



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MARKSON VALDO MONTE ROCHA

**DEFERÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA:
Caminhos possíveis para o diálogo interinstitucional**

Recife
2023

MARKSON VALDO MONTE ROCHA

**DEFERÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA:
Caminhos possíveis para o diálogo interinstitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro Acadêmico de Direito, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Coutinho
Berardo Carneiro da Cunha

Recife

2023

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

R672d Rocha, Markson Valdo Monte.
Deferência judicial e Jurisdição administrativa: caminhos possíveis para o
diálogo interinstitucional / Markson Valdo Monte Rocha. -- Recife, 2023.
137 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2023.

Inclui referências.

1. Direito - Brasil. 2. Deferência. 3. Poder Judiciário. 4. Administração
Pública. I. Cunha, Leonardo Coutinho Berardo Carneiro da (Orientador).
II. Título.

340.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-38)

MARKSON VALDO MONTE ROCHA

**DEFERÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA: Caminhos possíveis
para o diálogo interinstitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro Acadêmico de Direito, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Aprovado em: 31/08/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo Coutinho Berardo Carneiro da Cunha (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Lucas Buril de Macêdo (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. José Mario Wanderley Gomes Neto (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha sincera gratidão a todas as pessoas e instituições que contribuíram para a conclusão deste trabalho de pesquisa. Esta jornada acadêmica não teria sido possível sem o apoio e o estímulo de muitas pessoas excepcionais.

Primeiramente, gostaria de agradecer à minha orientadora/professor(a) Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha, pela atenção e orientação contínuas ao longo deste processo. Suas valiosas sugestões, conhecimentos e incentivos foram fundamentais para moldar esta dissertação.

À minha família, que sempre esteve ao meu lado, apoiando e incentivando meus esforços acadêmicos, eu expresso minha mais profunda gratidão. Sua constante compreensão e encorajamento foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Agradecimento especial, com um certo ar de dedicatória, à Arlete Maria da Cunha (*in memoriam*) e à Valéria Monte da Cunha, ambas representam a força do matriarcado na minha instituição familiar e, sem sombras de dúvida, representam o legado a que desejo dar continuidade.

Agradeço também aos meus amigos e colegas de turma que compartilharam seus conhecimentos e experiências, enriquecendo assim minha pesquisa. Suas discussões e insights foram inestimáveis.

Agradecimento especialmente dedicado também aos amigos que partilharam desta experiência por intermédio da troca de ideias e amadurecimento do debate exposto ao longo desta pesquisa, aos quais cito nominalmente na figura de Luiz Guilherme Cantarelli e Gabriel Peixoto Dourado.

Aos colegas de trabalho que partilharam das agruras deste período na comarca de Recife do Tribunal de Justiça de Pernambuco, pelo que cito as equipes lideradas pelos magistrados Marcus Vinicius Nonato Rabelo Torres (12ª Vara Cível – Seção B) e Maria Cristina Souza Leão de Castro (22ª Vara Cível – Seção B).

Por último, mas não menos importante, agradeço a todos os participantes da pesquisa que generosamente compartilharam seu tempo e conhecimento para contribuir com este estudo.

Este trabalho é o resultado do esforço coletivo de muitos, e estou profundamente grato a todos que desempenharam um papel em sua realização.

Muito obrigado.

RESUMO

A presente pesquisa busca identificar os mecanismos de diálogo e convivência entre a jurisdição administrativa e a judicial. Neste intuito, serão revisitadas construções fundamentais da jurisdição como o impacto da teoria da democracia, o conceito de poder, Estado de Direito e soberania, além do entendimento a respeito da teoria da separação de poderes e da inafastabilidade judicial. Utilizando-se destes novos fundamentos é empreendida uma investigação a respeito do conceito de jurisdição e do que é possível compreender por jurisdição administrativa. Ao final, serão sumariados métodos de diálogo entre a jurisdição judicial e a administrativa e propostos mecanismos desenvolvidos pela teoria das capacidades institucionais. O método utilizado é prioritariamente a revisão bibliográfica, mas também a análise jurisprudencial de como o fenômeno condensa-se no Supremo Tribunal Federal. O percurso empreendido é necessário para a compreensão das novas funções do Estado Constitucional e as ferramentas propostas servirão ao desenvolvimento do diálogo interinstitucional.

Palavras-chave: Deferência; Métodos de Solução de Conflitos; Estado; Poder Judiciário.

ABSTRACT

This research seeks to identify the mechanisms of dialogue and coexistence between the administrative and judicial jurisdictions. To this end, fundamental constructions of jurisdiction will be revisited, such as the impact of the theory of democracy on procedural norms, the concept of power, the rule of law and sovereignty, in addition to the understanding of the theory of separation of powers and judicial inalienability. Using these new foundations, an investigation is undertaken regarding the concept of jurisdiction and what is possible to understand by administrative jurisdiction. At the end, methods of dialogue between the judicial and administrative jurisdictions will be summarized and mechanisms developed by the theory of institutional capacities will be proposed. The method used is primarily the bibliographic review, but also the jurisprudential analysis of how the phenomenon is condensed in the Federal Supreme Court. The journey undertaken is necessary for the comprehension of the new functions of the Constitutional State and the proposed tools will serve to develop inter-institutional dialogue.

.

Keywords: Deference; Conflict Resolution Methods; Executive Branch; Judicial Power.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PREVISÕES NORMATIVAS QUE INCENTIVAM A DEFERÊNCIA JUDICIAL.....	12
2.1.	Estado democrático e poder jurisdicional: A justiça não pode andar sobre um monotrilho.....	12
2.2.	Influência da teoria da separação dos poderes sobre a jurisdição.....	22
2.2.1.	<i>A perspectiva tradicional.....</i>	<i>22</i>
2.2.2.	<i>O conteúdo da teoria da separação de poderes: Institucionalismo e Waldron.....</i>	<i>26</i>
2.2.3.	<i>Bruce Ackerman e a perspectiva da especialização institucional na teoria da separação de poderes.....</i>	<i>30</i>
2.3.	Concepções sobre a inafastabilidade da jurisdição.....	35
2.3.1.	<i>Prolegômenos à jurisdição.....</i>	<i>35</i>
2.3.2.	<i>A inafastabilidade do Judiciário: uma análise a partir de diversas perspectivas de jurisdição.....</i>	<i>36</i>
2.4.	Conclusões parciais.....	44
3	JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA?	48
3.1.	Aspectos iniciais.....	48
3.2.	O classicismo.....	49
3.2.1.	<i>Chiovenda e as Teorias Finalísticas-Objetivas.....</i>	<i>49</i>
3.2.2.	<i>Carnelutti e as Teorias Finalísticas-Subjetivas.....</i>	<i>54</i>
3.3.	A quebra de paradigmas.....	55
3.3.1.	<i>A perspectiva de Cintra, Grinover & Dinamarco.....</i>	<i>55</i>
3.3.2.	<i>Desdobramentos da modificação de pensamento da Ada Pellegrini.....</i>	<i>59</i>
3.3.3.	<i>A perspectiva de Dinamarco, Badaró & Lopes.....</i>	<i>61</i>
3.4.	O flerte com a jurisdição administrativa.....	64
3.4.1.	<i>A perspectiva de Athos Gusmão Carneiro.....</i>	<i>64</i>
3.4.2.	<i>A perspectiva de Fredie Didier.....</i>	<i>67</i>
3.4.3.	<i>A perspectiva de Marcelo Barbi.....</i>	<i>72</i>
3.5.	Conclusões parciais.....	75

