

A deferência judicial redimida*

The redeemed judicial deference

Henrique Ribeiro Cardoso**

Mateus Levi Fontes Santos***

RESUMO

O artigo enuncia a deferência judicial redimida como limite ao controle judicial da administração pública no Brasil. Essa abordagem propõe a adoção de um modelo de deferência judicial inspirado na doutrina *Chevron*, porém constricto por salvaguardas substitutivas, que consubstanciam a chamada moralidade do direito administrativo, proposta por Sunstein e Vermeule. Nesse sentido, fundamenta-se a postura de deferência judicial, teórica e normativamente, no institucionalismo de Vermeule e Sunstein e no art. 22 da nova LINDB, respectivamente. Por fim, discorre-se sobre as salvaguardas previstas na legislação administrativa nacional, sugestivas que são de uma mudança de perfil do controle judicial — de um controle substancial excessivo da solução específica para um controle procedimental e deferente da escolha razoável.

* Artigo recebido em 16 de maio de 2022 e aprovado em 19 de maio de 2022. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v282.2023.88639>.

** Universidade Federal de Sergipe (UFS), São Cristóvão, SE, Brasil. Doutor em direito, Estado e cidadania (UGF/Rio). Pós-doutorado em democracia e direitos humanos (IGC — Universidade de Coimbra) e pós-doutorado em direitos humanos e desenvolvimento (PPGCJ/UFPB). Mestre em direito, Estado e cidadania (UGF/Rio). Professor do Programa de Pós-graduação da UFS e da Unit. Promotor de Justiça. E-mail: henrique@mpse.mp.br.

*** Universidade Federal de Sergipe (UFS), São Cristóvão, SE, Brasil. Mestre em direito (UFS). Especialista em direito tributário (Ibet) e em direito constitucional aplicado (Faculdade Damásio de Jesus). Advogado da União. E-mail: mateus_levi@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE

controle judicial da administração pública — deferência judicial — *Chevron*
— moralidade do direito administrativo

ABSTRACT

The article announces the redeemed judicial deference as a limit to the judicial review of the public administration in Brazil. This approach proposes a model of judicial deference inspired by the Chevron doctrine, but constricted for a series of surrogate safeguards, that embody, the so-called morality of administrative law, according to Cass Sunstein and Adrian Vermeule's proposal. In this sense, it grounds the judicial deference, theoretical and normatively, in the institutionalism of Adrian Vermeule and Cass Sunstein and in article 22 of the new LINDB, respectively. Finally, it discusses the surrogate safeguards in national administrative legislation, which are suggestive of a change in the profile of judicial review — from a substantial review of the specific solution to a procedural and deferential judicial review of the reasonable choice.

KEYWORDS

judicial review of public administration — judicial deference — Chevron
— morality of administrative law

Introdução

O controle judicial da administração pública brasileira expandiu-se significativamente no Brasil e trouxe consigo ganhos inegáveis em termos de contenção da arbitrariedade, responsabilização de agentes públicos ímprobos, tutela de direitos fundamentais e sindicância de omissões intoleráveis. Todavia, é ingênuo imaginar que o protagonismo judicial e o acentuado controle propiciaram apenas bônus. O frequente excesso de controle — que atinge toda a função administrativa e todo espectro do ato administrativo — vem ensejando problemas e inconvenientes diversos, a exemplo da elevada litigância administrativa, da paralisia decisória, da gestão pautada pelo controle, do desincentivo ao experimentalismo e inovação na administração pública, do caráter provisional de importantes decisões administrativas, do

direito administrativo do medo, com todos os ônus consecutórios em termos de insegurança jurídica, má gestão da coisa pública e custos decisórios.

Diante desse cenário, cogita-se se a adoção de uma postura de deferência judicial seria um freio apropriado a esse expansionismo do controle judicial. A hipótese suscitada no artigo é afirmativa, mas condicionada. Defende-se um modelo de deferência inspirado na doutrina *Chevron*, porém conformado por salvaguardas substitutivas, que traduzem a “moralidade do direito administrativo”, construção teórica proposta por Cass Sunstein e Adrian Vermuele a partir da doutrina de Lon Fuller.

No primeiro tópico, discorre-se sobre o estado da arte do controle judicial da administração pública e o conceito de deferência judicial. No segundo tópico, abordam-se os fundamentos teórico (teoria institucional) e legal (art. 22 da nova LINDB) de uma postura de deferência judicial passível de adoção no Brasil. No terceiro tópico, enuncia-se um modelo de deferência baseado no caso *Chevron*, que traduz um modelo analítico de deferência bipartite (exame de ambiguidade legal e avaliação da razoabilidade interpretativa). No último tópico, endereça-se a questão de se a deferência judicial não empoderaria a administração pública, com riscos de enfraquecimento ao controle judicial e ampliação do arbítrio em detrimento dos cidadãos. Oferta-se como fecho e proposição a *deferência judicial redimida*.

1. Estado da arte do controle judicial e deferência

O controle judicial de atos da administração perpassou um largo processo de aprofundamento no Brasil, sobretudo em relação à discricionariedade. Há muito se abandonou a ideia de impossibilidade de controle de atos discricionários, com base em criações doutrinárias e/ou jurisprudenciais, tais como o reconhecimento de sua composição dúplici (elementos discricionários e vinculados), o desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. Até a noção de mérito administrativo — a conveniência e a oportunidade da ação administrativa —, outrora barreira impenetrável, foi aos poucos se tornando objeto de escrutínio e deixou de estar imune ao controle judicial.¹

A expansão do controle a tal ponto se deve em muito à influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo,

¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 114 e 121.

aspecto decisivo para sua constitucionalização, na medida em que a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais, tais como a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, como dito, a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.² Afirma-se, inclusive, que, se no passado a primazia do controle jurisdicional estava fundada nas regras legais, no presente e futuro, é de se falar em controle substancial das escolhas públicas em face dos direitos fundamentais.³

Por outro lado, há quem critique esse expansionismo do controle, seja porque frequentemente amparado em princípios vagos,⁴ seja porque compromete a segurança jurídica, com os consequentes empoderamento dos juristas e aumento da litigância contra a administração,⁵ seja porque é pautado em truísmos carentes de comprovação empírica, que acabam desfavorecendo decisões administrativas definitivas,⁶ seja porque traduz uma cultura de hipercontrole público, que é vago, de opinião, performático, de disputa por espaços e incremental,⁷ seja, ainda, porque desconsidera consequências e torna a decisão administrativa meramente provisional, quase sempre dependente do aval do controlador.⁸

Quanto ao futuro, há quem antevêja que o controle judicial no Brasil será orientado por uma visão menos idealizada dos juízes e dos demais

² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 44-46.

³ FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205.

⁵ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 199-201.

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 30-31 e 36.

⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 45-46, nov. 2018.

⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público — SBDP*, 2018. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

controladores, que tende a revelar e destacar: (i) os custos do controle — os valores incorridos pela administração para se adequar, os custos sociais decorrentes da postura cautelosa do administrador para se precaver de eventuais contestações (ossificação administrativa), os ônus decorrentes das opções determinadas pelo controlador em substituição às do administrador; (ii) os eventuais problemas da intervenção do controlador — o desfazimento de acertos, sua falibilidade, abuso de poder e sua atuação substitutiva (e não corretiva) das escolhas do órgão administrativo controlado. Assim, uma virada pragmática no direito administrativo, influenciada pelos países de *common law*, geraria para a prática do controle judicial a adoção de alguma espécie de análise institucional comparativa que orientasse sua intervenção, de maneira que, em alguns casos, seria natural que o controlador se limitasse a verificar a *razoabilidade* da decisão sob sua análise.⁹

Na senda dessa visão menos idealizada, cogita-se se a deferência judicial, na vertente norte-americana, consubstanciaria um limitador válido e útil ao controle judicial da administração pública brasileira tal como praticado hodiernamente. Destaque-se que por “deferência judicial” entende-se a postura de autorrestrição no controle das decisões administrativas e de respeito às soluções administrativas, de maneira que juízes e tribunais não decidem diretamente a questão jurídica posta, mas apenas apreciam a razoabilidade, coerência e/ou logicidade da interpretação ou decisão adotada pela autoridade administrativa.¹⁰ Significa nada mais do que considerar as opiniões administrativas com atenção e profundo respeito ao invés de as rejeitar.¹¹

2. Fundamentos da deferência: institucionalismo e art. 22 da nova LINDB

A deferência judicial a decisões administrativas pode ser justificada em bases teóricas diversas — que, aliás, guardam entre si mais afinidade e complementaridade do que excludência. A título de exemplo, há quem busque seu fundamento na legitimidade democrática ou na ampliação de *accountability*

⁹ Eduardo Ferreira Jordão, *Passado, presente e futuro*, op. cit., p. 201-205.

