

JUDICIÁRIO E ESTADO ADMINISTRATIVO – EXPERIÊNCIA AMERICANA APLICA-SE AO BRASIL? *Judiciary and Administrative State – Is the American experience applicable to Brazil?*

Submetido(submitted): 04/12/2019

Parecer(revised): 13/12/2019

Aceito(accepted): 30/12/2019

Rodrigo Parente Paiva Bentemuller*

Abstract

Purpose – *The Unites States of America has presented for decades an Administrative State culture, in which agencies display normative e judicial functions beyond regular executive tasks. In this scenery, the American Judiciary grants positions of judicial deference (not without questionings) towards normative acts of these agencies, as seen in the paradigmatic Chevron case, decided by the Supreme Court. For Adrian Vermeule, a true Law's abnegation exists as a natural process alongside the evolving complexity of modern society and its reflexes on Administrative State. The purpose of this article is to evaluate the American experience in judicial deference and its applicability in the Brazilian Law system.*

Methodology/approach/design – *The article is based on the studies of the American Administrative State being aligned to the Brazilian Regulatory State, in a Judiciary point of view, exposing a necessary Law's abnegation in detriment of the Law's Empire, under the optic of judicial deference, in certain cases.*

Findings – *In the end, it demonstrates the necessary abstention, regarding certain subjects and circumstances, of the Judiciary towards the regulatory agencies.*

Practical implications – *The article's purpose is the enhancement of the judicial practice, aligned with the new ages of a Regulatory State.*

Keywords: *Administrative State. Judiciary. Law's abnegation. Regulatory State. Judicial deference.*

Resumo

Propósito – Os Estados Unidos da América apresentam de longa data uma cultura de Estado Administrativo, em que as *agências* ostentam funções, além de propriamente executoras dos comandos legislativos, normativas e judiciais. Nesse contexto, o Judiciário americano assume posições de deferência judicial (não sem contestação) quanto aos atos normativos expedidos por essas agências reguladoras, como possível observar no paradigmático caso *Chevron*, decidido pela *Supreme Court*. Para Adrian

*Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Defensor Público no Estado do Ceará nos anos de 2012-2013. Juiz Federal Substituto desde 2013. E-mail: rodrigooppb@gmail.com.

Vermeule, ocorre verdadeira abnegação do Direito como processo natural da evolução da complexidade da sociedade moderna e seus reflexos no Estado Administrativo. A intenção do artigo é avaliar a experiência americana em deferência judicial e sua aplicabilidade no Direito brasileiro.

Metodologia/abordagem/design – O artigo baseia-se nos estudos acerca do Estado Administrativo norte-americano em sintonia com o Estado Regulador do Brasil, em uma visão voltada ao Poder Judiciário, expondo uma necessária abnegação do Direito em detrimento do império do Direito, sob a ótica da deferência judicial, em determinados casos.

Resultados – Ao final, demonstra-se a necessária abstenção, em determinados assuntos e circunstâncias, da intervenção do Judiciário no âmbito das agências reguladoras.

Implicações práticas – A intenção do artigo é o aprimoramento da prática judiciária, alinhada aos novos tempos de Estado Regulador.

Palavras-chave: Estado Administrativo. Judiciário. Abnegação do Direito. Estado Regulador. Deferência judicial.

INTRODUÇÃO

O Século XX viu emergir o Estado Democrático de Direito, visando apelar as inconsistências oriundas do Estado do Bem-estar Social, representando não uma ruptura, mas um avanço deste sistema, consubstanciando-se em uma “*transição reflexiva entre esses dois pontos de referência [Estado Liberal e o Estado do Bem-estar Social], como forma de construção de uma autonomia bipartida como privada e pública*” (LOPES, 2018, p. 106).

Em um plano econômico, surge a figura do Estado Regulador, em que o Estado aparece como figura ora interventora ora absentéista como forma de reger a atividade econômica privada, “*como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais*” (ARANHA, 2018, p. 11).

Nesse contexto, de intervenção na atividade econômica, aliada à rápida evolução inerente aos mercados, amplia-se a participação de um corpo técnico-burocrático estatal capaz de fazer frente à dinâmica econômica, com poderes quase legislativos (normativos) e judicantes, com o fito de regular tal atividade exatamente para garantir, como dito acima, o gozo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Tal modelo de Estado, todavia, impõe uma revisão da clássica separação de Poderes, como previstos por Locke e Montesquieu (em oposição a um regime absolutista), tendo em vista essa nova concepção do Poder Executivo, ancorado por agências independentes, revelando um Estado Administrativo, em que a função administrativa predomina, esta entendida, no que aponta Waldo (2007),

reportando a Henry Walker, como a função necessária para execução das políticas de governo traçadas pela função legislativa, organizada basicamente pela experiência técnica de especialistas integrantes do corpo burocrático para elaboração de textos normativos.