4	O DIÁLOGO ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE AUTOCONTENÇÃO	78
4.1.	Perspectivas de deferência judicial.....	78
4.2.	Valorização institucional e deferência: mecanismos de diálogo entre o Judiciário e a Administração Pública.....	90
4.2.1.	<i>Diálogos Interinstitucionais: o Poder Judiciário, as agências técnicas e a cooperação jurisdicional interinstitucional.....</i>	<i>90</i>
4.2.2.	<i>Amicus Curiae.....</i>	<i>95</i>
4.2.3.	<i>A teoria das capacidades institucionais.....</i>	<i>100</i>
4.3.	Aplicabilidade da deferência pelo Estado-Juiz: contribuições operacionais.....	107
4.4.	Conclusões parciais.....	113
5	CONCLUSÃO.....	117
	REFERÊNCIAS.....	121

1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal desta dissertação é analisar como a deferência judicial pode atuar como um importante mecanismo na promoção do diálogo interinstitucional, especialmente entre o Poder Judiciário e a Administração Pública. Neste sentido, espera-se ao final da pesquisa conseguir responder a perguntas como: É possível reconhecer a existência da jurisdição administrativa no ordenamento jurídico brasileiro? Quais os indícios normativos que indicam a existência e contribuem na interpretação do papel institucional da jurisdição administrativa? Qual a relevância da decisão das agências técnicas para a resolução de conflitos? Quais os possíveis caminhos para uma resolução adequada de conflitos que envolvam métodos interinstitucionais? Como a teoria das capacidades institucionais pode contribuir para o aperfeiçoamento do papel desempenhado pela jurisdição administrativa no ordenamento jurídico brasileiro?

Em um cenário globalizado, no qual as demandas são cada vez mais complexas e múltiplas, o Judiciário centrar-se como o único locus autêntico para o exercício da jurisdição tem se tornado continuamente mais ineficiente. Com especial enfoque para as demandas que exigem elevado cabedal técnico, a Administração Pública exsurge como coparticipante dos processos decisórios e, nesse contexto, o próprio conceito de poder modifica-se. Se outrora, o exercício do poder era sinônimo do exercício da força; nos tempos atuais, o exercício do poder dá-se em maior grau na qualificação do convencimento.

Narrado está o contexto em que algumas normas de matiz constitucional contribuem para o reconhecimento da jurisdição administrativa. Entre tais normas pode-se elencar: a concepção de estado democrático de direito, a ideia da separação de poderes e a amplitude da inafastabilidade judicial.

Um Estado potencialmente mais democrático é aquele que possui um maior quantitativo de centros decisoriais, através dos quais é permitida maior participação social. O poder soberano do Estado, nas democracias ocidentais, é exercido internamente, via de regra, por meio do estado de direito, o qual tem consagrado em maior valia a expertise técnica da Administração Pública em uma diversidade de órgãos independentes e especializados do Poder Executivo. Além disto, como o exercício do poder deixou de manifestar tão somente através da imposição pela força, então as decisões emanadas dos citados órgãos especializados, tendem a convencer em maior grau devido a qualidade de sua origem, logo, acabam sendo mais perenes no ambiente social. A teoria da separação dos poderes, em sua concepção clássica, esmorece diante das múltiplas funções atípicas e, desta forma, dá azo a

novas interpretações que, por exemplo, concebem a divisão de poder como fruto da divisão institucional de competências oriunda das normas constitucionais. Ademais, as garantias contra o arbítrio, por escolha constitucional, recaem na segurança institucional do Judiciário independente, de modo que, o papel institucional a ser exercido por este poder adentra a administração do sistema multiportas de resolução de conflitos.

A Constituição Federal brasileira, especialmente após as reformas da década de 90, institui (ou manda instituir) órgãos que se apresentam como poli centros decisoriais (ampliando a potencial participação popular), além de serem dotados, em tese, de julgadores com maior expertise técnica específica. Tais órgãos, por regra, são espécies de agências reguladoras e exercem o poder do estado na medida em que são instituições que fortalecem o convencimento dos administrados e, portanto, a aceitação da decisão do ‘Leviatã’.

Pelo exposto, não há impedimentos para que sejam posicionadas tais decisões como manifestações da jurisdição administrativa, ainda que se adote a concepção clássica no direito brasileiro de jurisdição, isto é, a de que jurisdição é função, atividade, garantia e poder. Nesse contexto, o diálogo entre a jurisdição administrativa e a jurisdição judicial, torna-se tanto mais eficiente quanto maior for a possibilidade de deferência judicial em suas múltiplas manifestações.

A atribuição de competências e o desenvolvimento de instituições, as quais visam à especialização por meio da alocação de recursos humanos e financeiros, têm por norte o alcance de maior grau de eficiência. Nestes termos, medidas como, alocar recursos financeiros, de expertise técnica, de construção da institucionalidade para os órgãos da jurisdição administrativa, apenas fazem sentido, na proporção em que não é exigido do Poder Judiciário iguais expectativas de qualificação decisória. Neste ponto, portanto, ao Judiciário é destinado o papel de garantidor dos direitos fundamentais, em especial, os procedimentais, como o contraditório, a ampla defesa, a vedação à prova ilícita. A inafastabilidade da jurisdição judicial, neste sentido, apresenta-se como uma garantia de que ainda nas hipóteses nas quais haja outros centros decisórios mais eficientes, o Poder Judiciário estará institucionalmente pronto para ser um fiscal da concretização dos direitos fundamentais procedimentais e um garante da manutenção da decisão mais eficiente.