¹⁰ Id. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50 e 555.

¹¹ SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 513-514, 1989.

da administração pública, em se tratando de decisões de natureza política;¹² na separação dos poderes;¹³ na delegação legal implícita de competência interpretativa;¹⁴ na teoria constitucional da conclusão¹⁵ e em argumentos institucionais.¹⁶

A construção teórica mais consistente, porém, é a de ordem institucional, originalmente desenvolvida em artigo escrito em coautoria por Cass Sunstein e Adrian Vermeule¹⁷ e posteriormente aprofundada em livro de autoria deste último.¹⁸ A teoria institucional põe em evidência que as questões interpretativas mais importantes não são conceituais, e sim empíricas: (i) capacidades institucionais dos juízes que interpretam e (ii) efeitos sistêmicos das regras interpretativas judiciárias sobre o comportamento de outros atores.¹⁹

Todavia, referidos autores sustentam que a teoria interpretativa, como um todo, tem incorrido numa espécie de *cegueira institucional* — isto é, desconsidera que as estratégias interpretativas serão usadas por instituições falíveis e que suas decisões provavelmente produzirão efeitos sistêmicos para além de um caso específico, a influenciar no comportamento de outros agentes interpretativos (legislativo, administração pública, jurisdicionada, outras instâncias judiciais). As causas dessa cegueira seriam (i) a confusão de papéis — a pergunta que deveria nortear as teorias interpretativas é “como certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, deveriam interpretar determinados textos?”, e não “como é que um texto legal deve ser interpretado?”; (ii) especialização — as teorias interpretativas

¹² Eduardo Ferreira Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, op. cit., p. 85-91 e 104.

¹³ KMIEC, Douglas W. Judicial deference to executive agencies and the decline of the nondelegation doctrine. *Administrative Law Journal*, v. 2, p. 269, 1988.

¹⁴ Antonin Scalia, Judicial deference to administrative interpretations of law, op. cit., p. 514-517.

¹⁵ GOLDSMITH, Jack; MANNING, John F. The president's completion power. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 2280-2312, 2006. p. 2298-2302.

¹⁶ SUNSTEIN, Cass Robert. Law and administration after *Chevron*. *Columbia Law Review*, v. 2071, n. 90, p. 2085-2091, 1990; SUNSTEIN, Cass Robert. *Chevron as law*. *The Georgetown Law Journal*, v. 107, p. 1625-1626, 2019.

¹⁷ SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *101 Michigan Law Review*, v. 101, p. 885, 2003.

¹⁸ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: a institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

¹⁹ Diego Argüelhes e Fernando Leal anotam que o cerne da teoria de Sunstein e Vermeule, que a singulariza e revela sua utilidade, está no fato de conjugar um consequencialismo de segunda ordem (isto é, sobre as consequências da implementação de diferentes teorias decisórias) com um modelo de racionalidade do tipo *second-best* para lidar com problemas interinstitucionais (ARGÜELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 38, p. 30-31, 2012).

desconsideram que suas proposições não serão aplicadas por teóricos especialistas nas matérias, e sim por juízes generalistas; (iii) força distorciva das particularidades — superestima das particularidades de casos específicos e ignorância quanto aos efeitos sistêmicos gerais das regras interpretativas que defendem ou adotam.²⁰

Apesar da importância das questões institucionais, o fato é que os juízes não possuem, não têm como obter (incerteza) ou não conseguem processar as informações empíricas relevantes (racionalidade limitada), de modo que, conscientemente ou não, continuarão a realizar escolhas interpretativas e a julgar sob incerteza. Em face desse dilema institucional, o melhor a ser feito é se valer de um repertório de técnicas apropriadas para esse tipo de cenário (análise de custo-benefício, critérios da maximização e satisfação, heurística rápida etc.), cuja aplicação sugere a adoção interina — até que os achados empíricos eventualmente apontem para uma vertente procedimental distinta — de um *formalismo institucional*, caracterizado que é por decidir mais com base em regras do que com base em *standards*, empregar um conjunto modesto de ferramentas interpretativas, adotar forte teoria de precedentes e deferir a interpretações administrativas e legislativas.²¹

Destarte, em se tratando de interpretação legal, a proposição da teoria institucional é a seguinte: (i) texto claro e específico — apegar-se ao sentido raso e aparente, evitando recurso a outras ferramentas para tentar enriquecer seu sentido, intenções e propósitos; (ii) texto ambíguo ou vago — deferir às interpretações de órgãos administrativos e agentes executivos, quando estiverem em cena, em vez de tentar preencher as ambiguidades ou lacunas com referência a outras fontes, aplicando a versão mais ampla da doutrina *Chevron*.

Resta claro, portanto, que o institucionalismo justifica a adoção, no atual contexto, de um modelo formalista, que, por sua vez, tem como um de seus corolários a deferência judicial a interpretações legais da administração pública. Embora os escritos de Sunstein e Vermeule tenham como *background* a realidade norte-americana, os problemas interpretativos, decisórios e institucionais identificados pelos autores são comuns a vários sistemas jurídicos, inclusive ao brasileiro, de modo que, em maior ou menor medida, são bastante úteis e se amoldam muito bem à experiência nacional.

²⁰ Adrian Vermeule, *Judging under uncertainty*, op. cit., p. 36-39.

²¹ *Ibid.*, p. 289-290.

Para além da fundamentação teórica, há fundamento legal específico para a adoção de uma postura de deferência judicial no Brasil? Crê-se que a nova LINDB, fruto das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, veio suprir a lacuna.

A nova LINDB é calcada em quatro pressupostos: (i) a administração pública interpreta e sua interpretação tem peso; (ii) confiança no gestor público honesto para inovar a gestão pública; (iii) maior segurança jurídica para gestores, cidadãos e controladores; (iv) qualidade das decisões públicas pode ser melhor, favorecendo a segurança jurídica.²² No cerne de todos eles — e expressamente nos dois últimos — há uma notória preocupação com a *segurança jurídica*,²³ tanto que a expressão apelidou a lei. Afora isso, o objetivo da nova LINDB é mais amplo — contribuir para *aprimorar a gestão pública nacional* — mas com a peculiaridade de endereçar um obstáculo diferente, o *gargalo jurídico*, ou seja, a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado, especialmente pelos controladores.²⁴

Outro pressuposto da nova LINDB — subjacente a todos os demais — é que a administração pública interpreta e sua interpretação tem peso. Administrar não é aplicar a lei de ofício, mas sim interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos, sobretudo no Brasil, cujas leis dirigidas à administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica. A interpretação é, portanto, uma tarefa indissociável da implementação.²⁵

²² PALMA, Juliana Bonarcosi de. A segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 220-242, 2020.

²³ Humberto Ávila observa que o vocábulo segurança jurídica pode assumir os seguintes sentidos: (i) elemento definitório — elemento intrínseco do próprio conceito de direito; (ii) fato — um estado de fato ou uma realidade concreta passível de constatação; (iii) valor — juízo axiológico a respeito de um estado digno de ser buscado por questões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificamente por uma imposição normativa, ou mesmo um ideal político; (iv) norma-princípio — juízo prescritivo a respeito do que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 120-123). Percebe-se que, no discurso em prol do projeto que resultou na nova LINDB, a expressão é normalmente utilizada na segunda e terceira acepções mencionadas (fato e valor), seja para ressaltar a imprevisibilidade e falta de estabilidade que caracterizam nosso sistema jurídico e atuação do poder público, seja para propor melhoras no estado de coisas atual.

²⁴ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 65, nov. 2018.