No âmbito brasileiro, a burocracia administrativa caminha para a existência de um Estado Regulador em que esse corpo de *experts* assume preponderância na atividade regulatória, impondo deveres e obrigações aos particulares, sejam eles agentes econômicos, sejam consumidores ou até mesmo a Administração Pública.

O Poder Judiciário, no âmbito da clássica separação dos poderes, assume uma posição central na resolução de conflitos de interesses surgidos nos setores regulados, pois é portador da palavra final sobre questões jurídicas. Entretanto, na seara de um Estado Administrativo, tal posição deve ser revista, ante as decisões de caráter eminentemente técnico dos entes reguladores, havendo uma necessária deferência judicial¹ ou até mesmo uma abnegação, utilizando os termos de Adrian Vermeule (2016).

Nesse contexto, o presente artigo busca traçar um panorama acerca da posição do Judiciário no âmbito do Estado Administrativo estadunidense e sua possível aplicabilidade no sistema brasileiro, passando por uma breve explanação acerca da mudança de paradigma culminante na própria concepção de Estado Administrativo e Estado Regulador.

ESTADO ADMINISTRATIVO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E PODER JUDICIÁRIO

Antes de ingressar na relação entre Poder Judiciário e Estado Administrativo norte-americano, curial traçar algumas linhas acerca do próprio conceito de Estado Administrativo e sua importância para o âmbito das agências reguladoras.

Ainda no início do século XX, como referenciado por Waldo (2007), Goodnow e Willoughby já apresentavam uma necessária releitura da clássica separação de poderes, traçando a distinção entre função executiva, engajada no estabelecimento de políticas públicas, e função administrativa, desenhada para execução destas, sendo enaltecida, nesse ponto, a figura dos experts, sendo a

¹Neste artigo, opta-se pelo termo deferência judicial alinhando-se à expressão já consolidada no direito norte-americano (*judicial deference*), apesar de outros autores, inclusive em artigo de nossa autoria, preferirem utilizar o termo deferência administrativa.

tecnicidade fator importante para fazer frente às demandas cada vez mais pulsantes (e imprevisíveis) da sociedade.

Como apontado por Medeiros (2016), utilizando os estudos de Waldo, muda-se o eixo da legitimação da produção normativa, deixando de ser monopólio do Poder Legislativo, escolhido através de sufrágio, para a própria função administrativa, regida pelas “*habilidades, competências e especialidades que o novo corpo burocrático deve possuir*” (p. 390), à parte, assim, dos dissabores e variações inerentes à própria atividade política e alternância governamental.

Em Barbosa (2015), cotejando o trabalho de Bruce Ackerman, resta explanado que, para questões de alto grau de tecnicidade, o Legislativo não é capaz de dar respostas rápidas e acuradas para os problemas cada vez mais complexos advindos da sociedade (pós-)moderna, em questões envolvendo, por exemplo, proteção ao meio ambiente e energia nuclear.

Como conclui Gomes (2017, p. 145):

“Os debates sobre as relações entre política e administração parecem ter substituído, em grande medida, as discussões sobre a separação dos poderes, no campo da administração pública. A preocupação que deu origem à dicotomia política-administração permanece válida e existente, qual seja, a necessidade de implementação de um Estado administrativo, voltado à gestão eficiente de recursos e maximização do bem-estar social por meio da aplicação de uma ciência própria da administração pública.”

Assim, a figura do Estado Administrativo promove uma reformulação da divisão dos Poderes, acarretando em um acúmulo de poderes pelo Poder Executivo, pois responsável pela execução dos comandos legislativos gerais, tanto através da fiscalização e punição das atividades regulamentadas como pela própria existência de poder normativo, este entendido como a possibilidade de produção de normas capazes de interferir no domínio econômico dentro de um quadro legislativo pré-ordenado.

Vale salientar que, nos Estados Unidos da América, as agências reguladoras vieram em um processo histórico de intervencionismo do mercado, em que a liberdade de contratos e propriedades, dentro de um contexto liberal, deveriam ser limitados, em oposição ao modelo europeu (e ainda o brasileiro) em que, oriundos de um Estado de Bem-estar Social e aderentes a um modelo neoliberal, passaram a reger a atividade econômica, por meio de agências independentes, como disciplinadora e fomentadora dos novos mercados.

No âmbito estadunidense, apesar de claramente reconhecida a existência de um Estado Administrativo, há questionamentos acerca de sua constitucionalidade, tendo como expoentes mais modernos, referenciados por Vermeule (2016), Gary Lawson e Philip Hamburger, em que defendem que o sistema normativo previsto na Constituição (Lawson) ou na tradição jurídica

anglo-saxã (Hamburger) não ampara o “inchaço” do Poder Executivo e suas funções quase legislativas e quase judiciais. Tais questionamentos acerca do desequilíbrio dos freios e contrapesos da separação de poderes² também se encontram presentes em Sustain e Vermeule (2015).