Nestes termos, a deferência judicial indubitavelmente é o caminho mais propício para a coexistência entre as decisões exaradas do Poder Judiciário e as decisões emanadas da jurisdição administrativa. Importa repetir o quanto afirmado, isto é, diante das competências e da alocação de recursos institucionais que o ordenamento jurídico brasileiro realiza, entende-se que, em situações que sigam a regra teórica, o caminho mais propício para a coexistência

entre as manifestações da jurisdição é a deferência judicial. Deferência que, afirme-se de antemão, não se confunde com a manutenção irretocável das decisões emanadas pelas agências técnicas, mas antes configura um diálogo necessário entre o Poder Judiciário e tais centros decisórios. É preciso permitir que a institucionalidade construída normativamente tenha os desejáveis feitos institucionais realizados no mundo dos fatos.

O contexto acima descrito, conforme já anteriormente delineado, exige um estudo comparativo dos potenciais institucionais, de maneira que a deferência não seja mero subterfúgio para a ausência de decisão ou a soberania da administração pública, mas, de outro modo, represente a consciência de que a sobreposição dos escopos decisórios significa, ao fim e ao cabo, maior esforço na busca pela eficiência decisória. Pelo exposto, é essencial aperfeiçoar a análise institucional entre os centros decisórios, neste intuito, a teoria das capacidades institucionais é um meio útil. Através da citada teoria, é possível estabelecer critérios na definição de qual o grau de deferência (se é que este grau existirá) entre as decisões emanadas das diversas manifestações de jurisdição.

2 PREVISÕES NORMATIVAS QUE INCENTIVAM A DEFERÊNCIA JUDICIAL

2.1. Estado democrático e poder jurisdicional: A justiça não pode andar sobre um monotrilho

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. A previsão normativa, neste sentido, estabelece duas características típicas do Estado brasileiro, quais sejam o Estado de Direito e o Estado Democrático.

Cunha afirma que a liberdade, a legitimidade e a participação concernem ao Estado Democrático. De acordo com o citado autor, a principal característica do Estado democrático, sem embargo do pluralismo político, está na prévia participação de todos¹.

A adoção do estado democrático pelo ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, por vezes, parece esquecida na análise interpretativa de diversos institutos, sobremaneira os processuais. Tudo isto, porque a Constituição Federal brasileira estabelece que o país é um estado democrático, no entanto, afirmar ser um estado democrático pouco significa. Afinal, o que é democracia?

Conceituar democracia é problemático². Ao impor-se esta tarefa, Robert Dahl apresenta uma série de questionamentos que implicam a inarredável conclusão de que um conceito pleno é impossível, ainda porque trata-se de um termo que tem significados diferentes para povos diferentes em diferentes tempos e diferentes lugares³. Os questionamentos do cientista político americano são:

o que realmente entendemos por democracia? O que distingue um governo democrático de um governo não democrático? Se um país não democrático faz a transição para a democracia, é transição para o quê? Com referência à consolidação da democracia, o que exatamente é consolidado? E o que significa falar de aprofundar a democracia num país democrático? Se um país já é uma democracia, como ele poderá se tornar mais democrático?⁴

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 3

² “um termo que significa qualquer coisa não significa nada. E assim ocorreu com a ‘democracia’, que atualmente não é tanto um termo de significado restrito e específico, quanto um vago endosso de uma ideia popular”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 3.

³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. P. 13.

⁴ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. P. 12

Ademais, não há uma única experiência democrática que sirva como modelo ideal⁵, ora, como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local⁶.

A ausência de uma democracia real que se adeque a alguma espécie de tipo ideal⁷ é muito bem ilustrada por Robert Dahl, quando, ao analisar a democracia grega, afirma

Foram os gregos – provavelmente os atenienses – que cunharam o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratos*, governar. Por falar nisso, é interessante saber que, em Atenas, embora a palavra *demos* em geral se referisse a todo o povo ateniense, às vezes, significava apenas a gente comum ou apenas o pobre. Às vezes, *demokratia* era utilizada por seus críticos aristocráticos como uma espécie de epíteto, para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle que os aristocratas tinham sobre o governo⁸.

A primeira transformação democrática⁹ foi causada pelos gregos, mais precisamente os atenienses, isto é, saíram da ideia e da prática do governo de poucos para a ideia e a prática do governo de muitos¹⁰. Desde a primeira grande transformação democrática, portanto, o caminho percorrido foi o da inclusão, o da ampliação da igualdade.

Sinal do até aqui demonstrado é que característica intrínseca da democracia é a lógica da igualdade, por outro lado, observando-se a todos os países democráticos é notável que a lógica da igualdade foi eficaz apenas entre poucos – poucos bastantes privilegiados¹¹ ¹². De

⁵ Aliás, Robert Dahl bem percebe a dicotomia do que seja democracia situada entre o ideal e o real, ao afirmar que “talvez nada proporcione confusão maior do que o simples fato de ‘democracia’ referir-se ao mesmo tempo a um ideal e a uma realidade” ou, ainda mais, quando afirma que “em todos os países democráticos há uma grande lacuna entre a democracia real e a democracia ideal” (DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. P. 37 e 42)

⁶ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. P. 19

⁷ A dicotomia entre democracia ideal e democracia real possui uma irmã siamesa, qual seja a dicotomia entre democracia como fim e democracia como meio. A democracia é um fim porque vai acomodar os principais fundamentos de uma sociedade igual e participativa e é um meio porque vai exigir uma variação de interpretes e mecanismos para sua realização e promoção do desenvolvimento humano. A dicotomia democracia meio/fim aqui tratada tem inspiração nos escritos de Carina Gouvêa, a qual vai apresentar como modo de manuseio destas manifestações a necessidade de que haja conexão entre o direitos e as estruturas formais do poder e sugerindo que se pense em uma democracia cooperada, inclusive como método para enfrentar as atuais crises dos sistemas democráticos. GOUVÊA, Carina Barbosa. **Democracia e as crises do sistema democrático: e agora, quem poderá nos defender?** Disponível em: <https://www.academia.edu/38416792/Democracia_e_as_crisis_do_sistema_democr%C3%A1tico_e_agora_que_m_poder%C3%A1_nos_defender>. Acesso em 14 de outubro de 2021

⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. P. 21

⁹ A segunda grande transformação democrática ocorreu com a transposição da democracia, da cidade-Estado para o Estado Nacional. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 2.

¹⁰ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 1.

¹¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. P. 20-34

¹² A igualdade é fonte e fundamento da Democracia, sendo certo que o maior adversário de um governo democrático é a chamada guardiania. A guardiania caracteriza-se por ser uma forma de governo em que guardiões/tutores ‘mais capacitados’ governariam pelo bem comum. Observe-se o que afirma Robert Dahl: “A afirmação de que o governo deve ser entregue a especialistas profundamente empenhados em governar para o

todo modo, observando-se a história ocidental, é possível concluir que as constantes buscas pela igualdade foram mais vitoriosas no conjunto de países democráticos (Estado Unidos da América, Grã-Bretanha, França, países escandinavos, Holanda e outros)¹³. Não se está a afirmar que a igualdade política alcançou o seu ápice e nem sequer que as experiências concretas foram suficientes para lograr concretizar a igualdade política ideal, no entanto, vale sopesar, a prisão ao ideal democrático pode tornar tão inalcançável o objetivo que faça-o ser dispensável.

