais, mas, na sua essência, trazia a marca da origem absolutista imprimida por dom Pedro 1º, ainda que atenuada, substancialmente, ao longo do segundo reinado. **Democracia, por sua vez, desde suas origens gregas, significa participação popular no exercício do poder, soberania do povo, governo da maioria.** O ideal democrático apenas se consolida, verdadeiramente, quando já avançado o século 20, com a consagração do sufrágio universal. Somente então viram-se inteiramente superadas as restrições à participação de todos no processo eleitoral, como as de renda, religião, raça e gênero. Nada obstante, **a maior parte das democracias do mundo reserva uma parcela de poder político para um órgão que não é eleito, mas que extrai sua legitimidade da competência técnica e da imparcialidade. Trata-se do Poder Judiciário,** em cujo topo, no caso brasileiro, está o Supremo Tribunal Federal. Desde o final da 2ª Guerra Mundial, praticamente

todos os Estados democráticos adotaram um modelo de supremacia da Constituição, tal com interpretada por uma suprema corte ou por um tribunal constitucional, encarregados do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Executivo. Foi a prevalência do modelo americano de constitucionalismo, com a superação da fórmula que predominara na Europa, até então, que era a supremacia do Parlamento. **Tais cortes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo, tendo como um de seus principais papéis arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre constitucionalismo e democracia — i.e., entre direitos fundamentais e soberania popular.** Cabe a essas cortes e tribunais protegerem as regras do jogo democrático e os direitos de todos contra eventuais abusos de poder por parte da maioria, bem como resolver impasses entre os Poderes. Em muitas partes do planeta, elas têm sido um importante antídoto contra o autoritarismo.

Paulo Roberto Binicheski²⁷ cita outros doutrinadores e juízes que concordam com a crítica:

E vai além. Afirma que, mesmo na suposição de que houvesse algo parecido com uma delegação parlamentar de autoridade legislativa, **a questão é se o Congresso poderia realmente delegar**

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

sua autoridade legislativa, o poder de escrever novas regras de aplicação geral? Ora, com base em precedente da Suprema Corte, o Congresso não pode delegar o Poder Legislativo ao Presidente, pois esse princípio é universalmente reconhecido como vital para a integridade e a manutenção do sistema de governo regido pela Constituição [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)]³⁰. Na mesma linha, **sustenta que o propósito de Chevron parece estar em desacordo com a teoria da separação dos poderes**, das funções legislativas e executivas, bem como em seus efeitos [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)].
(...)

E o Justice Gorsuch não está sozinho nas críticas, pois há cada vez mais juízes e acadêmicos levantando questões fundamentais sobre se Chevron deveria existir, e não é novidade o ceticismo quanto à deferência. Tanto que, em 2015, o Justice Clarence Thomaz, em voto que acompanhou a decisão da Corte, mas com razões distintas, chegou a questionar a constitucionalidade da Doutrina Chevron [Michigan v. EPA, 135 S. Ct. 2699, 2712–14 (2015) (Thomas, J., concurring)] (POJANOWSKI, 2016, p. 1078)³².

Além disso, afastar a adoção da Doutrina Chevron garante verdadeiramente o princípio da confiança. Quando as políticas públicas são escolhidas pelo Executivo sem possibilidade de análise judicial, permite mudanças drásticas dos caminhos

seguidos sempre que houver alteração do político (em regra, por eleição) ou da opção política – muitas vezes sem intuítos regulares, com direitos escusos por trás.

Paulo Roberto Binicheski²⁸ cita doutrina que defende a necessidade de revisar a doutrina e conclui:

Portanto, é possível afirmar, **a Doutrina Chevron deverá ser revista**, pois uma revisão judicial do significado da lei limitaria a capacidade de uma agência alterar a lei já existente e **evitaria os problemas com o devido processo, restaurando a confiança e permitindo aos cidadãos organizarem os seus negócios, com a necessária garantia de que o tapete não lhes seria retirado amanhã, nos próximos dias ou após as próximas eleições** [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)]. E por fim, um mundo sem Chevron pouco mudaria, exceto talvez as coisas mais importantes [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)].

Em síntese, as críticas à Doutrina Chevron são as seguintes:

1 – A fragilidade de permitir as escolhas somente pelo Executivo, sem possibilidade de análise judicial, sendo público e notório as influências políticas (muitas vezes por interesses escusos) na definição;

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

- 2 – A impossibilidade de identificar a “intenção do legislador”;
- 3 – A tensão existente entre o estado de direito e a flexibilidade na regulação, violando os princípios constitucionais da inafastabilidade de jurisdição e da separação dos poderes;
- 4 – A abdicação do dever judicial de interpretar as disposições estatutárias e as ações das agências quando sejam inconsistentes com essas interpretações;
- 5 – A violação do princípio da confiança, com diversas mudanças das opções políticas a cada eleição ou até antes;
- 6 – O enfraquecimento da democracia, retirando o debate do Congresso Nacional para a imposição da escolha do Poder Executivo. Inclusive, uma das funções do Poder Judiciário e dos demais órgãos de *accountability* (Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, entre outros) é a atuação contramajoritária.

Desta forma, percebe-se que a Doutrina Chevron sofre várias críticas pelo seu “lado sombrio”, podendo, em vez de garantir a democracia e independência dos poderes, levar ao abuso dos reguladores e à acomodação do Poder Legislativo – inclusive, para evitar desgastes eleitorais e enfraquecendo a democracia efetiva.

3

**AS CORRENTES DA
FILOSOFIA JURÍDICA**

Este capítulo é necessário para melhor descrever os fundamentos da adoção ou não das Doutrinas Chenery e Chevron.