²⁵ Ao comentar sobre as *agencies* criadas no pós-New Deal (*v.g.*, National Labor Relations Board, Food and Drug Administration etc.), Cass Sunstein registra que “*interpretation was the central part of their job*” (SUNSTEIN, Cass Robert. *Beyond Marbury: the executive’s power to say what the law is*. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 2593, 2006).

Neste sentido, os arts. 20 a 22 da LINDB devem ser lidos como testes de deferência.^{26 27}

O art. 22 da LINDB, em particular, impõe a contextualização no manejo das normas de direito público, focando, respectivamente, a interpretação e o controle. O artigo requer que o controlador se imagine na situação do gestor, atentando para as dificuldades por ele vivenciadas, de maneira que, bem aplicado, produzirá o efeito a que se destina: promover uma interpretação e aplicação mais realista e contextualizada, ao tempo que segue possibilitando o controle e anulação de ações administrativas *realmente* contrárias ao direito.²⁸

Ao comentar as “dificuldades” de que trata o *caput* do art. 22 da LINDB, cabe uma observação fundamental: elas incluem a “dificuldade jurídica”, ou seja, a dificuldade de interpretar a legislação relevante — não raro, intrincada, cheia de detalhes e continente de termos com alto grau de indeterminação — para entender o que ela determina, veda ou possibilita. Assim, diante de situações tais, o controlador, ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria nesse contexto de indeterminação, deveria cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, isto é, deveria se limitar a avaliar a *razoabilidade* da escolha interpretativa realizada pelo administrador público, *prestando deferência* à escolha interpretativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão.²⁹ Logo, o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo *específico*, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial nos moldes da doutrina *Chevron*.

²⁶ Juliana Bonarcosi de Palma, A segurança jurídica para a inovação pública, op. cit., p. 227-228 e 232.

²⁷ Advogam Marques Neto e Bonarcosi que, desde que de boa-fé, a interpretação legal dada pela administração pública no sentido de criar soluções inovadoras e criativas deve merecer deferência pelos controladores. Apenas assim os gestores públicos serão menos receosos e mais criativos (Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonarcosi de Palma, Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil, op. cit., p. 33).

²⁸ Eduardo Ferreira Jordão, Acabou o romance, op. cit., p. 71-75.

²⁹ *Ibid.*, pp. 76-78.

3. O caso *Chevron* e uma proposta de modelo de deferência

Antes de 1984, a Suprema Corte norte-americana não possuía uma teoria unificadora para determinar quando os tribunais deveriam deferir às interpretações legais das *agencies*, motivo por que a abordagem da questão era pragmática e contextual. O cenário mudou com o advento da doutrina *Chevron*, construída a partir do *leading case Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* — 467 U.S. 837.³⁰

No caso, o *justice* Stevens, relator, adotou uma abordagem analítica que lidou com o problema da deferência judicial às interpretações legais das *agencies* em dois passos:³¹ (i) *passo 1* — com base nas ferramentas tradicionais de interpretação, a disposição legal é clara (inequívoca)? Se for, o assunto estaria encerrado, pois caberia tanto à Corte quanto à *agency* aplicar a intenção inequívoca do legislador; (ii) *passo 2* — se a disposição legal for ambígua ou silente a respeito de determinada questão, a interpretação da *agency* é razoável? Se for, o Judiciário deveria adotar uma postura de deferência, mesmo que considerasse haver uma melhor interpretação para o enunciado respectivo.³²

Nesse julgado, a Suprema Corte norte-americana deixou implícito que qualquer princípio de deferência é produto das instruções explícitas ou implícitas do Congresso sobre dada questão, de modo que os tribunais deveriam deferir às interpretações da *agency* se e quando o Congresso lhes ordenar que o façam.³³

Thomas Merril³⁴ comenta que, embora fosse um candidato improvável a produzir uma decisão paradigmática sobre deferência às interpretações administrativas de estatutos, reconhece que *Chevron* foi inovadora, visto que (i) estabeleceu uma fórmula procedimental para determinação da deferência;

³⁰ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* — 467 U.S. 837 (1984).

³¹ Stephenson e Vermeule argumentam que a inquirição de *Chevron* é artificialmente dividida em dois passos. Para eles, o único ponto importante é se a interpretação da *agency* é permissível enquanto questão de interpretação legal — ou seja, os dois passos fazem essa mesma pergunta, mas apenas de maneiras diferentes, razão por que são mutuamente conversíveis (STEPHENSON, Matthew; VERMEULE, Adrian. *Chevron has only one step. Virginia Law Review*, v. 95, p. 597, 2009. p. 599). Apesar disso e por entender que é possível estabelecer uma distinção sutil entre ambos, esse artigo opta por adotar a construção usual.

³² Antonin Scalia, *Judicial deference to administrative interpretations of law*, op. cit., p. 511; MERRIL, Thomas W. *Judicial deference to executive precedent. Yale Law Journal*, v. 101, p. 969, 1992. p. 976.

³³ Cass Robert Sunstein, *Law and administration after Chevron*, op. cit., p. 2084.

³⁴ MERRIL, Thomas W. *The story of Chevron: the making of an accidental landmark. Administrative Law Review*, v. 66, p. 253, 2014. p. 255-257 e 272.

(ii) tornou a deferência uma questão de *tudo ou nada* (ou se aplica ou não); (iii) alterou a regra-padrão (*default rule*), que deixou de ser o julgamento independente e passou a ser a deferência; (iv) excluiu determinadas questões da apreciação judicial; (v) invocou a teoria democrática como fundamento da deferência, ao considerar o órgão administrativo um preferível colmatador de lacuna; (vi) adotou uma presunção de que sempre que o Legislativo atribui competência a uma *agency* para que administre um estatuto legal, ele também lhe conferiu competência para interpretar qualquer ambiguidade presente no estatuto; (vii) introduziu o tema da escolha institucional comparativa no bojo da interpretação legal, pois outrora era universalmente suposto que cabia às cortes “dizer o que é a lei” (*Marbury vs. Madison*). Para Vermeule, a inovação principal de *Chevron* foi criar a presunção interpretativa global de que lacunas e ambiguidades devem ser compreendidas como delegações implícitas de competência interpretativa para o órgão administrador do estatuto.³⁵

Enfim, *Chevron* acabou por se tornar não apenas a mais importante decisão que a Corte Suprema proferiu em matéria de controle judicial da atuação administrativa, como também a decisão mais citada no direito público norte-americano moderno, a chamada *Erie Railroad* e *counter-Marbury* do século XX.³⁶ Dada sua importância e abrangência, o precedente espontaneamente serve de inspiração para um modelo de deferência aplicável ao Brasil. No entanto, visto que a formatação de um modelo levanta inúmeras dúvidas, que vão surgindo à medida que é aplicado aos diversos casos concretos, comenta-se algumas das possíveis questões que o modelo proposto pode vir a suscitar no Brasil, mesmo sem qualquer pretensão de esgotamento.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer a quais órgãos e entidades a deferência poderia ser conferida. Como visto, a deferência *Chevron* é dirigida a interpretações administrativas ou executivas, normalmente das chamadas *agencies*.³⁷ Frise-se que as *agencies* norte-americanas não incluem apenas entidades com competências equivalentes às agências reguladoras brasileiras. Conforme a *section 2, a*, do *Administrative Procedure Act*, “‘Agency’ means each authority (whether or not within or subject to review by another agency) or the Government of the United States other than Congress, the courts, or the governments

³⁵ Adrian Vermeule, *Judging under uncertainty*, op. cit., p. 216.

³⁶ Cass Robert Sunstein, *Beyond Marbury*, op. cit., p. 2583.