A democracia, muito além de um mero objeto, constitui um ideário. A democracia pode ser vista como um desejo de gestar politicamente um sistema no qual os participantes considerem uns aos outros como politicamente iguais, coletivamente soberanos e dotados de todas as capacidades, recursos e instituições de que necessitam para governar a si próprios¹⁴. A conclusão é de que o ideal da igualdade, como fundamento da democracia, ao permanecer vivo, serve como busca efetiva de desenvolvimento social e como instrumento de organização política¹⁵.

A igualdade política decorre de dois diversos juízos: o moral e o prático. O juízo moral afirma que todos os seres humanos têm igual valor intrínseco; que pessoa alguma tem um valor intrinsecamente superior ao de outra; e que o bem ou os interesses de cada pessoa devem receber igual consideração¹⁶. Em outros termos, o juízo moral equivale a uma presunção de igualdade intrínseca. De outro lado, o juízo prático, quando restrito o foco sobre a análise do governo de um Estado, consiste em que entre os adultos, ninguém é tão mais qualificado que os outros para governar que se deva confiar-lhe a autoridade completa e

bem geral e superiores a todos em seus conhecimentos dos meios para obtê-lo – os tutores, como Platão os chamava – sempre foi o mais importante rival das ideias democráticas”. DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. P. 83 O cientista político norte-americano afirma também que “a forma mais comum de quase guardiania nos países democráticos é um judiciário com autoridades finais sobre certas proteções substantivas e procedimentais”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 298.

¹³ DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática?** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. P. 116.

¹⁴ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 1.

¹⁵ “É uma característica dos democratas que vivem em países governados por regimes autoritários nutrir a esperança fervorosa de que um dia, seu país vá atingir o limiar da poliarquia. É uma característica dos democratas que vivem em países há muito governados por uma poliarquia crer que a poliarquia não é democrática o suficiente e que deveria se tornar mais democrática”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 352

¹⁶ DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática?** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. P. 122

definitiva sobre o governo do Estado¹⁷. É oportuno, neste momento, observar que a igualdade, enquanto fundamento da democracia, é também o fundamento da convivência social.

A igualdade política, quando lida enquanto substrato valorativo, implica, ao menos quanto à leitura das normas adjetivas, no desenvolvimento de um processo que presuma a boa-fé e a participação colaborativa dos sujeitos na marcha em contraditório procedimental. Na esfera civil, há a construção doutrinária da perspectiva de um modelo cooperativo do processo.

Dierle Nunes¹⁸ chama o modelo cooperativo de processo, de ‘democrático de processo’. As características deste modelo, de acordo com os escritos do citado autor, são: a) a comparticipação processual; b) resgate de uma leitura forte dos princípios processuais constitucionais; e, c) resgate do papel técnico e institucional do processo. O modelo de processo cooperativo valoriza a democracia também ao denotar que a igualdade permite a participação social, porém mantém o estabelecimento de funções para a garantia da eficiência da prestação do serviço jurisdicional pelo Estado-Juiz. Fredie Didier entende em sentido semelhante, ao afirmar que

o órgão jurisdicional assume uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico no momento da decisão; não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na divisão do trabalho, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio. No entanto, não há paridade no momento da decisão: as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva¹⁹.

Não se olvide que a democracia, fundamentada na lógica da igualdade, traz inúmeras vantagens a seus cidadãos, entre elas a defesa contra governantes despóticos, a posse de direitos fundamentais e a ampliação da esfera de liberdade²⁰. A democracia, neste sentir, é um meio de garantir uma igualdade mínima para os cidadãos com o objetivo de fomentar a todos o máximo de liberdade.

O pluralismo político e social, na medida em que amplia as possibilidades de participação das decisões sobre quais leis os cidadãos viverão (incrementando a autonomia moral), significa também ampliação da participação nos espaços decisórios. Ampliação do

¹⁷ DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática?** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. Págs. 122-123

¹⁸ “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva poli cêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1.ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008. P. 215. Ver também as págs. 175-176;

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 213-223, 2011.

²⁰ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. P. 90

espaço decisório, porque, afinal, “ninguém é melhor que você mesmo para ser juiz de seu próprio bem ou interesse ou para agir em prol da concretização destes”²¹.

A multiplicação do espaço decisório é decorrência da presunção de autonomia pessoal presente em um ambiente democrático, uma das consequências visíveis da autonomia pessoal é a diversidade de meios adequados para a resolução de conflitos. Neste sentido afirma Robert Dahl, o efeito prático da presunção é negar que a autoridade paternalista possa vir a ser a legítima entre adultos, seja nas decisões individuais ou coletivas, exceto em casos presumivelmente raros. A restrição de que o poder jurisdicional manifeste-se, tão somente, através do Poder Judiciário comumente associa-se com a escusa de ser este Poder o único capaz de garantir os direitos fundamentais. Tal visão fortalece uma autoridade paternalista e vai na contramão da adotada pelo estado democrático, já que neste, por regra, regem-se os conflitos (e a convivência social em geral) pela autonomia pessoal.

A existência da democracia depende de instituições políticas que a possibilitem germinar. No entender de Robert Dahl, tais instituições são: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; cidadania inclusiva²². De acordo com a literatura do citado autor, é democrático um país que adote pelo menos os seguintes cinco critérios: participação efetiva²³; igualdade de voto²⁴; aquisição de entendimento esclarecido²⁵; exercício do controle definitivo do planejamento²⁶; inclusão dos adultos^{27,28}. Apenas a confluência entre as

²¹ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 154.

²² DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. P. 99

²³ “Ao longo de todo o processo de tomada de decisões vinculativas, os cidadãos devem ter uma oportunidade adequada e igual de expressar suas preferências quanto ao resultado final. Devem ter oportunidades adequadas e iguais de colocar questões na agenda e de expressar seus motivos para endossar um resultado e não outro”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 171.

²⁴ “No estágio decisivo das decisões coletivas, cada cidadão deve ter assegurada uma oportunidade igual de expressar uma escolha que será contada como igual em peso à escolha expressa por qualquer outro cidadão. Na determinação de resultados no estágio decisivo, essas escolhas, e somente essas, deverão ser levadas em consideração”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 172.