Vermeule (2016), em contraponto, defende que o Estado Administrativo é uma evolução natural do próprio Estado e amparado em autorizações legislativas, sendo respeitados, pois, os contornos oferecidos pelo próprio Poder Legislativo, exercendo, assim, propriamente atividades executivas. Em suas palavras (p. 53):

“To be clear, the official theory of delegation in American administrative law is not a view that I agree with. The better theory, and indeed the one with better founding-era credentials, is that so long as an agency acts within the boundaries of the statutory authorization, obeying the *Youngstown*³ constraint, the agency is necessarily exercising executive rather than legislative power, intelligible principle or no”⁴.

A alteração do panorama da divisão de poderes afeta não somente o Poder Legislativo, mas igualmente o Poder Judiciário, pois este assume nova posição no novel quadro normativo experienciado pela Administração Pública, passando a avaliar não só a constitucionalidade/legalidade de atos propriamente legislativos, mas a própria conformidade entre os comandos oriundos do poder normativo do Executivo e, em especial, das agências reguladoras e a Constituição e as leis.

Restou explanado, em Bentemuller (2018), que o Poder Judiciário pode assumir duas posições: uma primeira interventora, em que se passa à análise da conformidade legislativa em sentido amplo, ingressando no próprio mérito do ato normativo da agência reguladora; ou então, em uma outra abordagem, uma posição deferencial, avaliando-se a formalidade procedimental para elaboração do texto normativo e ainda evitando decisões fora do contorno legislativo em deveriam ter sido criadas as normas das agências independentes.

²Citado desequilíbrio nos freios e contrapesos decorre da ideia de que cada Poder deve evitar a hipertrofia ou a superioridade de um deles perante os demais, devendo os Poderes serem independentes e harmônicos entre si.

³*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). Restou decidido, nesse caso, que o Presidente não poderia realizar a tomada de controle de propriedade privada sem que houvesse expressa autorização do Congresso. A constrição de *Youngstown* citada por Vermeule vai exatamente limitar os poderes executivos quando não houver autorização legislativa.

⁴Em tradução livre: “Para ser claro, a teoria oficial de delegação no Direito Administrativo não é uma visão com a qual concordo. A melhor teoria, e, de fato, aquela com melhor credenciais da era de criação do Estado Americano, é que, enquanto a agência agir dentro dos contornos da autorização legal, obedecendo as limitações de *Youngstown*, a agência está necessariamente exercendo função executiva em vez de legislativo, princípio inteligível ou não”.

Em que pese terem sido abordados alhures os casos *Chevron* e *Auer* como paradigmáticos para a deferência judicial (2018), Vermeule (2016) retrocede ainda mais no tempo, estabelecendo como marco inicial para a tentativa de mediação do conflito entre Direito (aqui entendido como revisão judicial) e Estado Administrativo o caso *Crowell v. Benson*, decidido pela *Supreme Court of USA*, em 1932. Trata-se de um caso relativo à constitucionalidade de tribunais administrativos julgarem pedidos de compensação de trabalhadores ocorridos em águas navegáveis, em que restou estabelecido, em linhas gerais, que, em “*private rights*” (envolvendo relação entre cidadãos), poderia o Judiciário realizar deferência aos julgados administrativos, em certos casos, como também exposto por Ernst (2014), mencionando a importante figura do *Chief Justice* Hughes na elaboração dessa decisão, tentando sopesar a figura do administrador e do Judiciário, apesar de haver contestação (p. 76-77):

“Two groups threatened this entente between the courts and the agencies. First, members of a legal profession that closely identified with courts would have to be convinced that administrative discretion would not threaten their own interests and ideals. Second, the professional politicians who still dominated the nation’s legislatures had to be persuaded that the new agencies would not provide governors and presidents with an independent source of political power”⁵.

Tal decisão influencia na elaboração do *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946, que, além de trazer regras acerca do processo administrativo para elaboração de normas regulatórias, estabelece contornos para a avaliação judicial de atos administrativos regulatórios.

Sob tal legislação, estabelece-se a denominada “*hard look review*”, em que o Judiciário pode intervir de duas formas: uma primeira relacionada ao próprio procedimento de elaboração de decisões e uma segunda em que o Judiciário deve intervir em normas regulatórias tidas como arbitrárias ou caprichosas (*arbitrary or capricious*).

Entretanto, restou definido em *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1978), um caso no qual se discutia a possibilidade de o Judiciário impor novas exigências no processo administrativo para a elaboração de normas pelas agências reguladoras, além do exigido pelo APA.