³⁷ Para fins de deferência, Cass Sunstein (*Beyond Marbury*, op. cit., p. 2583) entende que até mesmo algumas *independent agencies* integram o Executivo, razão pela qual prefere falar em *executive’s interpretive power* (Ibid., p. 2583).

of the possessions, Territories, or the District of Columbia".³⁸ A definição é vasta e sua estrutura implica que qualquer corpo governamental federal não expressamente excluído (*v.g.*, Legislativo, Judiciário, cortes marciais, certos órgãos militares) é por ela abarcado.³⁹ Desse modo, falar em administração pública significa falar nas *agencies*.⁴⁰

Na realidade brasileira, há inúmeros órgãos e entidades da administração direta e indireta que não são tipicamente enquadrados como agências reguladoras,⁴¹ mas que são encarregados de administrar estatutos legais próprios, inclusive em segmentos bastante específicos e que exigem notória especialização (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente — Ibama, Secretaria de Comércio Exterior, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Comissão de Valores Mobiliários — CVM, Comitê de Política Monetária etc.). De fato, não há motivos para criar distinções no tocante à deferência entre agências reguladoras e demais órgãos e entidades administrativos federais, seja porque elas não são as únicas que possuem atribuições regulatórias, seja, principalmente, porque a razão precípua da deferência não é o exercício de regulação, mas a afinidade temática, a especialização e a *accountability* da unidade administrativa em comparação aos controladores. O que interessa, portanto, é que o órgão ou a entidade tenha competência legal para administrar um estatuto específico, o que, ao menos, faz presumir sua especialização e vocação para a respectiva matéria.

Em segundo lugar, ressalte-se que a especificidade e a pertinência temática do estatuto são fundamentais. Não se cogita de deferência quando o dispositivo ambíguo figura em lei administrativa geral, aplicável a um sem-número de órgãos e entidades administrativos, tampouco quando não administrada pelo órgão ou entidade controlados. Por exemplo, o Ibama não pode pleitear a deferência em comento quanto a decisões baseadas em interpretações de dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990 (Lei dos servidores públicos federais) e da Lei nº 9.784, de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), porquanto leis gerais, tampouco da Lei nº 6.385, de 1976 (Lei do mercado de valores mobiliários), eis que se trata de legislação administrada por entidade diversa (CVM) e que é absolutamente impertinente a suas atribuições.

³⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Congress. *Administrative Procedure Act*. 2014.

³⁹ VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, p. 1107, 2009.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 133.

⁴¹ Nesse sentido, conferir rol exaustivo do art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (“Lei das Agências Reguladoras”).

Em terceiro lugar, ressalva-se que nem toda interpretação administrativa é merecedora de deferência. Além dos passos alhures mencionados, a interpretação tem de proceder de autoridade competente para falar, oficialmente, em nome do órgão ou da entidade em relação ao estatuto administrado pelo respectivo órgão ou entidade. Nas palavras do *Justice Scalia*, “*all authoritative agency interpretations of statutes they are charged with administering deserve deference*”.⁴² Desse modo, manifestações de agentes públicos desprovidas de caráter vinculante para o órgão que integra não ensejam deferência.

Em quarto lugar, a interpretação legal objeto de deferência não precisa, necessariamente, fundamentar um ato administrativo normativo (*rule*), dotado de generalidade e abstração.⁴³ Pode se tratar de um ato administrativo concreto e/ou individual (*order*), mas desde que representativo da interpretação legal do órgão ou entidade administrativa.

Enfim, reunidos estes elementos, o modelo deferente proposto sugere que juízes e tribunais sigam o percurso a seguir, por ocasião do conhecimento de ações judiciais que impugnam atos administrativos (normativos ou não) materializadores de interpretações legais/regulamentares: 1. *Autoridade* — avalie se a interpretação legal/regulamentar que fundamentou o ato administrativo é representativa do órgão/entidade (posição institucional), isto é, se procede de autoridade competente para decidir e o vincular;⁴⁴ 2. *Especificidade* — avalie se o órgão ou a entidade administrativa é encarregado de administrar o estatuto donde consta o dispositivo interpretado, isto é, não se trata de um diploma estranho a suas atribuições ou genericamente aplicado por diversos órgãos e entidades administrativos; 3. *Ambiguidade* — avalie se o dispositivo legal é ambíguo ou lacunoso, ou seja, admite mais de uma interpretação; 4. *Razoabilidade* — se for ambíguo ou lacunoso, avalie se a interpretação eleita é razoável, isto é, permissível e não arbitrária; 5. *Deferência* — se for razoável,

⁴² UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *United States v. Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001), p. 241.

⁴³ O termo “geral” se refere aos destinatários da norma, ao tempo que a expressão “abstrata” diz respeito à ação por ela prevista. Assim, as normas gerais — aquelas dirigidas a uma classe de pessoas — se contraporiam às normas que têm por destinatário um indivíduo singular (normas individuais — “comandos”) e as normas abstratas — que regulariam uma ação-tipo ou classe de ações — se contraporiam às que regulam uma ação singular (normas concretas — “ordens”) (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. Bauru: Edipro, 2001. p. 177-183).

⁴⁴ O art. 17 da Lei nº 9.784, de 1999, prevê que, inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir. De regra, a competência decisória pode ser aferida a partir do cotejo da legislação pertinente com o Decreto de estrutura regimental do órgão/entidade.

o juiz ou Tribunal deve deferir à interpretação administrativa,⁴⁵ ainda que entenda que exista uma interpretação melhor.

Embora não se pretenda aprofundar o argumento aqui, consigne-se que o modelo de deferência enunciado, com inspiração no caso *Chevron*, é materialmente constitucional,⁴⁶ porquanto não subverte o arranjo institucional estabelecido pelo Constituinte originário e porque não ofende o núcleo essencial de qualquer direito e garantia fundamental, inclusive a separação de poderes, a segurança jurídica,⁴⁷ a isonomia, o livre acesso ao Judiciário, o contraditório e ampla defesa. Com efeito, nada há na Constituição que proíba a adoção da postura de deferência judicial na forma proposta. Nesse particular, endossa-se a conclusão de Cass Sunstein⁴⁸ de que “*Constitutional objections to the Chevron framework are unconvincing*”.

4. Deferência judicial redimida

Este último tópico endereça a seguinte questão: a adoção da deferência judicial proposta não empoderaria demasiadamente a administração pública, enfraquecendo o controle judicial e ampliando os riscos de arbitrariedades em prejuízo dos cidadãos?

⁴⁵ Reportando-se ao caso *Chevron*, Barroso afirma que, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de lhes sobrepor sua própria valoração política (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 447 e nota de rodapé 44).

⁴⁶ A propósito, conferir o voto da relatora, ministra Rosa Weber, na ADI 4874, que invoca a doutrina *Chevron*, e o voto do relator, ministro Luiz Fux, no RE 10839555 AgR, em que alude ao dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras, seja em virtude da falta de *expertise* e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, seja em razão da possibilidade de que a revisão judicial enseje efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. Esses dois precedentes indicam uma inclinação da Suprema Corte brasileira por encampar argumentos institucionais e teorias de deferência, embora não tenham delineado um modelo a ser seguido pela própria Corte ou por outras instâncias jurisdicionais.

⁴⁷ Silveira sustenta que a doutrina *Chevron* — a par do aumento do peso relativo do controle concentrado de constitucionalidade e da normatividade extravagante — seria uma terceira via de redução da insegurança jurídica no Brasil, com a consequente valorização da atuação da administração pública (SILVEIRA, André Bueno. *Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica*. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 109-146, set./dez. 2017).

⁴⁸ Cass Robert Sunstein, *Chevron as law*, op. cit., p. 1678.

A resposta é negativa, mas condicional. É que a deferência judicial proposta não é gratuita, mas *redimida* — isto é, envolve contrapartidas da administração. Quer dizer, a atuação administrativa cuja deferência se reivindica deve ser constricta por parâmetros procedimentais, controláveis pelo Poder Judiciário. Em parte, estes parâmetros já integram o próprio escopo do modelo de deferência descrito no item anterior. Mas há outros parâmetros, tais como irretroatividade e respeito a precedentes, que reverberam a ideia de *moralidade do direito administrativo*. Trata-se de construção desenvolvida por Cass Sunstein e Adrian Vermeule⁴⁹ com inspiração na doutrina de Lon Fuller. Essa ideia de moralidade, ínsita ao direito administrativo, consubstancia um conjunto de princípios procedimentais que oferecem salvaguardas vocacionadas a conformar e legitimar o Estado-administração, de modo que sua atuação seja, a um só tempo, eficaz e não arbitrária.