²⁵ “Cada cidadão deve ter oportunidades iguais e adequadas de descobrir e validar (dentro do prazo permitido pela necessidade de uma decisão) a escolha acerca da questão a ser decidida que melhor sirva aos interesses do cidadão”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 176

²⁶ “O demos deve ter a oportunidade exclusiva de decidir como as questões serão colocadas na agenda de assuntos a serem decididos mediante o processo democrático”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 179

²⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Págs. 47-50

²⁸ Em outros termos, “o Estado teria de fornecer: direitos, liberdades e oportunidades de participação efetiva; igualdade de voto; possibilidade de se adquirir uma compreensão suficiente das medidas políticas e suas

instituições políticas e os critérios de verificação de uma democracia é que podem permitir aferir o nível de amadurecimento democrático de uma sociedade. As instituições políticas possuem íntima relação com os critérios de verificação, sendo, pois, possível alegar que o exercício do controle definitivo do planejamento, a inclusão dos adultos e a aquisição do entendimento esclarecido é notoriamente mais viável com a existência de associações, as quais permitem a confluência dos interesses dos cidadãos em torno de um ou alguns temas e gera microesferas decisórias capazes de fomentar a participação social.

Além disso, mais uma vez analisando por uma perspectiva procedimental, a existência de fontes de informação diversificada (instituição política) quando confrontada com a necessidade de aquisição de entendimento esclarecido (critério) possui idêntico efeito ao juiz que observa a hipossuficiência informacional dos sujeitos processuais para decidir a respeito da incidência, por exemplo, da litigância de má-fé, do pedido de antecipação da tutela ou da inversão do ônus da prova. Explica-se: a informação é instrumento necessário como instituição política e meio de aferição do grau democrático, em idêntica medida a que serve como fiel da balança sobre as desigualdades presentes em um processo judicial e de justificativa para a decisão que modifica ou inverte ônus, obrigações ou deveres com fundamento nas distorções provocadas pelas desigualdades informacionais.

A hipossuficiência informacional habitualmente demonstra-se nas relações sociais por meio da assimetria informacional. A assimetria informacional é um fenômeno econômico que se caracteriza pelo fato de uma das partes de uma transação comercial possuir mais informações do que a outra, relativamente ao produto ou ao serviço que é negociado²⁹. O Estado-Juiz quando se encontra diante do fenômeno da assimetria informacional deve adotar medidas cabíveis a reordenar as incumbências processuais distribuindo adequadamente as obrigações, por exemplo, ainda quando a distorção cingir-se exclusivamente a esfera informacional, inverter o ônus da prova (art. 373, §1º, do CPC) por ser este fenômeno motivo suficiente a proporcionar excessiva dificuldade a parte desfavorecida de cumprir com seu ônus probatório.

A presunção de que a assimetria informacional é suficiente para a observância de hipossuficiência em juízo, também é válida, e.g., para as hipóteses de litigância de má-fé e análise de tutela provisória. Aquele que dá causa a judicialização de questão (ativa ou

consequências; e meios pelos quais o corpo de cidadãos pudesse manter um controle adequado da agenda de políticas e decisões do governo”. DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática?** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. P. 126

²⁹ MARTINS, João Victor Ruiz; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. Economia do compartilhamento, assimetria informacional e regulação econômica consumerista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 34-52, jul./dez. 2016. p. 37.

passivamente) sendo portador de informações privilegiadas, apenas o faz, por verificar no processo hipótese de angariar maiores vantagens (o tempo, os recursos financeiros etc.). Nesta situação, incumbe ao Judiciário, por imposição do princípio democrático, adotar medidas que subvertam as desvantagens decorrentes da ausência de um entendimento esclarecido, pela inexistência de fontes de informação diversificadas.

A existência de assimetrias informacionais, no entanto, não é causa suficiente para que o reconhecimento do exercício da jurisdição persista, tão somente, sobre o Judiciário. A priori, porque acaso existente algum abuso de direito em decorrência da hipossuficiência de uma das partes, o Judiciário sempre poderá agir para corrigir tal situação (em decorrência da inafastabilidade do judiciário – art. 5º, XXXV, da CF). Além de que, como o convívio em sociedade também depende da administração de recursos, então a possibilidade de exercício da jurisdição administrativa, por exemplo, permite uma resolução mais célere, menos custosa, mais adequada. A possibilidade, neste sentir, de que especialistas técnicos integrantes da Administração Pública possam analisar o caso cotidiana e reiteradamente pode minimizar os custos e proporcionar maior eficiência dos serviços prestados pelo Estado, ainda quando se trate de hipótese em que, a Administração Pública tenha informações privilegiadas. O sopesamento da questão precisará ser realizado na situação concreta.

O Robert Dahl, no entanto, ciente de que a democracia é um ideal e os meios propostos consistem em instrumentos de aferição da proximidade de concretização deste ideal, adverte, de logo, que nenhum Estado jamais possuiu um governo que estivesse plenamente de acordo com os critérios de um processo democrático. É provável que isso não aconteça^{30 31}. Os critérios anteriormente apresentados, desta maneira, servem como linhas de análise da forma como são construídos os processos democráticos e, assim também, estabelecem requisitos mínimos para que seja possível confabular sobre maneiras de ampliar a magnitude democrática sobre as sociedades humanas.

Bernardo Gonçalves observa que a compreensão do que seja democracia perpassa pelo repertório normativo de um Estado e, portanto, a partir de uma perspectiva assumida pelo direito, em um estado democrático, o qual, contemporaneamente, caminha para a procedimentalização e, por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configura-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e

³⁰ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. Págs. 54-55

³¹ Robert Dahl cunhou o termo “poliarquia” para designar as democracias reais, as quais seriam pobres aproximações do ideal democrático. DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Prefácio de Fernando Limongi. Tradução de Celso Mauro Paciornik. 1ª ed. 4ª reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2022. P. 11.

sendo poroso à participação dos atingidos³². A procedimentalização foi o meio encontrado para o ressurgimento das democracias, a partir do momento em que as sociedades foram formadas por contingentes populacionais cada vez maiores. Robert Dahl observa, do seguinte modo, “lei do tempo e dos números: quanto mais cidadãos uma unidade democrática contém, menos esses cidadãos podem participar diretamente das decisões do governo e mais eles têm de delegar a outros essa autoridade³³. A procedimentalização decorrente de um estado democrático contemporâneo concretiza-se através dos seguintes fatores: a superioridade da Constituição; a existência de direitos fundamentais; a legalidade das ações estatais; um sistema de garantias jurídicas e processuais³⁴³⁵.