Durante a definição do conceito da Chevron (tópico 2.1), foi debatida a adoção do consequencialismo pela Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, sendo um argumento para sua aplicação no Brasil. Cito, novamente, a explicação de Rodrigo Fernandes Lima Dalledone²⁹ (grifo meu):

Com a edição das Leis 13.655/2018 (que alterou a LINDB) e das Leis 13.848/2019 e 13.874/2019 acabou por ser construído um microssistema regulatório, que, integrado pela legislação setorial, **consagra a deferência como padrão de controle judicial dos atos regulatórios;**

O referido microssistema tem como **valor fundante a segurança jurídica**, no aspecto de garantia de previsibilidade da atuação estatal, a proscrever guinadas repentinas e não sinalizadas na condução dos assuntos públicos.

Para tanto, **a lógica subjacente é marcadamente consequencialista**, na qual os resultados produzidos pelas ações a serem praticadas num dado setor (por reguladores, regulados e consumidores) **têm como métrica de avaliação os resultados** (fáticos e jurídicos) que potencialmente podem gerar, sem prejuízo da necessidade de sua conformação ao arcabouço jurídico;

29 DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO. Curitiba, 2020. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/70458/R%20-%20T%20-%20RODRIGO%20FERNANDES%20LIMA%20DALLEDONE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23/10/2023.

Ainda que o consequencialismo não fosse um estranho no ninho da justificação judicial (como se depreende da produção jurisprudencial das Cortes Superiores e do artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional), **foi institucionalizado pelo microssistema regulatório por meio da imposição de ônus argumentativos reforçados aos decisores que operem com valores jurídicos abstratos.**

Este tema merece uma melhor explanação, a fim de não se apresentar unicamente essa corrente filosófica, dando a falsa impressão que o consequencialismo é unânime na doutrina jurídica e, conseqüentemente, inquestionável a manutenção da Chenery e da Chevron.

Não se apresentará todas as teorias filosóficas e nem se exaurirá suas nuances, tendo em vista não ser a finalidade desse estudo. Porém, serão apresentadas as principais, a fim de auxiliar a análise dos pontos positivos e negativos da Chenery e da Chevron.

A primeira corrente importante ao estudo é o realismo jurídico.

O realismo surge com um ceticismo radical perante às normas. A função do Direito seria preditiva, prevendo como os tribunais irão decidir. Primeiro os juízes devem definir o julgamento e somente depois buscar os fundamentos jurídicos para validar a decisão. A reflexão jurídica objetiva solucionar problemas concretos. O realismo jurídico se afasta da metafísica e da idealização do direito natural, fazendo um direito com foco na realidade - na utilidade ou não das decisões no mundo real.

Já o pragmatismo (consequencialismo) é uma teoria prescritiva, definindo como o juiz deve decidir. Verifica se a decisão judicial a ser adotada é a que melhor beneficia a sociedade.

Lenio Streck³⁰ faz uma crítica ao consequencialismo, tomando como base as divergências nas diferentes políticas públicas do início da pandemia do corona vírus. Como os exemplos são bastante didáticos, faço uma citação maior, a fim de enriquecer a análise (grifos meus):

O consequencialismo admite hierarquia entre pessoas. Por exemplo, quando alguém diz que deveríamos afrouxar a movimentação das pessoas e reabrir o comércio porque a economia não pode parar, está fazendo uma argumentação consequencialista. E quando um empresário, dono de hamburguerias, diz que **“afinal, morreriam apenas pessoas mais velhas” ou algo assim, é o consequencialismo na veia, esculpido em carrara.**

Assim, análises econômicas sustentam fortemente teses consequencialistas. No Direito, isso está presente nas teses como “decido primeiro e depois fundamento”, porque “devo primeiro saber se o cara é culpado ou quanto será o prejuízo se eu decidir assim ou assado”. Também é consequencialista a tese de que não há nulidade sem prejuízo.

O grande problema é que o consequencialismo se sustenta em uma espécie de “jogos filosóficos” ou “jogos e escolhas de filosofia moral”. De todo modo, esses jogos ficam mais perigosos ainda porque raramente se tem todas as informações que podem ajudar a decidir o caso ou determinado “dilema”.

30 Streck, Lenio Luiz. Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?. 2020. <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>. Acesso em 02/11/2020.

Neste momento, há passeatas com argumentos consequencialistas, bradando contra o confinamento. No fundo, são passeatas “a favor do vírus”.

Nesse sentido, é bom esclarecer essa “coisa” de ficarem alegando que estamos diante de escolhas. Será, mesmo? Escolhas? Quando tiver vidas em jogo? Bom, vou mostrar isso a partir de um dilema e depois um não-dilema.

Em muitos cursos de graduação e pós, estão discutindo os dilemas morais que levanta o professor de Harvard, Michael Sandel, como se isso fosse uma discussão de e sobre o direito. Rechaço isso. Os exemplos apresentados por Sandel tais como o “trolley dilemma” (Dilema do Vagão) servem como pontos de partida para a problematização acerca dos sistemas éticos. Ou seja, tem uma finalidade didática e uma abordagem específica.

Para delírio de gente da área do Direito, os exemplos acerca das “escolhas morais” fluem como se fossem um bálsamo. A partir dos exemplos de Sandel, já começam as adaptações. E os ativismos. E os decisionismos. E, lógico, as “escolhas” erradas. Claro que as vezes, a escolha é acertada... Mas um relógio parado também acerta a hora duas vezes por dia.

O dilema:

Vem Sandel e diz: você está em um trem que tem pela frente cinco pessoas... mas tem um desvio que pode ser feito, onde está um gordinho... O que você faz? Salva as cinco pessoas, matando o gordinho (este é licença poética minha)? O que isso tem a ver (diretamente) com o Direito? Serve,

sim, para discutir filosofia moral e correlatas; mas, para o direito, uma aplicação direta só fragiliza sua autonomia.