Tal moralidade interna consistiria em precondições procedimentais para realização das tarefas jurídicas,⁵⁰ cuja violação “não simplesmente resulta num sistema jurídico ruim; resulta em algo que definitivamente não é adequadamente chamado de sistema jurídico”.⁵¹ Fuller elenca oito falhas que, ao violarem a moralidade mínima de dever,⁵² malograriam a tentativa de criar e manter um sistema jurídico:

A primeira e mais óbvia reside na própria falha de produzir regras, de modo que cada questão deve ser decidida numa base *ad hoc*. As outras rotas são: (2) a falha de publicizar, ou ao menos tornar disponíveis às partes afetadas, as regras que ele espera que sejam observadas; (3) o abuso de legislação retroativa, que não apenas não pode guiar ação por si mesma, mas erode a integridade de regras prospectivas em efeito, visto que as coloca sob a ameaça de mudança retrospectiva; (4) uma falha de produzir regras compreensíveis; (5) a promulgação de regras contraditórias ou (6) regras que exigem condutas além dos poderes da parte afetada; (7) introduzir mudanças frequentes nas regras de modo que o sujeito não pode orientar sua ação por elas; e, finalmente, (8) uma falha de congruência entre as regras tais como anunciadas e sua real administração.⁵³

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: reediming the administrative state*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁵¹ FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven; Londres: Yale University Press, 1969. p. 39.

⁵² SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. The morality of administrative law. *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1926, 2017.

⁵³ Lon Fuller, *The morality of law*, op. cit., p. 39. Tradução dos autores.

A cada uma dessas falhas corresponde um princípio⁵⁴ correlato, que postula conduta diametralmente oposta, que aqui serão nominados, respectivamente, de (1) generalidade; (2) publicidade; (3) irretroatividade; (4) clareza; (5) não contradição; (6) inexigência do impossível; (7) constância; e (8) consistência.

Mas, enfim, qual a utilidade desses princípios integrantes da moralidade interna para a administração pública e para o direito administrativo? Sunstein e Vermeule⁵⁵ invocam a ideia não para fins científicos — *v.g.*, definir o que é ou não direito ou avaliar se a inobservância dos princípios descaracteriza a juridicidade de um sistema, tal como Fuller —, mas como uma forma de compreender como um sistema de direito administrativo pode funcionar bem enquanto direito. A principal proposição dos autores, direcionada a debates de longa data no direito administrativo, é a de que a compreensão da moralidade do direito ajuda a unificar várias ordens de doutrinas, notadamente dos críticos do *administrative state*.⁵⁶ A moralidade interna do direito assegura que o comportamento da *agency* seja permeado e estruturado por uma concepção de *rule of law* que canalizaria e moldaria a discricionariedade administrativa de forma a torná-la eficaz enquanto direito, em vez de um comando arbitrário.

Por conseguinte, a ideia *fulleriana* desenvolvida por Sunstein e Vermeule é útil para justificar a deferência judicial à atuação administrativa no Brasil, porém mitigando o quanto possível os riscos de arbitrariedade em detrimento dos cidadãos. Aliás, referidos autores aplicam a ideia aos modelos *Chevron* e

⁵⁴ Ressalte-se que não se emprega o termo “princípio” no sentido de espécie normativa, e sim no sentido de postura de evitar essas falhas, mantendo-se a nomenclatura empregada pelo próprio Fuller.

⁵⁵ Cass Robert Sunstein e Adrian Vermeule, *Law and Leviathan*, op. cit., p. 41-43.

⁵⁶ Optou-se por traduzir a expressão “*administrative state*” ao pé da letra como “Estado administrativo”. Máira Almeida e Beatriz Scamilla entendem por Estado administrativo o modelo de Estado estruturado por meio de agências reguladoras, do Executivo ou independentes, que desenvolve funções semilegislativas, semiexecutivas e semijudicatórias (ALMEIDA, Máira; SCAMILLA, Beatriz. Estado administrativo norte-americano e Covid-19: contexto e perspectivas. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 878-903, 2020. p. 881). Para Sérgio Guerra, o Estado administrativo é uma concepção tipicamente norte-americana e estruturada por meio de agências (executivas e reguladoras) externas ao Poder Executivo, que compõem a burocracia estatal estadunidense. Segundo o autor, apenas uma pequena parte do desenho institucional brasileiro copiou o modelo norte-americano (a atribuição de mandato aos dirigentes e autonomia decisória, próprias das agências reguladoras) (GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 128 e 149, 2017). A propósito, Vermeule afirma que o Estado administrativo é o tema inescapável da teoria jurídica contemporânea — o que, aliás, sugere a crucial importância do tema em pauta, a deferência judicial (VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 209).

Auer de deferência, propondo uma abordagem de *salvaguardas substitutivas*, segundo a qual as *agencies* desfrutam uma competência expandida, porém moldada e constricta pela moralidade do direito administrativo.⁵⁷

A abordagem de *segunda ordem*⁵⁸ das salvaguardas substitutivas acomoda uma série de preocupações manifestadas pelos críticos do Estado administrativo, mas é fato que não elimina, de inteiro, os riscos de abusos. No entanto, como observado por Sunstein e Vermeule,⁵⁹ os críticos não podem obter tudo que querem, pois o que eles querem é legalmente contestável, é inconsistente com os pilares do direito administrativo moderno e desestabilizaria muitos arranjos existentes.

Esclareça-se, por último, que se utiliza o adjetivo “substitutivas” para realçar que ao invés de se insistir na ilegalidade e inconstitucionalidade da deferência judicial, com base em razões de primeira ordem altamente contestáveis, uma melhor alternativa é reconhecer sua juridicidade, mas a constringer por certos parâmetros que vão ao encontro das suas finalidades subjacentes.

Frise-se que Sunstein e Vermeule⁶⁰ anotam que um número surpreendentemente grande de princípios doutrinários pode ser extraído da estrutura proposta por Fuller, ainda que não tenham fundamentos legais claros. E que muitos deles poderiam ser desenvolvidos e ampliados nas décadas vindouras. Na experiência norte-americana, os autores verificam o uso recorrente desses princípios especialmente na jurisprudência.

No Brasil, porém, alguns senão todos os princípios fullerianos foram positivados, especialmente em leis administrativas. Salvaguardas consecutórias ou afins aos princípios fullerianos também restam consagradas na ordem jurídica nacional. É bem verdade que, em grande medida, os pertinentes dispositivos legais incorporam mais de um dos princípios fullerianos. Entretanto, num esforço de categorização, é possível relacionar os diversos enunciados a um princípio específico. A ver.

Generalidade. A generalidade preza pela resolução não *ad hoc* de conflitos, ou seja, não baseada em critérios que são estabelecidos após o surgimento

⁵⁷ Cass Robert Sunstein e Adrian Vermeule, *Law and Leviathan*, op. cit., p. 138.

⁵⁸ Segundo Vermeule, teorias de primeira ordem (*first best*) se preocupam com os fins normativos últimos da interpretação legal, ao passo que as teorias de segunda ordem indagam como deve um intérprete não ideal proceder na situação de desacordos sobre teorias de primeira ordem, de restrições institucionais e de condições políticas que permeiam o sistema jurídico (Adrian Vermeule, *Judging under uncertainty*, op. cit., p. 147).

⁵⁹ Cass Robert Sunstein e Adrian Vermeule, *Law and Leviathan*, op. cit., p. 118.

⁶⁰ Cass Robert Sunstein e Adrian Vermeule, *The morality of administrative law*, op. cit., p. 1929.

das lides. Dessa sorte, há a necessidade de criação de normas gerais e abstratas. Numa leitura atual, porém, a ideia de generalidade não deve ater-se meramente à produção de enunciados normativos legais, mas também ter em vista como esses enunciados são interpretados e aplicados ao longo do tempo — particularmente, ao que interessa a este trabalho, pelas autoridades administrativas. Afinal, os limites impostos ao processo de aplicação são verificados tanto no ponto de partida da atividade decisória (parte do texto legislativo em geral) como no seu desenvolvimento, em decorrência da observância obrigatória dos precedentes (*lato sensu*) por elas criados, como técnica interpretativa necessária para assegurar coerência, igualdade e imparcialidade ao desenvolvimento jurídico do direito.⁶¹

O interesse na produção de pautas de condutas e orientações gerais na seara administrativa, com o objetivo de garantir previsibilidade e decisões uniformes aos cidadãos, é uma preocupação crescente. Em nível de legislação, esse intuito pode ser visto no *caput* do art. 30 da nova LINDB, que determina que as autoridades públicas atuem no sentido de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. É dizer, a determinação é que os órgãos e entidades que decidam casos de direito público enviem os melhores esforços para criar e consolidar os próprios precedentes.⁶² Ao fazê-lo, naturalmente as pretensões ou conflitos administrativos deixam de ser decididos apenas com base em interpretações *ad hoc*, visto que os precedentes administrativos servem de fundamento e parâmetro decisório. Consagra-se, pois, a objetivação das demandas administrativas, na medida em que, a partir de um precedente ou de um conjunto de decisões reiteradas, extrai-se a norma jurídica a ser aplicada a casos análogos, garantindo segurança jurídica aos destinatários da decisão administrativa.⁶³

Inclusive, o art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece o dever de motivação — indicação expressa de fatos e fundamentos jurídicos — para os atos administrativos que deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão, do que se conclui que a regra é justamente seguir a

⁶¹ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 262, nov. 2018.