A procedimentalização é uma implicação do estado democrático sobre a administração pública. Ganhou relevo com as modificações constitucionais da década de 90 e possui três funções principais: favorece a legitimação, controle e eficiência da atividade administrativa. A manifestação dos atos da administração pública deve obrigatoriamente atender a processualização, no intuito de permitir maior consensualidade e aumentar a autonomia dos cidadãos³⁶.

É possível assentir que a procedimentalização decorrente dos estados democráticos contemporâneos ganha espaço, por, entre outras coisas, incrementar consequências desejáveis pelas sociedades deste tempo, tais como: evitar a tirania; fomentar direitos essenciais; propiciar liberdade geral; autodeterminação pessoal e social; fortalecimento da autonomia

³² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editor JusPodivm, 2020. P. 331

³³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. P. 125

³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editor JusPodivm, 2020. P. 334

³⁵ O conjunto de fatores que caracterizam a democracia moderna consubstancia-se nos instrumentos que as sociedades entenderam como fundamentais para alcançar as desejáveis consequências da democracia, quais sejam, nas palavras de Robert Dahl: evitar a tirania; garantia dos direitos essenciais; liberdade geral; autodeterminação; autonomia moral; desenvolvimento humano; proteção dos interesses pessoais essenciais; igualdade política; busca pela paz; e, prosperidade. DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. P. 58

³⁶ DOS REIS, Clóvis Mendes Leite Reimão. O processo administrativo contemporâneo: legitimidade, controle e eficiência da atividade administrativa brasileira. **XVIII Revista do CEPEJ**. Págs. 155-198. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20187>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2023. **Ver também:** MARRARA, Thiago (Org.), **Direito administrativo: transformações e tendências (org.)**. São Paulo: Almedina, 2014; BATISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003; CRETELLA JR, José. **Prática do Processo Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed. rev. e atual., 2008; DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antoni Fabriis LT, 2008; DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001; JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 9. Ed., 2013; MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993; MEDAUAR. Odete. **Administração Pública: do ato ao processo**. Artigo. **Fórum Administrativo-** Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 9, n.100, 2009. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., rev. e atual, 1998.

moral; possibilitar o desenvolvimento humano; proteger interesses pessoais essenciais; fomentar a igualdade política. Dentre outros consectários possíveis e altamente desejáveis, como a busca pela paz e a prosperidade³⁷. Nas letras do cientista político norte-americano,

o processo democrático não somente pressupõe uma ampla série de direitos fundamentais: ele próprio é uma forma de justiça distributiva, já que influencia diretamente a distribuição de poder e autoridade sobre o governo do Estado e, por causa da importância das decisões tomadas pelo governo do Estado, também sobre outros bens substantivos³⁸.

A substância da democracia contemporânea encontra-se centrada, por isso, em uma conexão entre o autogoverno do povo e os direitos fundamentais (relação cooriginária, ou seja, de pressuposição recíproca entre soberania popular e direitos humanos)³⁹. A democracia dos países ocidentais contemporâneos sucede-se por uma miscelânea de fatores, aos quais deu-se a nomenclatura de democracia deliberativa (em contraposição a democracia clássica, a qual centrava-se tão somente em um processo representativo).

A democracia deliberativa tem sua credibilidade cercada por fatores que vão além da escolha dos representantes⁴⁰, passando por fatores como a possibilidade de deliberação em um contexto aberto, livre e igualitário. Deste modo é possível afirmar que, ao lado da escolha dos representantes, a democracia contemporânea caracteriza-se pela participação, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto, se determinada proposta política lograr superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional⁴¹. Significando afirmar, em conjunto com Barroso, que o protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil, em suas diferentes instâncias, que incluem o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações e cidadãos comuns⁴².

³⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. Págs. 58-74

³⁸ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 304.

³⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editor JusPodivm, 2020. P. 334

⁴⁰ Afirma Luís Roberto Barroso que “há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 3-4.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

Diante desta análise tem-se por fundamental verificar a conceituação de democracia deliberativa apresentada por Any Gutmann e Denis Thompson, de que a democracia deliberativa significa uma

forma de governar na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente os cidadãos, mas que possibilitem discussão futura⁴³.

Bernardo Gonçalves vai defender que a democracia deliberativa possui ao menos quatro objetivos: ¹ legitimidade das decisões, ² encorajar perspectivas calcadas no espírito público em assuntos públicos, ³ promover processos decisórios baseados no espírito mútuo e ⁴ auxiliar na correção de equívocos na tomada de decisão⁴⁴. No intuito de catalogar as funções da democracia contemporânea, tem-se também a doutrina do constitucionalista Luís Roberto Barroso, para quem a democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões, o que dá a ela três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa⁴⁵.

Com fundamento em tudo o até aqui demonstrado, nota-se que o processo democrático é uma aposta nas possibilidades de que um povo, ao agir com autonomia, aprenderá a agir com justiça⁴⁶. O sistema político democrático favorece a autonomia pessoal e moral e este favorecimento permite uma multiplicidade de alocações das particularidades pessoais no bojo do convívio coletivo. A pluralidade social permite que o agir justo surja em uma diversidade de meios adequados de solução de conflitos. Apenas é possível a pluralidade social quando o poder é pulverizado e a justiça não está sobre um monotrilha⁴⁷.

⁴³ GUTMANN, Any; THOMPSON, Dennis. O que significa a democracia deliberativa? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, p, 23

⁴⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editor JusPodivm, 2020. P. 336

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

⁴⁶ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 306

⁴⁷ “O que é crucial numa sociedade MDP (moderna, dinâmica e pluralista) é que, por um lado, ela inibe a concentração de poder num só conjunto unificado de atores e, por outro, ela dispersa o poder entre uma série de atores relativamente independentes. Devido a seu poder e autonomia, esses atores podem resistir à dominação unilateral, competir entre si por certas vantagens, envolver-se em conflitos e negociações e buscar ações independentes por si mesmos. São características de uma sociedade MDP: a dispersão dos recursos políticos, tais quais o dinheiro, o conhecimento, o status e o acesso às organizações; a dispersão das localizações estratégicas, particularmente em assuntos econômicos, científicos, educacionais e culturais; e a dispersão das posições de negociação, tanto manifestas quanto latentes, nos assuntos econômicos, na ciência, nas comunicações, na educação e em outras áreas”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 396.