⁵Em tradução livre: Dois grupos ameaçaram esse acordo entre cortes e agências. Primeiro, membros de uma profissão legal que se identificavam proximamente com cortes teriam que ser convencidos que a discricionariedade administrativa não iria ameaçar seus próprios interesses e ideais. Em segundo lugar, políticos profissionais que ainda dominavam a legislatura da nação teriam que ser persuadidos de que as novas agências não iriam providenciar governantes e presidentes com uma fonte independente de poder político.

A Suprema Corte norte-americana, reformando decisão do *D.C. Circuit Court of Appeals*, definiu que obrigações procedimentais devem ser ancoradas no *Administrative Procedure Act* e não pode o Judiciário impor novas obrigações procedimentais, ficando a cargo da agência reguladora o estabelecimento do procedimento mais adequado para a tomada de decisões.

Avançando no tempo, sem esgotar o assunto, surge a denominada Doutrina Chevron (*Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*), julgado em 1984, também pela *Supreme Court*.

Como relatado por Ventura Rodríguez (2010) e explanado em artigo de nossa autoria (2018), discutia-se a alteração da interpretação dada pela *Environmental Protection Agency* (EPA) sobre fontes estacionárias de poluição previstas no Clean Air Act, pós-emendas de 1977, sendo questionada a decisão regulatória pela *Natural Resources Defense Council, Inc.*

Após decisão favorável na *US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, a Suprema Corte dos EUA, como apontado por Scalia (1989, p. 511-512), *Justice Paul Stephens* assim sintetizou a referida doutrina:

“First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress.

If, however, the court determines that Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute”⁶.

Em avanço, o julgado *Auer v. Robbins* (1997) aprofunda a deferência judicial, pois na inexistência de norma legislativa congressual, a agência pode interpretar seus próprios comandos regulatórios, desde que baseada em construção interpretativa válida do estatuto, tal como explicitado em Bentemuller (2018 p. 33):

“Assim, a doutrina Auer vai além da doutrina Chevron, pois nesta o órgão regulador dava interpretação válida ao comando legislativo, enquanto naquela foi permitida que o próprio órgão regulador desse interpretação de

⁶ Em tradução livre: “Primeiro, sempre, é a questão se o Congresso diretamente manifestou-se sobre a exata questão sob análise. Se a intenção do Congresso é clara, é o fim do assunto; a corte, e assim também a agência, devem dar efeito à intenção expressa e clara do Congresso. Se, entretanto, a corte determina que o Congresso não se manifestou diretamente sobre a exata questão sob análise, a corte não impõe simplesmente sua própria interpretação acerca do estatuto, como seria necessária na ausência de interpretação administrativa. Mais além, se o estatuto é silente ou ambíguo em relação ao assunto específico, a questão para a corte é se a resposta da agência é baseada em uma interpretação admissível do estatuto.”

previsões regulatórias, no caso de elas serem vagas ou imprecisas, o que expande a deferência administrativa então disposta pelo caso *Chevron*, evitando assim que o Judiciário interfira nas decisões das agências reguladoras, desde que possíveis dentro do arcabouço interpretativo, resguardando a discricionariedade interna do ente regulador”.

Apesar de ainda válida perante a *Supreme Court*, tal deferência não é imune de críticas, sendo inclusive sua abrangência restringida por decisão no âmbito da *Kisor v. Wilkie* de 2019, em que foram estabelecidos alguns critérios para que as cortes promovam deferência ou não aos comandos regulatórios interpretativos.

Para Vermeule (2016), tais decisões conformam o que ele denomina de abnegação do Direito, em que, como evolução natural do Estado Administrativo, o Judiciário deve guardar deferência às agências reguladoras, sob certas circunstâncias, tendo em vista a necessidade de respostas tempestivas às demandas cada vez mais rápidas e complexas surgidas na sociedade (pós-)moderna, bem como a expertise dos técnicos burocratas das agências reguladoras.

Sem intenção de esgotar o tema perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, nem abordando as tentativas legislativas para aplacar tais decisões acima referenciadas, restou estabelecido, nesse momento, um panorama acerca da deferência judicial no âmbito estadunidense, sendo fixado como paradigma para a avaliação do sistema brasileiro, abordado a seguir.

ESTADO REGULADOR NO DIREITO BRASILEIRO E PODER JUDICIÁRIO

Antes, contudo, de averiguar o estágio da deferência judicial no âmbito brasileiro, importante estabelecer os contornos do Estado Regulador no Brasil, em que se parte de uma concepção liberal, passando pelo Estado de Bem-estar Social, até chegar no início de um Estado Regulador, tendo em mente que a regulação não é exclusiva desta modalidade estatal.