⁶² *Ibid.*, p. 265.

⁶³ CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barreto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LINDB. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 167, 2020.

jurisprudência administrativa. Nesse quesito, Egon Bockman Moreira e Paula Pessoa Pereira⁶⁴ destacam que referido inciso estampa o conceito de distinção aplicativa (*distinguishing*), de modo análogo ao previsto no art. 489, §1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil de 2015.

Publicidade. A publicidade pode ser concebida numa dupla dimensão. A primeira é que os cidadãos necessariamente precisam ter a possibilidade de conhecer as normas e os atos que regulam sua conduta. A segunda é que, mais do que conhecer, os cidadãos, sempre que possível, devem ter a oportunidade de influenciar e participar de seu processo de criação.

Na primeira dimensão, vários enunciados prescrevem os deveres de divulgação oficial, transparência e publicação. O art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.784, de 1999, prevê que a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição, é um dos critérios a serem observados nos processos administrativos. O art. 3º, inciso I, preceitua que um dos direitos do administrado é ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas. Os arts. 26 e 27 tratam do dever de intimação do interessado para ter ciência de decisão ou efetivar diligências, exigível em relação a todos os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse. O art. 46-D dispõe sobre a intimação da decisão coordenada. O art. 62 trata do dever de intimação dos interessados para apresentar alegações em caso de recurso. A própria Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) procura assegurar o conhecimento de informações de interesse particular ou coletivo, o acesso a registros administrativos e informações sobre atos de governo e a consulta à documentação governamental.

Na segunda dimensão, o art. 32 da Lei nº 9.784, de 1999, e o art. 10 da Lei nº 13.848, de 2019, cuidam da audiência pública para debates sobre matérias relevantes do processo. O art. 33 da Lei nº 9.784, de 1999, e o art. 11 da Lei nº 13.848, de 2019, a seu turno, dispõem sobre outros meios de participação dos administrados nas decisões administrativas. Se, por um lado, a produção de atos normativos, ora seguindo delegações legislativas específicas, ora como fruto dos poderes regulamentares de que é dotada, é hodiernamente

⁶⁴ Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira, Art. 30 da LINDB — o dever público de incrementar a segurança jurídica, op. cit., p. 265.

uma das funções principais da administração pública para fazer frente às múltiplas exigências de uma sociedade complexa e às limitações inerentes ao processo legislativo, por outro lado, a partir da Constituição de 1988 e, mais especificamente, da Emenda Constitucional nº 19, desenvolveram-se diversos mecanismos para que a sociedade possa acompanhar, influenciar e controlar essa larga atividade normativa por ela desempenhada, a exemplo das audiências e consultas públicas.⁶⁵

O art. 31 da Lei nº 9.784, de 1999, trata da consulta pública⁶⁶ para manifestação de terceiros, cabível relativamente a assuntos de interesse geral, que lhes confere o direito de obter da administração resposta fundamentada. A consulta pública também é reforçada pelo art. 29 da nova LINDB, particularmente quanto à edição de atos normativos por autoridade administrativa, e pelo art. 9º da Lei nº 13.848, de 2019, quanto às minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Irretroatividade. Consoante bem notou Adilson Abreu Dallari,⁶⁷ mudar o enunciado da norma e mudar sua interpretação são atitudes que acabam produzindo o mesmo efeito. Logo, da mesma forma que a retroatividade da lei é repudiada (art. 6º da LINDB), por coerência e com maior razão, deve-se também repudiar a aplicação retroativa de nova interpretação da mesma lei. Nesse sentido, o art. 2º, p. único, XIII da Lei nº 9.784, de 1999, dispõe que um dos critérios a serem observados nos processos administrativos é a vedação de aplicação retroativa de nova interpretação. É dizer, a mudança de interpretação administrativa, por si só, não é proibida. O que é vedado é pretender que a nova interpretação administrativa alcance situações anteriores a seu advento.

⁶⁵ PEREZ, Marcos Augusto. Artigo 28. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 40-41.

⁶⁶ Consoante Vera Monteiro, a consulta pública é o procedimento por meio do qual se materializa a efetiva motivação dos atos administrativos normativos (dotados de generalidade e abstração), de modo que todos os órgãos e entidades com atribuição normativa têm o dever de realizá-la previamente à publicação do ato, enquanto exigência do devido processo legal no âmbito administrativo (MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB: regime jurídico da consulta pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 226, nov. 2018).

⁶⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Artigo 25. In: Flávio Henrique Unes Pereira, *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*, op. cit., p. 31.

O art. 24 da LINDB é consectário da aludida regra, vocacionado à invalidação de normas, atos e contratos administrativos, nas esferas administrativa, controladora ou judicial. Segundo ele, a revisão quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança de orientação geral, declarem inválidas situações plenamente constituídas. Em resumo, a LINDB passou a reconhecer que a decisão administrativa proferida em conformidade com o entendimento jurídico geral adotado em sua época deve ser considerada válida mesmo que, no futuro, a interpretação sobre o direito vigente mude, e ela se mostre contrária ao novo padrão de orientação jurídica.⁶⁸

Clareza. As decisões administrativas devem ser claras. Claras quanto a seus fundamentos e claras quanto a suas consequências. A este respeito, o art. 50, §1º, da Lei nº 9.784, de 1999, preceitua que a motivação deve ser explícita, clara e congruente. O *caput* do art. 20 da LINDB também determina que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.⁶⁹ Já o parágrafo único dispõe que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato,

⁶⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB: irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, ano 16, n. Especial, p. 117, 2018.

⁶⁹ Fernando Leal pondera que o artigo 20 da LINDB realiza uma exigência decisória *quantitativa* (não apenas recorrer sobre princípio vago, mas também discorrer sobre as consequências de alternativas), mas não *qualitativa* (qualidade da justificação), pois não estabelece critérios para neutralizar certas dificuldades intrinsecamente relacionadas com o trabalho com efeitos de alternativas de decisão. Disso pode decorrer, segundo ele, o aumento dos níveis de incerteza nos processos de tomada de decisão jurídica, particularmente quanto a como tornar as prognoses confiáveis e como ranquear as consequências (LEAL, Fernando. *Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas*. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Vicente; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 28). Apesar da coerente posição do autor, crê-se que a exigência qualitativa está implícita na exigência quantitativa. Até porque a mera citação de um (suposto) juízo de prognose, dissociado de quaisquer outros elementos fáticos e técnicos confiáveis, não traduz efetiva consideração de consequências e, portanto, não satisfaz o dever estatuído pelo art. 20 da LINDB. Destarte, entende-se, por exemplo, que o uso de dados ou juízos técnicos para sustentar prognoses e a ordenação fundamentada de consequências são obrigações decorrentes do próprio dever geral de motivação (art. 93, X, CF/1988 c/c art. 50, da Lei nº 9.784, de 1999, e arts. 11 e 489 do CPC/2015). Do contrário, haveria mera substituição de decisão com base em “valor jurídico abstrato” para “elemento fático abstrato”. Além disso, como já dito, os arts. 20, 21 e 22 da LINDB podem ser lidos como testes de deferência — é dizer, se o controlador não conseguir cumprir com os ônus argumentativos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada.

contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O art. 21 da LINDB segue a mesma racionalidade. Prescreve que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988, ao passo que as consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição. Assim, o julgador não deve — porque não teria como — indicar todas as consequências jurídicas e administrativas da decisão, mas apenas as mais importantes, seja em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais.⁷⁰

O art. 4º-A, *caput*, inciso II, da Lei de Liberdade Econômica, também fomenta clareza. Prescreve o artigo que é dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam a essa Lei, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, proceder à lavratura de autos de infração ou aplicar sanções com base em termos subjetivos ou abstratos *somente* quando esses forem propriamente regulamentados por meio de critérios *claros, objetivos e previsíveis*. O §1º do mesmo artigo estabelece que os órgãos e as entidades competentes editarão atos normativos para definir a aplicação e a incidência de conceitos subjetivos ou abstratos por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis, observado que, nos casos de imprescindibilidade de juízo subjetivo para a aplicação da sanção, o ato normativo determinará o procedimento para sua aferição, de forma a garantir a maior previsibilidade e impessoalidade possível.