2.2. Influência da teoria da separação dos poderes sobre a jurisdição

2.2.1. *A perspectiva tradicional*

É de fundamental importância estudar a teoria da separação de poderes quando da análise do conceito de jurisdição, pois habitualmente associa-se a jurisdição ao Poder Judiciário e, para conceituar jurisdição, tão somente define-se quais são as características da atividade judiciária. A limitação do conceito de jurisdição, neste sentido, portanto, caminha em círculos e impede significativos avanços ao direito processual⁴⁸. No entender de Rosalina Freitas a associação umbilical entre jurisdição e Poder Judiciário subsiste por apego exacerbado à teoria da separação de poderes, nas suas primeiras aplicações, que tendia para a unidade orgânica, de modo a concentrar a função jurisdicional nas vias judiciárias⁴⁹. A observação é também confirmada por Giuseppe Chiovenda, para quem:

A teoria da divisão dos poderes, em suas primeiras aplicações em França, foi entendida em sentido rígido e mecânico: assim, a cada órgão deveria corresponder uma só função e lhe era defeso ingerir na atividade do outro, sequer para sindicá-la ou corrigi-la⁵⁰.

Não há dúvidas de que em um primeiro momento a teoria da separação de poderes foi desenhada, sob um viés negativo, significando afirmar que consistia numa proibição de se concentrar todos os poderes nas mãos de um mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos. Diante de todo o anteriormente exposto, é perceptível que inicialmente não se estava a pensar em uma especialização de funções, mas, sim, a limitação do que competiria a cada exercente do poder⁵¹.

Não é outra a razão, desta maneira, para que a história do constitucionalismo tenha se iniciado desde sempre dando papel de relevo a limitação de poderes do Estado, de modo que ficou registrado no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem

⁴⁸ “(...) a associação, quase que automática, entre jurisdição e Poder Judiciário, que pode ter feito algum sentido no período em que se sistematizou a teoria da separação dos poderes, acabou atravessando o tempo e se alastrou no senso comum, tendo permanecido na mente das pessoas até por uma questão de acomodação terminológica”. SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, p. 46. 2017.

⁴⁹ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, p. 46. 2017.

⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2, p. 8.

⁵¹ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, p. 50. 2017.

estabelecida a separação de poderes, não tem constituição⁵²⁵³. Termos em que podemos atribuir ao documento histórico a definição dos marcos fundamentais para a existência do Estado moderno, por meio de uma constituição⁵⁴.

A clássica teoria da separação dos poderes, neste sentir, surge em um ambiente em que a limitação do poder político era tema central dos estudos dos intelectuais de seu tempo (especialmente, entre os séculos XVII e XVIII).

Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu anuncia algumas premissas básicas de sua teoria da separação dos poderes: a liberdade política, o controle do poder político e, finalmente, uma separação funcional entre os centros de poder do governo, de tal forma que fossem capazes de exercer suas funções e ao mesmo tempo mutuamente controlar-se.

É clássica a passagem escrita por Montesquieu em que ao definir liberdade política prescreve-a como

o direito de fazer tudo o que as leis permitem e contrapõe-se à independência, que remete ao estado de natureza e à possibilidade de fazer tudo aquilo que se quer. Porém, a liberdade política somente pode ser encontrada nos governos moderados, e desde que não se abuse do poder. Assim é que, para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder⁵⁵.

Na teoria de Montesquieu, o papel do Poder Judiciário não concebia a realização de escolhas, mas antes a concretização da vontade da lei, isto é, a lei que seria abstrata e genérica, teria o filtro frio do Judiciário para tornar-se concreta e específica. O julgamento deveria ser apenas um texto preciso da lei, tendo em vista que por modo diverso consistiria

⁵² **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789.** Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2021

⁵³ Jeremy Waldron analisando o ordenamento jurídico norte-americano vai afirmar: “(...) the separation of powers, like democracy and the rule of law, may be an indispensable part of your theory of politics (in America) or our American constitutionalism, even if it is not, in the legalistic sense, a free-standing principle of our constitution” WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge, Massachusetts and London. England: Harvard University Press, 2016. P. 47.

⁵⁴ É possível também encontrar referências a separação de poderes em documentos constitucionais históricos de relevância similar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita na França em 1789, é o caso, por exemplo, do art. 5º da Declaração de Direitos do bom povo da Virgínia, escrita no Estado da Virgínia em 1776, que assim prescrevia: “Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes)., segundo disponham as leis”. **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA, 1776.** Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2021.

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do espírito das leis**. Introdução e notas de Gonzague Truc; traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. P. 148

numa opinião particular do juiz e conduziria a sociedade para viver em um contexto no qual seria impossível saber precisamente quais seriam os compromissos assumidos⁵⁶.

Ao seu modo, com ideias semelhantes as desenvolvidas por Montesquieu, Madison, que lança os fundamentos da separação dos poderes na forma como é reconhecida nos Estados Unidos, admoesta em seus escritos a respeito da necessidade de que o poder seja dividido em diversas camadas, afim de que não se concentre o seu governo, dada a perversidade da natureza humana. O entendimento de Madison sobre a essência da natureza humana serve de construto à sua forma de compreender a existência do Estado, é, desta maneira, que constata: o que é o próprio governo senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana. O citado autor vai concluir que, se os homens fossem anjos nenhum governo seria necessário; ora, se os anjos fossem governar os homens, nem controles externos nem internos sobre o governo seriam necessários⁵⁷.

Compreendendo, desta forma, é que os autores norte-americanos, adaptaram a teoria da separação de poderes à constituição de seu país, de modo que o exercício do controle do poder fosse realizado não apenas por meio de funções governamentais, mas também por forças sociais. Ao contrário do que acontecia na Europa Continental, onde o grande temor centrava-se na figura de um tirano monarca absolutista e, portanto, o centralismo dado ao Legislativo revela-se como meio institucional de controle e o Judiciário é visto como mera ‘boca que anuncia as palavras da lei’⁵⁸, o que pode ser facilmente verificável nos escritos de Locke e nos de Montesquieu; na América do Norte, o estado era iniciado e as funções precisavam ser divididas, afim de que houvesse institucionalidade governamental, deste modo há maior paridade entre os Poderes Executivo e Legislativo e a separação de poderes funciona, semelhantemente aos moldes defendidos por Loewenstein, segundo o qual o princípio deve ser aplicado como técnica de divisão de funções estatais entre diferentes órgãos do Estado⁵⁹.

Desta maneira, no sistema norte-americano, estava presente o compartilhamento de poderes por meio dos freios e contrapesos exercidos por um poder sobre o outro. O sistema de freios e contrapesos revelava, assim, ser também uma técnica de controle cujos objetivos poderiam ser sintetizados em: i) evitar a tirania; ii) limitar a autoridade, impedindo

⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. P. 170

⁵⁷ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist papers**. Edited by Isaac Kramnick. London: Penguin Books, 1987. P. 319/320

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Edição brasileira. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. P. 169 e 172

⁵⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Ediciones Ariel: Barcelona, 1965. P. 55.

arbitrariedades; e, iii) preservar a liberdade individual⁶⁰. Traduzindo em minudências, as ações do Poder Legislativo sofrem um duplo controle, tanto pelo poder de veto do Executivo sobre a legislação aprovada quanto pelo controle judicial de constitucionalidade das leis; já o legislativo tem a prerrogativa de pedir o impeachment do presidente, e o Judiciário é escolhido pelo Poder Executivo mediante aprovação do Legislativo (Senado). O controle popular sobre a representação eleita (Legislativo e Executivo) é realizado periodicamente por meio de eleições⁶¹.