Primeiramente, o Estado Liberal é caracterizado, na relação Estado-Mercado, sob a ótica do liberalismo clássico, em uma abstenção estatal quanto à efetivação de direitos sociais, limitando-se à proteção das tidas liberdades individuais, englobando a liberdade de propriedade e de contrato. Nessa sistemática liberal, atividade estatal fora dos limites das garantias necessárias ao cumprimento da proteção de liberdades individuais era vista como abusiva, resquício do sistema absolutista que então vigia, sendo incipiente a atividade regulatória estatal, dado que delegada ao próprio mercado sua autorregulação.

Por seu turno, o Estado de Bem-estar Social veio suprir a exigência por prestações positivas do Estado, como “*estratégia compensatória das situações de debilidade social*” (LOPES, 2018, p. 98). E ainda na lição de Othon de Azevedo Lopes (2018, p. 98):

“O direito apresentou-se como um meio, instrumento, para que a política conduzisse o processo social, definindo objetivos, escolhendo os meios normativos e ordenando condutas concretas, de acordo com programas finalísticos. No Estado de Bem-estar Social, imperava a preocupação com justiça distributiva, em torno do problema da partição de utilidades fruíveis socialmente produzidas, encerrando-se a questão da liberdade dentro de um tratamento do tipo assistencial e reduzindo-a ao distanciá-la de preocupações mais amplas vinculadas à emancipação e à dignidade da pessoa humana.”

A regulação, nesse âmbito, dá-se de forma centralizadora e diretiva, tendo em vista que o Estado deve distribuir entre os cidadãos a fruição das utilidades produzidas pelo mercado, assumindo, portanto, uma feição intervencionista.

O Estado Regulador veio a surgir como uma insuficiência do Estado Provedor, ante a diversidade das necessidades, cada vez mais crescentes e complexas, dos cidadãos, gerando, inclusive, um âmbito de incerteza quanto ao que deve ser concedido via estatal. Na visão de Lopes (2018, p. 110):

“A partir dessa problematização, o modelo ingênuo do Estado de Bem-estar Social a quem se atribui um largo espaço de ação para imposição dirigista de sua vontade sobre a sociedade deve ser substituído por um mais realista que o concebe como um sistema entre outros que, dentro de um espaço de ação mais restrito, limita-se a impulsos controladores indiretos.”

Este novel Estado figura, no espectro da regulação, em uma visão hegeliana, como uma síntese evolutiva das figuras do Estado Liberal e do de Bem-Estar Social, havendo uma ressignificação do mercado, não sendo mais adequada a figura do *laissez-faire*, nem uma planificação da economia, mas sim um programa gerencial coordenado para garantir a fruição de direitos fundamentais, sendo então representado por um “*menor intervencionismo direto e maior intervencionismo indireto*” (ARANHA, 2018, p. 136). Márcio Iorio Aranha (2018, p. 36) assim traça os pressupostos do Estado Regulador:

“O certo é que o conceito de regulação é um pressuposto do Estado Regulador, que, sinteticamente se apoia a) no Estado garante dos direitos fundamentais, inclusive a igualdade de condições competitivas; b) no Estado de intervenção permanente e simbiótica; c) no Estado Administrativo, por sua apresentação de agigantamento da função de planejamento e gerenciamento das leis; d) no Estado legitimado na figura do administrador, do processo de gerenciamento normativo da realidade ou do espaço público regulador; e) no Estado de direitos dependentes de sua conformação objetiva em ambientes regulados; f) no Estado Subsidiário, em sua apresentação de potencialização da iniciativa privada via funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes; e g) no conceito de regulação como processo de

realimentação contínua da decisão pelos efeitos dessa decisão, reconfigurando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade.”

Vale frisar, como exposto acima, que o fenômeno da regulação é plurívoco, não sendo exclusivo do Estado Regulador, mas, para fins de delimitação e como pressuposto do Estado Regulador, adota-se sua concepção mais moderna, em que se realiza um ciclo infinito de construção e reconstrução, não se vislumbrando a atividade regulatória como delimitadora da natureza, mas sim como regente do artifício (arte) e do acaso (matéria)⁷.

Da mesma forma que houve uma evolução dos Estados, especialmente os europeus (Europa Ocidental), indo desde um Estado puramente Liberal, passando pelo Estado de Bem-Estar Social, para chegar em um Estado Regulador, tal passagem também pode ser observada no Brasil, com algumas devidas ressalvas, pelo fato de não terem existido tais concepções estatais de forma pura, sendo melhor definidas as fases da regulação no Brasil, nos ensinamentos de Aranha (2018), em patrimonialista (Brasil Colônia ao Primeiro Império), desconcentrada (Segundo Império até os anos 30 do Século XX), concentrada (dos anos 30 até final dos anos 80 do Século XX) e a fase atual, mais condizente com o Estado Regulador, em que a Administração Pública assume uma feição gerencial.