Os exemplos de Sandel (e da filosofia moral em geral) devem ser lidos com uma advertência (deveriam carregar uma tarja): “você, que escolhe se mata ou não o gordinho, não está agindo como um jurista”. O agente moral que deve fazer esta escolha não representa um juiz em sua tomada de decisão enquanto agente público. Desenvolvo isso *ad nauseam* em Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. E no Dicionário de Hermenêutica.

Voltemos ao exemplo do gordinho e à eventual moralidade do assassinato. Sandel utiliza esse problema para ilustrar as posturas utilitaristas. A morte de uma pessoa seria preferível à morte de cinco. Porém, a audiência não consegue universalizar esse princípio: a maioria fica desconfortável em assumir a responsabilidade por matar o gordinho; e isso leva a reformular, ou a refinar, o argumento inicial de que a vida de muitos vale mais do que a vida de um só. Vou complicar o dilema: E se o gordinho fosse um cientista prestes a inventar a cura do câncer? Ou: se uma das cinco pessoas salvas fosse um cruel assassino e que, dias depois, viesse a fazer um massacre em um colégio? O que me dizem dos cálculos? Ora, são apenas jogos filosóficos. Certo. Mas um jurista não está em condições de fazer este tipo de escolha fundamental (entre o utilitarismo e a dignidade, por exemplo). Para ser bem claro sobre esse ponto: já há um sistema (de regras, princípios etc.) que lhe antecede e que

lhe coloca em condições de dizer algo. **Ninguém quer saber se o juiz do caso é pragmaticista, consequencialista, ou se ele age com base em princípios morais (quais? de quem?). Melhor dito: o Direito democrático não pode depender disso.**

Você tem ou não tem um direito? Essa resposta depende de uma argumentação moral, e o juiz tem a reponsabilidade política de desenvolvê-la de forma adequada. Não depende de uma escolha. Quem quiser ir mais fundo, leia este texto³¹: Por que não posso exigir que o Estado me forneça pescoços de galos-índio!

O contraponto:

Aqui vai o repto ao consequencialismo. E o faço por meio de uma série de TV, *House of Cards*. Quero dizer, simplesmente, que **na democracia não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim, é o Direito que deve filtrar os juízos morais.** Simples assim. Correto o médico de *House of Cards*, quando, instado a que deixasse o presidente americano baleado a fazer transplante de fígado, disse que não poderia “furar a fila”: *It’s the law*. O princípio é: vale é a vida humana. Uma vida é igual a uma vida. Não importa de quem seja a vida. Não há hierarquia de vidas. Comércio e indústria? Empregos? Resposta: uma vida é igual a uma vida! Fazer a coisa errada é dizer: *It’s the morality. My own morality. It’s the economy, stupid!* Bem, será?

31 Streck, Lenio Luiz. Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?. 2014. <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>. Acesso em 02/11/2020.

Fazer passeata em favor “da economia” é dizer: “ - matem os gordinho. Mate um para salvar os cinco”.

Bem, pausa. Vejam: até aqui, falei sobre o problema intrínseco a esse tipo de argumentação.

Um país que não respeita parte de sua população mais vulnerável (os mais velhos, mais pobres, quem for) não se respeita. Já traiu a civilização.

Agora, o problema é ainda mais além: não há dilema. Porque, nos termos da metáfora, matar o gordinho agora é matar os cinco depois de qualquer forma. O dilema é um não-dilema. Uma sobrecarga no SUS é ruim também para economia, para aqueles que adoram fazer cálculos com a vida alheia. Se estiverem corretos, essa gente toda está errada.

Lenio Streck brilhantemente pontuou os dois aspectos da teoria consequencialista: a busca pela melhor solução social, tendo como contraponto a crítica de análise econômica exacerbada de direitos essenciais (como a vida em seu exemplo).

Outro bom exemplo deste embate é a possibilidade ou não de mandados de buscas e apreensões coletivas nas favelas. Na concepção consequencialista, a possibilidade traz boas consequências, devendo ser adotada. É benéfica à sociedade, possibilitando maior agilidade e efetividade nas operações policiais. Já para o pós positivismo, seria impossível. O Direito deve proteger a integridade de suas decisões, usualmente defensoras da excepcionalidade e da individualização do local, requisitos essenciais para permitir a relativização da inviolabilidade dos domicílios.

Nesse sentido, o pós positivismo é uma filosofia jurídica crítica ao pragmatismo. Um dos seus maiores expoentes é

Dworking. O direito é entendido como uma interpretação construtiva com concepção moral – opondo-se ao positivismo.

O pós positivismo critica o positivismo porque esta teoria não traz como o juiz deve decidir, sendo meramente descritiva. O Direito é interpretativo. Descrever já é interpretar.

Também discorda dos pragmáticos. Estes focam no futuro, nos impactos da decisão judicial na sociedade. Sendo negativos, o juiz deve alterar sua decisão, a fim de não prejudicar os interesses sociais.

Dworking não descarta essa análise futura, mas foca, principalmente no passado. Manter o direito como integridade. A integridade objetiva decisões coerentes, conexas às anteriores, aos princípios e à história do Direito. A mudança de precedente (*overruling*) exige um maior ônus argumentativo que a decisão original.

Vale ressaltar que o Código de Processo Civil consagrou expressamente a integridade:

CPC

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A integridade está ao lado de outros valores políticos, como a justiça e a equidade.

Outra corrente da filosofia jurídica é o originalismo. Surge como crítica ao ativismo judicial e à atividade criativa dos juízes.

O originalismo é conexo aos embates entre interpretativistas e não interpretativistas do Direito.

Os apoiadores da corrente interpretativista exigem o respeito aos limites textuais das leis e da Constituição Federal. No máximo, caberia ao juiz verificar algumas finalidades da norma, desde que diretamente derivadas. Não cabe a interpretação construtiva (moralmente construtiva ou leitura moral), como defende o pós positivista Dworking.