É indene de dúvidas que o intuito do dispositivo é facilitar o conhecimento e identificação das hipóteses sancionatórias e das respectivas consequências (sanções). Dessa forma, todo enunciado de norma sancionatória que contiver termos subjetivos e abstratos deve ser regulamentado a fim de que referidos termos sejam adequadamente definidos e os destinatários da norma possam efetivamente reconhecer quais condutas se enquadram nas hipóteses sancionatórias pertinentes.

⁷⁰ José Vicente Santos de Mendonça, Art. 21 da LINDB, op. cit., p. 50.

Não contradição. Almiro do Couto e Silva⁷¹ pondera que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e o impedindo de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do poder público.

Nesse ânimo, o art. 2º, parágrafo único, XIII da Lei nº 9.784, de 1999, e o art. 24 da LINDB também endossam o dever de não contradição (perspectiva da administração pública), correlato ao chamado *princípio de proteção à confiança*⁷² (perspectiva do cidadão). Realmente, na hipótese de existir uma orientação administrativa individual ou geral que pautar a conduta dos cidadãos por um dado período, não é admissível que se exija, num segundo momento, a conformação de conduta naquele período a uma orientação diversa, posteriormente editada.

De fato, a conduta administrativa contraditória é um incentivo à desconfiança e ao desrespeito às orientações estatais. Quanto a isso, Humberto Ávila⁷³ sublinha que a contrapartida da funcionalidade dos atos normativos é a proteção da confiança dos contribuintes cujas disposições foram baseadas na presunção da sua validade. Assim, os atos normativos funcionam como instrumentos garantidores de segurança de orientação e, precisamente por isso, não podem deixar de proteger a confiabilidade inerente ao seu próprio funcionamento.

Inexigência do impossível. O art. 21, parágrafo único, da LINDB prescreve que a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem

⁷¹ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 276, 2004.

⁷² Ávila comenta que o chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade (Humberto Bergmann Ávila, *Teoria da segurança jurídica*, op. cit., p. 274).

⁷³ *Ibid.*, p. 465.

prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam *anormais ou excessivos*. Ao comentá-lo, José Vicente dos Santos Mendonça⁷⁴ pontifica que o dever de regularização proporcional — identificação de efeitos e construção das condições de validade — não significa exigência de que a regularização seja leniente ao particular. Antes, quer dizer logicamente adequado, menos restritivo diante de opções aptas a produzir resultados semelhantes e justificável à luz de custos e benefícios. Por seu turno, equânime é cognato associado à ideia *fairness*, de distribuição equivalente de cargas, de maneira que, na invalidação, não será possível descarregar todo custo do erro no particular. Ademais, tal dever de regularização proporcional pode ser concretizado por meio da criação de períodos de transição.

Já o art. 22, *caput*, da LINDB prescreve que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Demanda, assim, que o controlador se imagine na situação do gestor, atentando para as dificuldades por ele vivenciadas, a fim de promover uma interpretação e aplicação jurídicas mais realistas e contextualizadas, e destarte possibilitar o controle e a anulação de ações administrativas que realmente sejam contrárias ao direito.⁷⁵ Esse comando rompe, pois, com as teorias românticas da completude/determinação do direito (*idealização jurídica*) e da presunção de existência de um cenário fático ideal para a concretização dos objetivos do direito público nacional (*idealização fática*), e, conseqüentemente, tem a virtude de prevenir que o controlador exija do gestor um comportamento que, na essência, é impraticável.

Ainda nessa diretiva, o art. 28 da LINDB estatui que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas apenas em caso de dolo ou erro grosseiro. Se errar é humano (*errare humanum est*), a exigência irrestrita de não erro é sobre-humana — logo, impossível. Na leitura de Gustavo Binenbojm e André Cyrino,⁷⁶ o artigo 28 consagra a *cláusula geral do erro administrativo*, cujo escopo é oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa, e criar os incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores capacitados.

⁷⁴ José Vicente Santos de Mendonça, Art. 21 da LINDB, op. cit., p. 53.

⁷⁵ Eduardo Ferreira Jordão, Acabou o romance, op. cit., p. 73-75.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB — a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, 2018.

Constância. Os danos causados pela legislação retrospectiva e aqueles resultantes de mudanças frequentes na lei são afins — ambos derivam da inconstância legislativa.⁷⁷ De igual modo, também as mudanças administrativas, além de só poderem verter para fatos ocorridos após sua introdução (irretroatividade), devem vir acompanhadas de prazos de adaptação e de regras de transição quando provocarem restrição aos direitos fundamentais dos destinatários. O princípio da segurança jurídica gera, assim, o direito a um regime de transição justo.⁷⁸

O art. 23 da LINDB concretiza a calculabilidade e constância inerentes à segurança jurídica, ao preceituar que a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever *regime de transição* quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Quer dizer, dada a *hipótese* de uma decisão exarada no âmbito do poder extroverso estatal (i) que fixa entendimento diverso do que existia antes; (ii) que interpreta outra norma de conteúdo indeterminado, cuja extração demanda preenchimento de conteúdo subjetivo/intelectivo, e não apenas de conhecimento do léxico; e (iii) que cria obrigações ou condicionamento a privados ou agentes públicos, a *consequência* é que o agente, órgão ou ente emissor da decisão deve prever, *no mesmo ato*, regime de transição que (a) module temporalmente a eficácia da nova interpretação e (b) distribua os ônus e consequências dela derivados dentro de critérios de proporcionalidade, sob pena de nulidade da decisão.⁷⁹

Segundo Maria Silveira,⁸⁰ a norma é de grande relevância, pois, tradicionalmente, afirma-se que a modificação e a extinção dos atos administrativos levam sempre a alternativas binárias: a definitiva retirada do mundo jurídico ou a convalidação; a supressão de efeitos *ex tunc* ou a manutenção de efeitos *ex nunc*. Dinâmica essa que é aderente a todos os instrumentos de concretização da segurança jurídica (convalidação, direito adquirido, ato

⁷⁷ Lon Fuller, *The morality of law*, op. cit., p. 80.

⁷⁸ Humberto Bergmann Ávila, *Teoria da segurança jurídica*, op. cit., p. 614.

⁷⁹ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018.

⁸⁰ SILVEIRA, Maria de Paula. Artigo 22. In: Flávio Henrique Unes Pereira, *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*, op. cit., p. 31-32.

jurídico perfeito, coisa julgada, irretroatividade, impossibilidade de retroação do posicionamento da administração pública, prescrição e a decadência, princípio da proteção da confiança e da boa-fé, teoria da aparência, teoria do fato consumado etc.). Portanto, o dispositivo se desprende da solução binária, privilegia as circunstâncias de cada caso e apresenta alternativa intermediária, impondo a avaliação, sempre motivada, da necessidade de adoção em cada caso de um regime jurídico de transição em favor dos administrados.

Consistência. A congruência entre a enunciação da lei e sua administração é mister. Corolário dessa ideia é a de que “*Agencies must follow their own rules*” — o chamado *Arizona Grocery principle* ou *Accardi principle*, que postula um dever de consistência conformador da atuação administrativa nos Estados Unidos.⁸¹ Aqui no Brasil, os arts. 24 e 30, parágrafo único, da LINDB prescrevem conduta semelhante. De acordo com o primeiro, já abordado, a *revisão* quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época. Ou seja, a autotutela administrativa deve considerar, no escopo do parâmetro de legalidade, as orientações vigentes quando da ação administrativa pertinente.