Tal sistema brasileiro mais recente veio amparado em um processo de privatizações (desestatização), apesar de a existência de agências reguladoras não ser relacionada exclusivamente com privatizações, como sói acontecer nos Estados Unidos da América, em que as utilidades públicas são de titularidade privada e somente depois o Estado procura intervir regulando o setor.

Aqui cabe um parêntese. As agências reguladoras brasileiras, apesar de espalhadas no modelo norte-americano de *independent agencies*, como aponta Binenbojm (2005), o contexto é diverso, pois, nos EUA, as agências foram concebidas para alavancar mudanças e evitar deturpações do sistema capitalista; no Brasil, por seu turno, as agências aqui tem como propósito, pelo menos inicial, de assegurar estabilidade nas relações entre Poder Público e particular, no processo de desestatização, evitando ficarem os contratos, as concessões, permissões e/ou autorizações sujeitos a dissabores dos governantes de ocasião.

Semelhantes, contudo, as agências brasileiras e estadunidenses estão em relação a seu poder normativo, retomando aqui a ideia de Estado Administrativo já exposta, sendo, nas lições de Aranha (2018, p. 107), “*uma função normativa conjuntural destinada a acompanhar o setor no seu dinamismo, mas dentro da*

⁷Conceitos de natureza, acaso e artifício desenvolvidos, entre outros, por Rosset, Clément. *A Antinatureza: elementos para uma filosofia trágica*. Trad.: Getulio Puell. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989.

legalidade”, devendo resguardar, como acontece naquele País, respeito aos comandos legislativos, sendo suas balizas estabelecidas por tais preceitos primários.

Dentro desse contexto, como ocorre no âmbito da APA, o Brasil estabeleceu, em 2019, normas acerca do processo decisório das agências reguladoras, consolidando esta autarquia de natureza especial como palco adequado para discussões e deliberações entre os atores do esquema regulatório (regulador, regulado e consumidor)⁸, sendo a análise de impacto regulatório instrumento eficiente e democrático para edição ou alteração de atos normativos setoriais exercidos dentro do poder regulatório de cada agência.

Assim, o paradigma de controle judicial, aqui como alhures, é exatamente o contorno legislativo esquadrihado pelo legislador, seja do ponto de vista formal ou material, estabelecendo qual o âmbito do já vastamente citado poder normativo.

Nesse ponto, entendemos como importante marco para avaliação da deferência judicial no âmbito brasileiro o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal Pleno, em 1º/02/2018, no âmbito da ADI 4874, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, com acórdão publicado após um ano, em 1º de fevereiro de 2019, cuja ementa restou assim redigida:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA.

1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial.

2. A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).

⁸Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

3. A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014.

4. Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa condicionada à observância da legislação vigente.

5. Credencia-se à tutela de constitucionalidade in abstracto o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade. Cognoscibilidade do pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

6. Proibição da fabricação, importação e comercialização, no país, de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que define como aditivos: compostos e substâncias que aumentam a sua atratividade e a capacidade de causar dependência química. Conformação aos limites fixados na lei e na Constituição da República para o exercício legítimo pela ANVISA da sua competência normativa.

7. A liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da Lei Maior) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. O risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde.

8. O art. 8º, caput e § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999 submete os produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, a regime diferenciado específico de regulamentação, controle e fiscalização pela ANVISA, por se tratar de produtos que envolvem risco à saúde pública. A competência específica da ANVISA para regulamentar os produtos que envolvam risco à saúde (art. 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999) necessariamente inclui a competência para definir, por meio de critérios técnicos e de segurança, os ingredientes que podem e não podem ser usados na fabricação de tais produtos. Daí o suporte legal à RDC nº 14/2012, no que proíbe a adição, nos produtos fumígenos derivados do tabaco, de compostos ou substâncias destinados a aumentar a

sua atratividade. De matiz eminentemente técnica, a disciplina da forma de apresentação (composição, características etc.) de produto destinado ao consumo, não traduz restrição sobre a sua natureza.

9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*).

10. A incorporação da CQCT ao direito interno, embora não vinculante, fornece um standard de razoabilidade para aferição dos parâmetros adotados na RDC nº 14/2012 pela ANVISA, com base na competência atribuída pelos arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999.

11. Ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e restringindo o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, sem alterar a sua natureza ou redefinir características elementares da sua identidade, a ANVISA atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. Improcedência do pedido sucessivo.

12. Quórum de julgamento constituído por dez Ministros, considerado um impedimento. Nove votos pela improcedência do pedido principal de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, do art. 7º, III e XV, in fine, da Lei nº 9.782/1999. Cinco votos pela improcedência e cinco pela procedência do pedido sucessivo, não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999) – maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República) – para declaração da inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012 da ANVISA, a destituir de eficácia vinculante o julgado, no ponto.

13. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, e, no mérito julgados improcedentes os pedidos principais e o pedido sucessivo. Julgamento destituído de efeito vinculante apenas quanto ao pedido sucessivo, porquanto não atingido o quórum para a declaração da constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada nº 14/2012 da ANVISA.

(ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

Segundo relato realizado pela Ministra Relatora, a ação direta de inconstitucionalidade em referência discute, como questão central, a “*definição*

dos contornos e limites da função normativa exercida pelas chamadas agências reguladoras”, *in casu*, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

O pano de fundo da discussão, ainda segundo a Ministra Rosa Weber, é a iniciativa da Anvisa de proibir a importação e a comercialização no país de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que se definem como aditivos, veiculada por meio da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 expedida pela Anvisa.

Em um pedido sucessivo, questiona-se a própria validade da norma regulatória, de caráter primário, em seu confronto com a Constituição, ou seja, avaliando a própria compatibilidade de seu texto com as normas constitucionais.

No julgamento do mérito do pedido, por 9 votos pela improcedência do pedido principal e 1 voto em sentido contrário, restou assentada a função normativa da Anvisa, entendida como diversa do poder regulamentar. Nos termos do voto da Ministra Relatora:

“Diferentemente, as funções regulatórias desempenhadas pela ANVISA destinam-se, em grande medida, à disciplina de atividades exercidas em caráter eminentemente privado, não titularizadas pelo Estado, malgrado sua relevância do ponto de vista do interesse público. Não adstrita à regulação concorrencial, tampouco à regulação de serviços públicos, sobressaem, na vocação dessa agência, senão inteiramente, pelo menos com preponderância, os contornos de típico exercício do poder de polícia da Administração, no caso, a sanitária.

O poder de polícia da Administração, no entanto, manifesta-se tanto pela prática de atos específicos de efeitos concretos quanto pela edição de atos normativos abstratos e de alcance generalizado. Não se mostra estranha ao poder geral de polícia da Administração, portanto, a competência das agências reguladoras para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades por elas reguladas.

Expressa o poder de polícia, todavia, um poder-dever de agir nos limites da lei. No desempenho de função tipicamente de polícia, conforma-se a atuação da Administração à imposição de “restrições e condicionamentos legalmente instituídos sobre o exercício das liberdades e dos direitos fundamentais, com a finalidade de possibilitar uma convivência harmoniosa e produtiva em termos de segurança, salubridade, decoro e estética”.

(...)

A função normativa das agências reguladoras, notadamente quando atinge direitos e deveres dos administrados ligados ao Estado tão somente por vínculo de sujeição geral, subordina-se necessariamente ao direito posto, à lei, que deverá “definir as metas principais a serem perseguidas, os princípios a serem observados, os limites de atuação, os contornos das atividades das Agências Reguladoras, as finalidades a que foram instituídas, conceituando-lhes sua margem de atuação”. Não é por outra razão que, embora dotadas de considerável autonomia, a medida da competência normativa em que são investidas as agências reguladoras será aquela perfeitamente especificada nas leis – atos do Parlamento – pelas quais são criadas.”

Assim, restou plenamente definido no ordenamento jurídico brasileiro, na seara judicial, com efeito vinculante próprio dos julgamentos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a existência de poder normativo das agências reguladoras, como já explicitado acima.

Entretanto, quando na análise do mérito do pedido sucessivo, acerca da constitucionalidade da RDC nº 14/2012, houve divisão na Corte, em que 5 Ministros julgaram pela improcedência do pedido, enquanto outros 5 foram pela procedência da demanda.

A Ministra Relatora assentou, em seu voto, a possibilidade de deferência judicial, citando expressamente a doutrina Chevron, que foi abordada em linhas gerais neste presente artigo. Cumpre transcrever novamente parte do voto para ilustrar a referência ao paradigmático julgado americano:

“A doutrina da deferência administrativa, conhecida como Chevron deference porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto.”

Entretanto, os demais Ministros não fizeram referência à deferência judicial, à exceção do Ministro Fux, mas que a fez no sentido da avaliação do próprio mérito da norma regulatória, em matérias sensíveis:

Noutro giro, apesar de a regra circunscrever-se à deferência quanto às manifestações das agências reguladoras, o controle judicial, também, tem o seu lugar, especialmente quando, verbi gratia, as normas extrapolarem sua competência, existir a necessidade de tutela efetiva de direitos fundamentais e, também, quando o tema afetar solução técnica que possa ser equacionada de várias maneiras possíveis e proporcionais, o que impõe a manifestação de quem possui legitimidade democrática para tanto.

(...)