A interpretação é mais restritiva. Respeita a semântica (o sentido) do dispositivo normativo, mesmo diante de argumentos sociais, evolução, mudança social, etc. Não cabe ao juiz mudar o texto normativo, violando a separação dos poderes.

Os interpretativistas se dividem em textualistas e originalistas.

O originalismo foi muito forte nos Estados Unidos da América. Os originalistas entendem que a interpretação deve ser de acordo com a Carta Magna, contudo, deve se analisar o sentido do texto normativo no momento da promulgação da lei. Por exemplo, a interpretação de uma norma original da Constituição Federal de 1988 deve analisar o contexto e o sentido da época, para não violar o sistema jurídico. A mudança de sentido cabe ao Poder Legislativo e não ao Judiciário.

Os textualistas possuem uma interpretação mais relativizada. Admitem uma interpretação da norma pela época atual, todavia restrita. Não pode ficar distante do original. Não caberia a mutação constitucional de uma norma, por exemplo.

A vertente não interpretativista dá maior liberdade ao juiz. Cabe ao juiz analisar, no momento de decidir, as reivindicações sociais, as estruturas sociais, etc. Cabe ao juiz ser um engenheiro social. Barroso é um defensor desta corrente, afirmando o papel iluminista das cortes constitucionais. Dworking também se alinha a esta teoria.

Outro embate filosófico é entre os procedimentalistas e os substancialistas.

Os primeiros entendem que o principal fator de legitimidade da decisão judicial é o respeito aos procedimentos legalmente definidos. A lei é constituída nos parlamentos, os legítimos ambientes democráticos. A lei é promulgada pela vontade da maioria dos parlamentares (eleitos pelo voto da maioria da população). Respeitado o procedimento, não cabe ao juiz desrespeitar e substituir a vontade do legislador por sua vontade. No máximo, cabe ao juiz (a depender das correntes procedimentalistas) desobstruir irregularidades durante formulação da lei – o controle de legalidade do trâmite. O juiz não pode se basear em princípios ou valores abstratos para argumentar a melhor resposta jurídica, desrespeitando uma escolha legítima legislativa. O contrário é antidemocrático: os juízes decidirem as políticas públicas seria permitir a definição das políticas públicas em prol do “melhor social” na esfera de poder de poucas e ilegítimas pessoas, no caso os juízes.

Habermas é um dos maiores expoentes do procedimentalismo. Ele define sua tese como um meio termo entre liberalismo e republicanismo.

O republicanismo defende a prevalência dos direitos políticos da comunidade. Os direitos mais importantes são os relacionados à participação política, tendo em vista que garantem a autonomia do indivíduo perante o Estado. O cidadão, ao participar da elaboração das normas jurídicas (diretamente ou através das eleições), está participando das normas que irão regulá-lo.

O Liberalismo foca nos direitos individuais de oposição ao Estado, de resistência. Estes estão acima dos direitos políticos, porque são pré-requisitos deles. Constituem a própria autonomia privada. Estado e sociedade devem respeitar o projeto de vida individual.

Para Habermas, não existe essa prevalência de direitos, nem dos de participação política e nem dos de resistência. Ambos são conexos e fazem referência um ao outro, são co originários. Só existem se estiverem juntos. Para ter participação política, tem que haver direitos individuais. E tendo estes, são os direitos políticos que os garantem. São direitos com funções circulares.

Habermas entende que deve existir efetiva participação popular no sistema democrático, com audiências públicas no legislativo e outros mecanismos de participação direta, a fim de criar uma ação comunicativa entre a população e o Estado.

O referido autor defende que, havendo um processo legislativo nestes moldes (com discussão popular apropriada), quando a lei escolhe um opção moral e política, seria uma violação à autonomia pública se o juiz substituir a vontade da lei com fulcro em valores abstratos e princípios.

Já os substancialistas defendem que o juiz pode substituir a vontade legislativa desde que respeite alguns parâmetros. O ônus argumentativo para rever políticas públicas é maior. Defende um juiz mais ambicioso (no sentido de buscar o melhor social, uma situação moral mais qualificada), sendo o entendimento antagônico ao dos procedimentalistas. Dworking e Barroso são doutrinadores substancialistas.

Vale destacar que a filosofia jurídica da modernidade (Kant, Descartes) é subjetivista, partindo da análise individual.

Descartes trazia questionamentos contundentes sobre nossas autoanálises. Por exemplo, definimos uma caneca como verde. Contudo, apagando a luz, o verde fica escuro, com o preto próximo ao verde. Assim, em que se deve acreditar, que a caneca é verde clara ou verde escura? Descartes define que a única coisa indubitável é a dúvida na confiabilidade dos próprios sentidos. Ou seja, o pensamento é a única certeza: Penso, logo existo. O pensamento individual (subjetivismo) é a realidade radical do universo.

A virada linguística combate a tese do subjetivismo, considerando as outras pessoas e suas relações. As pessoas se comunicam e trocam informações, construindo a linguagem. Esta é a fonte primária da informação. Esta teoria baseia-se na alteridade, no intersubjetivismo, nos jogos de linguagem e na fusão de horizontes.

A realidade radical do universo não seria o pensamento, mas tudo que se transmite à outra pessoa (alteridade). Não conseguiríamos ter um único pensamento em linguagem se alguém não nos ensinasse a falar. E essa pessoa aprendeu com outra e, assim, sucessivamente, sempre em comunidades, com pessoas interagindo entre si (intersubjetivismo).