O art. 30, parágrafo único, da LINDB, de sua vez, prescreve que os regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, entre outros instrumentos, terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão, isto é, a administração pública deve seguir suas próprias normas (“*Agencies must follow their own rules*”), sejam elas hauridas de regulamentos, súmulas administrativas, respostas a consultas ou instrumentos similares. Vale frisar: as decisões que tratem de temas de direito público e assumam a condição de precedentes devem ser aplicadas em casos futuros.⁸²

Conclusão

Proposições legislativas vêm sendo aprovadas no Brasil a fim de racionalizar a atuação da administração pública e adensar a qualidade de suas decisões, e, por outro lado, no intuito de proporcionar segurança jurídica

⁸¹ Cass Robert Sunstein e Adrian Vermeule, *Law and Leviathan*, op. cit.

⁸² Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira, Art. 30 da LINDB, op. cit., p. 265.

para cidadãos e gestores. A Lei da Segurança Jurídica (Lei nº 13.655, de 2018), a Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848, de 2019), a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 2019), o Projeto de Lei nº 4.888, de 2019 (Governança e Ordenação Pública Econômica) são representativos desse esforço. Contudo, para que referidos objetivos sejam efetivamente alcançados, é necessária uma releitura do escopo e da forma como o controle público vem sendo exercitado no país, especialmente o judicial.

Em primeiro lugar, é fundamental que o Judiciário perceba que ele próprio é destinatário direto dessa nova realidade e a incorpore em sua *práxis*. A título de exemplo, deve evitar decidir com base em valores jurídicos abstratos, mas, sempre que o fizer, deverá considerar e enfrentar as consequências práticas de sua decisão (art. 20 da LINDB). De igual sorte, quando invalidar qualquer ação administrativa, deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas (direito ou dever que surge da decisão) e administrativas (decorrência operacional ou material), identificando os efeitos pós-invalidação e construindo as condições de validade do ato ou negócio administrativo (art. 21 da LINDB), optando-se, quanto à qualidade do prognóstico, por um controle que presuma relativamente em favor da validade das consequências indicadas na decisão administrativa.

Em segundo lugar, a abordagem de segunda ordem das salvaguardas substitutivas sugere uma mudança de *perfil* do controle judicial da atuação administrativa. Um controle mais regulatório do que principiológico, visto que inúmeras regras legais já se encarregaram de ponderar e concretizar princípios constitucionais/legais conflitantes, ofertando soluções adequadas. Um controle que não descarte valores e princípios jurídicos abstratos, mas que observe sua estrutura teleológica de argumentação e os coteje a consequências, de modo a prevenir motivações retóricas e dissociadas da realidade. Um controle focado no erro patente em vez da divergência, de sorte a elidir o controle de opinião, o ilícito de hermenêutica e o “apagão das canetas”. Um controle que proteja a confiança do cidadão, mas sem obstar experimentalismo e inovação da gestão pública. Um controle que tutele a moralidade administrativa, mas que não presuma a má-fé do gestor, de modo a acabar com a gestão pautada pelo medo e a ossificação administrativa. Um controle que valorize a juridicidade, mas também a *expertise* e a *accountability*. Um controle que não se presuma absolutamente bom, mas que leve em conta seu custo-benefício, falibilidade e risco de abuso, ao fito que superar o “controle a qualquer custo” e o truísmo de “quanto mais controle, melhor”. Enfim, esse conjunto de mudanças sugere a transição de um controle *substancial* excessivo, focado na revisão de escolhas

admissíveis, para um controle *deferente e procedimental*, que vise a fiscalização das salvaguardas, de maneira a evitar o caráter provisional das decisões administrativas e que o controle se convolve em mera substituição de vontades — a do gestor pela do juiz.

Nesse novo ambiente, a *deferência judicial redimida* se apresenta com grande potencial. *Deferência judicial*, itere-se, porque o juiz respalda e mantém a atuação administrativa fundada em interpretação razoável de texto legal/regulamentar ambíguo, vago ou lacunoso. *Redimida*, porque, apesar da postura deferente, o controle judicial permanece intransigente quanto à fiscalização das salvaguardas legais e sua observância pelas autoridades administrativas.

Essa mudança de postura e a incorporação dessa nova cultura de controle, tudo indica, trarão ganhos efusivos em termos de redução de custos decisórios, segurança jurídica e aperfeiçoamento da gestão pública.

Referências

ALMEIDA, Maíra; SCAMILLA, Beatriz. Estado administrativo norte-americano e Covid-19: contexto e perspectivas. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 878-903, 2020.

ARGÜELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 38, p. 6-50, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 31-56. ISBN 978-85-450-0161-4.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB — a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro,

p. 203-224, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4874/DF*. Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa nº 14/2002. Proibição da importação e da comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco contendo aditivos [...] Deferência administrativa. Razoabilidade. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: presidente da República. Relatora: ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 1º de fevereiro de 2018. Data de publicação: 1º de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397310/false>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental em Recurso Extraordinário 10839555*. Direito econômico e administrativo. Concorrência. Prática lesiva

tendente a eliminar potencialidade concorrencial de novo varejista [...]. Agravante: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. Agravado: CADE. Relator: ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 28 de maio de 2019. Data de publicação: 7 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur405281/false>. Acesso em: 21 jan. 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, ano 16, n. Especial, p. 113-134, out. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/31732/79163>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barreto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LINDB. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 149-179, 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. Artigo 25. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 31-32. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1999.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven; Londres: Yale University Press, 1969.

GOLDSMITH, Jack; MANNING, John F. The president's completion power. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 2280-2312, 2006. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/120_3fq3uj46.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 123-152, 2017.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: LEAL, Fernando (Coord.). *Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições*. Belo Horizonte. Fórum, 2019. p. 189-206.

KMIEC, Douglas W. Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine. *Administrative Law Journal*, v. 2, p. 269-290, 1988. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/adminlj2&div=16&id=&page=>. Acesso em: 23 jan. 2021.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Vicente; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 15 set. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MERRIL, Thomas W. Judicial deference to executive precedent. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 969-1041, 1992. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/413. Acesso em: 10 ago. 2021.

MERRIL, Thomas W. The story of Chevron: the making of an accidental landmark. *Administrative Law Review*, v. 66, p. 253-283, 2014. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/345. Acesso em: 10 ago. 2021.

MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB: regime jurídico da consulta pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB — o dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, p. 243-274, 2018.

PALMA, Juliana Bonarcosi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público — SBDP*, 2018. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PALMA, Juliana Bonarcosi de. A segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em: 23 jun. 2021.

PEREZ, Marcos Augusto. Artigo 28. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 31-32. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2022.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 511-521, 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>. Acesso em: 21 dez. 2020.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], v. 237, p. 271-316, 2004. DOI: 10.12660/rda.v237.2004.44376. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>. Acesso em: 7 jan. 2022.

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

SILVEIRA, Maria de Paula. Artigo 22. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 31-32. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2022.

STEPHENSON, Matthew; VERMEULE, Adrian. Chevron has only one step. *Virginia Law Review*, v. 95, p. 597-609, 2009. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:10849722>. Acesso em: 16 ago. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass Robert. Beyond Marbury: The executive's power to say what the law is. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 2580-2610, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss9/13>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SUNSTEIN, Cass Robert. Chevron as law. *The Georgetown Law Journal*, v. 107, 2019. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/wp-content/uploads/sites/26/2019/07/Chevron-as-Law.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

SUNSTEIN, Cass Robert. Law and administration after *Chevron*. *Columbia Law Review*, p. 2071-2120, n. 90, 1990. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles. Acesso em: 15 jan. 2020.

SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, 2003. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em: 18 jan. 2021.

SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: reediming the administrative state*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. The morality of administrative law. *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1924-1978, 2017. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Sunstein_940.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Congress. *Administrative Procedure Act*. 2014. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* — 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *United States v. Mead Corporation.*, 533 U.S. 218 (2001). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: a institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, p. 1095-1149, 2009. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2009/05/our-schmittian-administrative-law/>. Acesso em: 12 ago. 2021.