Em arremate, cumpre destacar que o Poder Judiciário deve, como regra geral e em razão do que já exposto anteriormente, observar o princípio da deferência em relação aos atos das agências reguladoras. Os atos administrativos das agências, que resultam de escolhas técnicas tomadas por meio de uma deliberação colegiada e imparcial, devem ser respeitados pelos seus órgãos de controle, e nisso devemos incluir o Poder Judiciário. Contudo, em relação a “temas juridicamente sensíveis”, e aqui fazemos uso de expressão utilizada por Eduardo Jordão em sua obra *Controle Judicial de uma*

Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. (São Paulo: Malheiros, 2016), o parâmetro da não deferência se impõe como método de controle.

Assim, a referida decisão marca importante avanço no estudo da deferência judicial, sendo pontapé inicial e paradigma para essa forma de avaliação pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Os contornos iniciais do Estado Regulador estão ancorados nas premissas, dentre outras, do Estado Administrativo, em que são delegadas ao Poder Executivo funções quase legislativas e quase judiciais, inerentes ao seu poder normativo, figura estatal que ainda sofre contestações.

Nos Estados Unidos da América, país de tradição na figura robustecida do Executivo, fator relevante (ou até mesmo inerente) ao Estado Administrativo, Legislativo e Judiciário tentam limitar tais poderes tidos como exorbitantes das *independent agencies*.

No âmbito judicial norte-americano, há uma jurisprudência de longa data no sentido de guardar deferência judicial às determinações administrativas no âmbito regulatório, variando desde interpretações razoáveis dentro dos contornos legislativos (*Chevron deference*) até mesmo interpretações razoáveis de normas regulatórias dúbias (*Auer deference*), também sem sair ileso às críticas, e evoluindo para uma possível abnegação do direito, no defender de Vermeule (2016), em que a deferência ganha amplitude cada vez maior.

No âmbito brasileiro, as discussões acerca da interferência ou abstenção do Judiciário no cerne das decisões regulatórias ainda são tímidas, oscilando entre esses dois extremos, o que gera incerteza para os *players* de cada setor regulado, pois, ao ser editada determinada regulamentação, não se antevê qual posicionamento o Judiciário irá tomar, desestabilizando assim as relações entre reguladores, regulados e consumidores.

A ADI 4874, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, lança luzes sobre o tema, utilizando inclusive como argumento decisório a doutrina Chevron da *U. S. Supreme Court*, mas ainda resta aquém quanto à sua aplicação, pois somente dois Ministros se manifestaram quanto a uma possível deferência, não tendo sido discutida com maior vigor pelos demais Ministros.

É necessário ir adiante. Com a complexidade e avanços cada vez maiores da sociedade (pós) moderna, o Judiciário, agindo no seu próprio tempo, termina por inibir/conter as atividades econômica e regulatória, tão vitais ao desenvolvimento do país.

Assim, é curial que sejam dados os marcos para avaliação das normas regulatórias, seja pela deferência judicial (ou talvez abnegação do Direito) seja pelo controle maior da discricionariedade administrativa. A experiência do direito comparado é importante nessa avaliação e seu estudo precisa ser melhor desenvolvido pelas doutrina e jurisprudência nacionais, para dar maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 4ªed. rev. ampl., London: Laccademia Publishing, 2018.
- BARBOSA, A. C. Estado Administrativo, Poder Legislativo e a Releitura do Princípio da Separação de Poderes. *Journal of Law and Regulation*, v. 1, n. 1, p. 163-186, 18 maio 2015.
- BENTEMULLER, R. P. P. Poder Judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF. *Journal of Law and Regulation*, v. 4, n. 1, p. 21-38, 15 maio 2018.
- BINENBOJM, G. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 147-167, 2005.
- ERNST, D. R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State emergence in America*. Oxford University Press: Oxford, 2014.
- GOMES, M. C. O lugar da política na atuação das agências reguladoras independentes brasileiras: reflexões sobre a separação dos poderes no Estado moderno. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 133-164, maio de 2017.
- LOPES, O. de A. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MEDEIROS, G. J. M. de. O Estado Regulador e o Estado Administrativo: A Expertise Política e o Governo dos Técnicos. *Journal of Law and Regulation*, v. 2, n. 2, p. 381-393, 17 out. 2016.
- ROSSET, C. *A Antinatureza: elementos para uma filosofia trágica*. Trad.: Getulio Puell. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989.
- SCALIA, A. *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*. Duke Law Journal, v. 1989, n. 3, 1989.

- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law. *The Supreme Court Review*, v. 2015(1), p. 41-88, 16 jul. 2015.
- VENTURA RODRIGUÉZ. M. E.. *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho administrativo*. 2005. 295 f. Tese (Doutorado) – Universidad Carlos III, Madrid. 2005.
- VERMEULE, A. *Law's Abnegation: from Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2016.
- WALDO, D. *The Administrative State: a study of the political theory of American public Administration*. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2007.