Ao aplicar a virada linguística na filosofia jurídica, concluiu-se que a interpretação jurídica do juiz não pode ocorrer pela sua opinião, seu pensamento pessoal. Tem que ser intersubjetivista. A existência do outro me coloca limites. O juiz também tem limites. Limite na lei (comunidade dá um sentido aceitável às palavras da lei) e na linguagem (o sentido das palavras perante a comunidade). Assim, a interpretação judicial é a fusão de horizontes, com várias pessoas comunicando entre si. Em algum momento, as pessoas se encontram e fundem o horizonte (legislador, juiz), surgindo, então, a interpretação.

Os jogos de linguagem sustentam que os sentidos são definidos pela comunidade e pelo contexto específico do caso concreto. Cada caso traz peculiaridades, com informações adicionais, gerando um novo jogo de linguagem. São lógicas internas a cada caso. O direito também tem seus jogos de linguagem, através das leis, das provas dos autos, dos argumentos, entre outros.

Friedrich Müller, baseado nessas teses (virada linguística, intersubjetividade e fusão de horizontes), cria a teoria do normativo estruturante. Divide a estrutura do direito em duas partes: texto e norma. A interpretação não se baseia só no texto (a semântica do que está escrito), mas também na realidade - o

caso concreto e o jogo de linguagem. Para dar o sentido real do texto, o intérprete deve se fundamentar no programa normativo (semântica da norma) e no âmbito/domínio interpretativo (parcela de realidade que deve ser também interpretada).

Gardemann entende que a intersubjetividade seria o juiz interpretar sem seus pré-julgamentos. O juiz precisa suspender suas preconceções: suas crenças sedimentadas ao longo de sua vida, seus posicionamentos filosóficos internos, etc. Para interpretar o direito adequadamente, em um ambiente democrático, é necessário retirar essas preconceções. Mesmo discordando da decisão judicial necessária ao caso (achando injusta, por exemplo), o juiz não pode se deixar influenciar pelas preconceções.

Em resumo, diversas são as correntes da filosofia jurídica. Há várias nuances e divergências, não cabendo, assim, considerar superado o debate do uso ou não das Doutrinas Chenery e Chevron no Direito brasileiro apenas porque a LINDB adotou o consequencialismo. Conforme demonstrado, o próprio Código de Processo Civil adota a integridade do pós positivismo.

4

JULGADOS DO STJ E DO STF ADOTANDO AS DOUTRINAS CHENERY E CHEVRON

Neste capítulo, será demonstrada os principais julgados do STJ e do STF aplicando as Doutrinas Chenery e Chevron.

São os julgados mais importantes, com os tribunais pontuando os critérios norteadores da aplicação de ambas teorias no direito brasileiro.

Cita-se um julgamento do STJ em que expressamente se adota a Doutrina Chenery (grifo meu):

A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública, mormente nos casos em que houver, por parte da Fazenda estadual, **esclarecimento de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica. Segundo a “doutrina Chenery”, o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela Administração Pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica. Isso porque, em temas envolvendo questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não.**

Assim, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

STJ. Corte Especial. AgInt no AgInt na SLS 2240-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7/6/2017 (Info 605).

Márcio Calvacante³² explica o julgado cita um outro julgado do STF no mesmo sentido (grifo meu):

Imagine a seguinte situação hipotética:

O Estado de São Paulo aumentou a tarifa do metrô.

Determinado parlamentar ingressou com ação popular contra este aumento.

O Juiz de Direito deferiu o pedido liminar e determinou a suspensão do reajuste.

Contra essa decisão, o Estado de São Paulo formulou o pedido de suspensão de tutela de urgência para o Presidente do Tribunal de Justiça que, no entanto, indeferiu o requerimento.

O Poder Público interpôs agravo para o Plenário e este manteve a decisão da Presidência e a liminar concedida em 1ª instância.

A Fazenda Pública ingressou, então, com novo pedido de suspensão, agora para a Presidência do STJ.

A Presidente do STJ determinou a suspensão da liminar?

SIM. Segundo decidiu o STJ:

A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública, mormente nos casos em que houver, por parte da Fazenda estadual, esclarecimento de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica.

32 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Decisão que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031d88451c78fd8d6d6378c0b2>>. Acesso em: 22/10/2023.

STJ. Corte Especial. AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7/6/2017 (Info 605).

(...)

Com relação à controvérsia sobre a revisão de preços de transporte coletivo, **o STF possui precedentes dizendo que “o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário” (RE 191.532-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 29/8/1997).**

Assim, a interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano não pode ser admitida como medida liminar por violar gravemente a ordem pública. Os atos administrativos praticados pelo Poder Público gozam de presunção de legitimidade, sendo considerados válidos até prova definitiva em sentido contrário.

Vale ressaltar, ainda, que, no caso concreto, a Fazenda Pública esclareceu que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica.

Desse modo, a cautela impede que seja sustada a recomposição tarifária estipulada pelo Poder Público. Postura tão drástica deveria ocorrer somente após a constatação, sem dúvidas, de que, de fato, existe uma ilegalidade. Isso, contudo, somente pode ser atestado após a

devida instrução, com o decurso da tramitação completa do processo judicial originário.

(...)

Violação da ordem econômica

Por fim, deve-se esclarecer que impedir judicialmente o reajuste das tarifas a serem pagas pelos usuários também configura grave violação da ordem econômica, por não haver prévia dotação orçamentária para que o Estado custeie as vultosas despesas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos acordos administrativos firmados pelo Poder Público com as concessionárias de transporte público.

Há alguns meses, o Supremo validou a deferência pela opção das políticas públicas mesmo nos casos de necessárias intervenções judiciais. O STF estabeleceu parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais. Neste julgado, **o Supremo reafirma a necessidade de serem respeitadas as Doutrinas Chenery e Chevron** (grifos meus):

- a) Em primeiro lugar, é necessário que esteja **devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência** do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público. **Quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições.**
- b) Em segundo lugar, no atendimento dos pedidos formulados pelo autor da demanda, **deve-se**

observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes, que são finitos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a toma de decisões difíceis. Assim, o órgão julgador deverá questionar **se é razoável e faticamente viável** que aquela obrigação seja universalizada pelo ente público devedor. Na hipótese em análise, por exemplo, caberia ao Tribunal de Justiça examinar se seria possível ao Município do Rio de Janeiro implementar as obrigações impostas também em outras unidades de saúde que estejam em condição similar à do Hospital Salgado Filho.

c) Em terceiro lugar, **cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada, privilegiando medidas estruturais de resolução de conflito**. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. **Trata-se de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo**. No exemplo dos autos, constatado o déficit de profissionais de saúde, caberia ao Judiciário determinar que a irregularidade seja sanada. No entanto, cabe ao Poder Executivo Municipal

decidir se suprirá tal deficiência, por exemplo, mediante a realização de concurso público, por meio do remanejamento de recursos humanos ou a partir da celebração de contratos de gestão e termos de parceria com organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

d) Em quarto lugar, a que **se considerar a ausência de expertise e capacidade institucional da atuação judicial na implementação de política pública**. O Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, de modo que, para atenuar isso, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual. No caso dos autos, por exemplo, deveria ter sido **pensado em um plano para correção das irregularidades** no Hospital Municipal Salgado Filho, que garantisse um mínimo existencial para o atendimento da população, respeitando, assim, o direito à saúde e à dignidade humana e, ao mesmo tempo, considerasse a situação das demais unidades de saúde sob responsabilidade do Município, para as quais os recursos orçamentários e esforços administrativos também devem ser orientados. **O plano poderia ser elaborado diretamente pela Administração Pública Municipal – e, posteriormente, homologado pelo Tribunal de Justiça local – ou desenvolvido em conjunto entre os dois Poderes.**

e) Em quinto lugar, sempre que possível, o órgão julgador deverá **abrir o processo à participação**

de terceiros, com a admissão de amicus curiae e designação de audiências públicas, permitindo a oitiva não apenas dos destinatários da ordem, mas também de outras instituições e entidades da sociedade civil. Tais providências contribuem não apenas para **a legitimidade democrática da ordem judicial como auxiliam a tomada de decisões**, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, contribuindo para uma visão global do problema. Além disso, uma **construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade**, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de determinações que ele próprio ajudou a construir.

STF. Plenário. RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/7/2023 (Repercussão Geral – Tema 698) (Info 1101).

Márcio Calvacante³³ explicita muito bem o julgado (grifo meu):

O caso concreto foi o seguinte:

Em 2003, o Ministério Público do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública em face do Município do Rio de Janeiro apontando péssimas condições de estrutura e atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho.

33 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d871c387c0f0eac2c553c7c4d59796f9>>. Acesso em: 21/10/2023.

Na ação, o Parquet formulou os seguintes pedidos:

- (i) abertura de concurso público para o provimento dos cargos vagos na área da saúde, a fim de suprir o déficit de pessoal apontado;
- (ii) que os servidores aprovados nesse concurso fossem lotados, especificamente, no Hospital Municipal Salgado Filho;
- (iii) que fossem sanadas, pela Administração municipal, todas as irregularidades apontadas com relação ao referido hospital.

A ação civil pública se fundamentou em informações colhidas no âmbito de inquérito civil, deflagrado a partir de relatório de fiscalização realizado pelo Conselho Regional de Medicina – CREMERJ.

Além do déficit de 283 profissionais à época, o relatório apontou irregularidades de diversas naturezas, a exemplo da ausência de vedação dos recipientes coletores de lixo, cruzamento de material estéril com contaminado e falta de manutenção e substituição de equipamentos. O pedido foi julgado improcedente em 1ª instância.

Segundo o magistrado, não seria possível a sindicabilidade jurisdicional de políticas públicas, frente ao princípio da separação dos poderes. Em outras palavras, não seria possível que o Poder Judiciário interferisse nas políticas públicas definidas e implementadas pelo Poder Executivo. O termo “sindicabilidade” deriva do verbo “sindicalizar”, que, neste contexto, significa submeter a exame ou revisão.

O Ministério Público recorreu e o TJ/RJ deu provimento à apelação e determinou ao Município:

- i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e
 - ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.
- Inconformado, o Município interpôs recurso extraordinário.
- Vejamos com calma o que decidiu o STF.

Direito à saúde

A CF/88 reconheceu o direito à saúde como direito social fundamental, conferindo-lhe grau de relevância e destaque absolutamente distinto das normativas constitucionais anteriores.

A constitucionalização desse direito e a sua elevação ao status de direito fundamental fizeram com que se conferisse à saúde o mais alto grau de importância e de força normativa.

Em outras palavras, à luz da normativa constitucional em vigor, não basta que o direito à saúde seja uma promessa, é necessário que o Estado garanta, por meio de políticas públicas, a sua concretização.

Nesse contexto, ao Poder Público incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça variadas prestações concernentes ao direito à saúde, tem procurado realizar a promessa constitucional de sua prestação universalizada.

No entanto, **excessos voluntaristas e a falta de critérios objetivos que geram indesejada imprevisibilidade da prestação jurisdicional colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.**

A atuação casuística do Poder Judiciário atende às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, pode interferir nas possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. Além disso, a atuação judicial em demandas individuais acaba por colocar em posição de vantagem aqueles que pertencem às classes mais favorecidas.

De fato, nessas hipóteses, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.

Mesmo admitindo que a judicialização é uma circunstância atual e mesmo inevitável da vida brasileira, em matéria de direito à saúde ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas.

É mais adequado que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa.

Nesse cenário, o que se necessita nessa matéria é estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência. É a falta de critérios universais que tem tornado o sistema disfuncional e desigual.

Acabou se tornando verdadeiro senso comum de que o Poder Judiciário, quando se depara com casos nos quais se discutem certas questões do direito à saúde – e.g. fornecimento de certo medicamento ou custeio de um tratamento para a parte –, faria uma ponderação entre o direito à vida e à saúde, de um lado, e princípios orçamentários, separação de poderes e reserva do possível, do outro lado. Isso, todavia, não é verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.

Parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas de saúde

A atuação do Poder Judiciário em matéria de concretização de direitos sociais é permeada por complexidades e críticas.

Contudo, em cenários em que a inércia administrativa frustra a realização de direitos fundamentais, não há como negar ao Poder Judiciário algum grau de interferência para a implementação de políticas públicas. Negar a possibilidade de atuação jurisdicional nessa matéria equivaleria a negar a própria efetividade do direito social constitucionalmente assegurado, retornando à ultrapassada ideia de que tais direitos seriam normas meramente programáticas ou principiológica.

(...)

Em resumo:

Na hipótese de ausência ou deficiência grave do serviço, a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais não viola o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), devendo a atuação judicial, via de regra, indicar as finalidades pretendidas e impor à Administração Pública a apresentação dos meios adequados para alcançá-las.

STF. Plenário. RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/7/2023 (Repercussão Geral – Tema 698) (Info 1101).

Vejam as teses fixadas pelo STF:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou

deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos Poderes.

2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;

3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

STF. Plenário. RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/7/2023 (Repercussão Geral – Tema 698) (Info 1101).

Analizando especificamente o caso concreto

Levando em conta tais parâmetros, o STF entendeu que a intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos.

A participação judicial deve ocorrer em situações excepcionais e ser pautada por critérios de **razoabilidade e eficiência**, respeitada a

discricionariedade do administrador em definir e implementar políticas públicas.

No caso em análise, o acórdão recorrido do TJ/RJ reconheceu a omissão específica do Município do Rio de Janeiro no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde, em razão das precárias condições do Hospital Municipal Salgado Filho.

Nesse cenário, a intervenção do Poder Judiciário visa a garantir o mínimo existencial relativo ao direito à saúde, intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

No entanto, as providências determinadas pelo Tribunal de Justiça não se alinham aos parâmetros de atuação aqui propostos, uma vez que não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Na visão do STF, o TJ/RJ interferiu fortemente no mérito administrativo ao determinar, por exemplo, a contratação de pessoal via concurso público e a sua lotação em determinado hospital da rede municipal de saúde.

Além disso, a ação foi proposta em abril de 2003 e o acórdão recorrido proferido em maio de 2006. Logo, para o STF era necessário examinar se, quase 20 anos depois, as irregularidades indicadas na inicial e as medidas determinadas pelo acórdão recorrido ainda atendem à atual realidade do Hospital Salgado Filho.

Diante do exposto, o STF deu parcial provimento ao recurso extraordinário do Município para anular o acórdão do TJ e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais

do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros fixados.

Assim, a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal autoriza determinação judicial para obrigar o Estado a cumprir seu papel e corrigir indevidas e inaceitáveis omissões estatais, contudo, com os seguintes critérios:

1 - sempre de forma consensual (dialógica), havendo interação (e não imposição) entre o Juízo e o administrador público. O juízo decide o fim a ser alcançado, porém não a forma. Esta é decidida pelo administrador, em dever de deferência e autocontenção judicial – **Doutrina Chevron;**

2 – verificando a possibilidade de universalizar os direitos pleiteados, por suas importâncias e pelo recursos (poucos) a disposição do Estado;

3 - respeitar a discricionariedade administrativa (desde que não gere arbitrariedade ou esvaziamento do próprio direito), com fundamentos em análises técnicas e periciais – **Doutrina Chenery;**

4 - garantir uma democracia efetiva com participação de toda a sociedade, através de *amicus curiae* e de audiências públicas, permitindo a participação de toda a sociedade e a efetivação da democracia;

5 – a efetiva comprovação **devidamente comprovada da ausência ou da grave deficiência** do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público.

Desta forma, percebe-se a aplicação efetiva das Doutrinas Chenery e Chevron pelos tribunais superiores brasileiros, influenciando os demais tribunais e órgãos jurídicos. A jurisprudência além de sólida, já está avançada ao ponto de haver critérios bem definidos de como aplicá-las.

5

CONCLUSÃO

Conforme destrinchado ao longo do estudo, é extremamente complexo o controle social e judicial dos atos administrativos, em especial, quando envolve a alta cúpula dos poderes – justamente os que decidem as políticas públicas a serem efetivadas.

Vale ressaltar que são esses controles que geram a confiança da população nos administradores.

As Doutrinas Chenery e Chevron surgem como restrições a tais controles, afastando a possibilidade de análise judicial da escolha política, com fulcro na reserva da administração, no respeito ao mérito administrativo, na adoção de critérios técnicos, entre outros fundamentos.

Conforme exposto, mesmo sendo adotadas pelo STF e STJ, há doutrina contra a adoção de ambas.

As duas teorias afetam diretamente na governança e na governabilidade da Administração Pública.

A governança é a forma em que o Poder Público administra os recursos econômicos e sociais do Estado, objetivando o melhor para a sociedade. Trata-se da capacidade do governo em executar as políticas públicas – sua competência técnica, financeira e gerencial.

Já a governabilidade é a capacidade política do Estado, através de sua representatividade democrática e social. O quanto a sociedade confia no Poder Público.

A crítica no uso das duas doutrinas é justamente diminuir a governança e a governabilidade.

Se não se pode questionar judicialmente atos administrativos, a sociedade passa a ter descrédito perante o Estado – diminuindo, conseqüentemente, a governabilidade.

Também enfraquece a capacidade de execução das políticas públicas. O questionamento e os controles social e judicial incentivam a melhora constante do Poder Público. Se eles são afastados, a Administração fica “sossegada”, em vez de buscar o aumento da sua eficiência.

Por isso, é essencial ambos os controles, em especial pelos órgãos de *accountability*: Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas, organizações sociais, entre outros.

A reserva da administração é importante e deve ser preservada, todavia, a ausência da possibilidade de análise judicial viola a democracia e o sistema jurídico.

É legítimo uma ação judicial buscando analisar as políticas públicas, sendo o cumprimento do papel contramajoritário do Poder Judiciário. Nem sempre a vontade da maioria é a melhor e a legal, cabendo ao Judiciário impor limites à vontade da maioria e proteger as minorias.

Mesmo sabendo da boa intenção dos usos das Doutrinas Chevron e Chenery, ambas trazem inevitáveis malefícios que acabam piorando o sistema jurídico.

A Chevron permite a independência total do Poder Executivo em suas escolhas políticas. Ocorre que, por muitas vezes, as opções adotadas são influenciadas por interesses escusos.

É impossível identificar a “intenção do legislador” ao formular suas políticas públicas, sendo o Congresso um órgão bastante heterogêneo.

É inconstitucional por ferir os princípios constitucionais da inafastabilidade de jurisdição e da separação dos poderes.

Gera a abdicação do dever judicial de interpretar e decidir as causas somente por envolverem as disposições estatutárias e as ações das agências, independentemente de serem inconsistentes.

A Doutrina Chevron viola o princípio da confiança, com diversas mudanças das opções políticas a cada eleição ou até antes.

Por fim, enfraquece democracia, retirando o debate do Congresso Nacional para uma escolha unilateral do Poder Executivo.

Em relação à Doutrina Chenery, ela descumpre os princípios constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário (art.5º, XXXV, CF/88), do “*Non Liqueat*”, do Acesso à Justiça e do Devido Processo Legal. É retirado do Poder Judiciário a possibilidade de fazer, ao menos, um juízo mínimo de deliberação do “mérito”.

Ela desequilibra os lados em conflito (Administração Pública e administrados). Ignora a paridade de armas entre a Administração Pública e os administrados. Permite ao Estado impor sua vontade com base em seus critérios técnicos definidos sem debate democrático e sem possibilidade de controle. Bastaria o uso do *amicus curiae* para afastar o argumento de ausência de expertise do Poder Judiciário em analisar critérios técnicos, sendo um terceiro imparcial com expertise.

A Chenery também diminui o aspecto democrático do controle social dos atos administrativos. Serve como fundamento espúrio e abusivo do Estado em não garantir os direitos e garantias fundamentais – protegendo os “poderosos”.

É inquestionável que a revisão judicial de atos administrativos, por vezes, foi realizada de forma abusiva, efetivamente violando a democracia. A autocontenção judicial é, além de benéfica, necessária. Contudo, a ausência de controle judicial é o outro extremo, sendo o controle também imprescindível.

A revisão judicial somente é antidemocrática quando contraria decisões políticas a fim de manter poder e privilégios das elites. Todavia, as Doutrinas Chenery e Chevron defendem o Estado do controle social e judicial, isto é, a análise judicial nestas hipóteses é que garante o combate aos possíveis abusos – concretizando a verdadeira democracia.

Assim, é essencial o estudo cada vez mais aprofundado das Doutrinas Chevron e Chenery e revisar sua utilização, objetivando melhorar e efetivar os controles sociais e judiciais dos atos administrativos.

REFERÊNCIAS

Motta, Fabrício. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. parâmetro que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031d88451c78fd8d6d6378c0b2>>. Acesso em: 22/10/2023.

JÚNIOR, José Gutemberg de Sousa Rodrigues Júnior e Araújo, Clara Skarlleth Lopes. Da deferência ao ato administrativo e das capacidades institucionais, 2023. <https://www.conjur.com.br/2023-jul-31/rodrigues-jr-araujo-deferencia-ato-administrativo>. Acesso em: 22/10/2023.

DUAILIBE, Bruno. Apontamentos sobre a Teoria Chenery e sua aplicação no ordenamento brasileiro. 2023. <https://www.migalhas.com.br/depeso/384039/teoria-chenery-e-sua-aplicacao-no-ordenamento-brasileiro>. Acesso em: 22/10/2023.

ESPÍNDOLA, Renata Carvalho. As políticas públicas de saúde e o mérito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: considerações sobre a aplicabilidade da doutrina Chenery. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 42, n. 1, jan./jun. p. 20. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-PG-DF_v.42_n.1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

NAVARRO, Ariela Zuchetto e FARRET, Julian Ritzel. Doutrina Chenery e o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários: uma análise do caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A DOUTRINA CHEVRON: O ocase anunciado?. 2017. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

FARIA, Edimur Ferreira de; GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. Discricionariedade em política urbana: o caso do viaduto estaiado de Curitiba. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 362-391, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/42294/32600>. Acesso em: 23/10/2023.

SANTOS, Hélder Alexandre. Doutrina Chenery e a Necessidade da Densificação do Amicus Curiae: Direitos Fundamentais e Ativismo Judicial. 2019. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/doutrina-chenery-e-a-necessidade-da-densificacao-do-amicus-curiae-direitos-fundamentais-e-ativismo-judicial/733124662>. Acesso em 23/10/2023.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO. Curitiba, 2020. <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/70458/R%20-%20T%20-%20RODRIGO%20FERNANDES%20LIMA%20DALLEDONE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23/10/2023.

BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência: cortes constitucionais no jogo do poder (1). <https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/>

roberto-barroso-populismo-autoritarismo-resistencia. 2022.
Acesso em: 22/10/23.

Streck, Lenio Luiz. Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?. 2020. <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>. Acesso em 02/11/2020.

Streck, Lenio Luiz. Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?. 2014. <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>. Acesso em 02/11/2020.