Não se olvida de que as tradicionais teorias da separação dos poderes, elucubradas, principalmente, por Locke e Montesquieu (na França e na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII), dada a complexidade da vida moderna, necessitaram passar por atualizações – acoplamentos elucidativos – afim de que se adequassem aos Estados Modernos. Tal situação fez com que as suas postulações iniciais, hoje, fossem compreendidas com, pelo menos, as alterações descritas pelo professor Bottallo, para quem a aceitação destas teorias implica hodiernamente o reconhecimento de que:

- a) somente em um sentido impróprio é possível falar-se em divisão de poderes, uma vez que o Poder do Estado é unitário e indivisível, devendo, não obstante, dentro do sistema democrático de governo, ser exercido por um conjunto de órgãos – Legislativo, Executivo e Judiciário – cada qual dentro dos limites de sua prefixada competência. Assim, mais corretamente pode-se falar, em lugar de divisão de Poderes, em divisão de competências;
- b) a divisão das funções essenciais do Estado em legislativa, executiva e judiciária visa apenas a caracterizar as atribuições típicas de cada uma delas, não obstando a existência de permeabilidade de interpenetração entre as mesmas, decorrentes da própria complexidade da realidade social de nossos dias;
- c) no moderno Estado de Direito, as suas funções essenciais estão colocadas no mesmo nível de importância, sem supremacia de umas sobre as outras⁶².

Nos tempos atuais, por conseguinte, pode-se compreender a separação de poderes como a *ratio essendi* do Estado. A compreensão desta teoria, deste modo, perpassa, ao menos, três planos: o plano institucional, para o qual a separação de poderes é o princípio estrutural conformador do domínio político, de modo a estabelecer os órgãos encarregados do exercício de cada poder⁶³; plano funcional, já que além de estabelecer os órgãos, a separação de

⁶⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. P. 195.

⁶¹ CONSANI, Cristina Foroni. Separação dos poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 123-149, jan./abr. 2016

⁶² BOTTALLO, Eduardo Domingos. TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: antecedentes históricos e principais aspectos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 p. 25 - 46 jan./dez. 2007.

⁶³ Aliás, é totalmente possível que dentro de um mesmo órgão seja exercido mais de um poder, é o caso, por exemplo, do Senado, no qual além da função típica de legislar também há, ainda que excepcionalmente, a função jurisdicional. Neste sentido: “De pronto vale lembrar (algo sempre necessário diante do fato de que muita vez nos pegamos imaginando haver exclusividade das funções de julgar, legislar e concretizar a vontade estatal respectivamente no Judiciário, Legislativo e Executivo) que os poderes exercem funções que não lhe são típicas, não como atividades de apoio ou secundárias, mas como atividades constitucionalmente reservadas como

poderem também delimita quais são as suas respectivas funções; e, o plano sociocultural, tendo em vista que a separação de poderes articula as relações entre os poderes do Estado e as estruturas sociais, tais quais os grupos, classes e partidos⁶⁴.

2.2.2. O conteúdo da teoria da separação de poderes: Institucionalismo e Waldron

O entendimento de Jeremy Waldron sobre a teoria da separação de poderes germina a partir de uma dualidade, isto é, seria tal teoria, ao mesmo tempo, decorrente de uma necessidade de integralidade institucional e de dispersão do poder social⁶⁵. A relevância da teoria da separação de poderes é demonstrada pelo constitucionalista norte-americano através dos princípios que lhe dão fundamento.

A compreensão da teoria da separação dos poderes por meio dos princípios que lhe fundamentam é importantíssima, pois lhe permite ter um conteúdo a ser ofertado na ordem normativa. Assim, é possível afirmar que a teoria da separação dos poderes não é, tão somente, a mesma coisa que o ‘princípio da divisão de poder’, o qual aconselha a evitar concentrações excessivas de poder político nas mãos de qualquer pessoa, grupo ou agência, ou o ‘princípio dos freios e contrapesos’, o qual, por sua vez, alerta que o exercício do poder por qualquer detentor de poder precisa ser equilibrado e controlado pelo exercício do poder por outros detentores de poder⁶⁶. Jeremy Waldron, em verdade, vai indicar como cinco os princípios fundamentais à teoria analisada, quais sejam: 1. Princípio da separação de poderes (as funções de governo precisam ser separadas uma das outras); 2. Princípio da divisão de poder (é desaconselhável a concentração de muito poder político nas mãos de qualquer pessoa, grupo ou agência); 3. Princípio de freios e contrapesos (é requisito que as ações sejam mutuamente controladas através da exigência de concordância entre poderes distintos, de modo que uma entidade verifique ou vete as ações da outra); 4. Princípio do Bicameralismo

próprias”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina da atividade estatal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007. P. 262-263.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 556.

⁶⁵ “(...) the rationale of the separation of powers is closely related to that of the rule of law: it is partly a matter of the distinct integrity of each of the separated institutions— judiciary, legislature, and administration. But above all, it is a matter of articulated governance (as contrasted with compressed undifferentiated exercises of power)”. WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 17-53, set/dez. 2020.

⁶⁶ “These other principles are, first, the principle of the division of power—counseling to avoid excessive concentrations of political power in the hands of any one person, group, or agency; and, second, the principle of checks and balances—holding that the exercise of power by any one power-holder needs to be balanced and checked by the exercise of power by other power-holders”. WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 17-53, set/dez. 2020.

(as leis precisam ser promulgadas por votos em duas assembleias legislativas coordenadas); 5. Princípio do federalismo (o poder é dividido entre as unidades da federação, de modo que é preciso respeitar as instâncias decisórias competentes)⁶⁷.

Com fundamento nos princípios acima descritos, Waldron vai ponderar que a relevância da teoria da separação de poderes e de sua existência institucional concretizou-se por meio da Constituição norte-americana, a qual construiu uma miríade de instituições. Estas instituições serviam aos cidadãos, na medida em que estes poderiam recorrer de maneira diversa ao socorro do Estado (mais precisamente contra o arbítrio de funcionários públicos falíveis e corruptíveis)⁶⁸.

A divisão realizada por Waldron a respeito do que se pode compreender pela Teoria da Separação dos Poderes é fundamental, na medida em que a cada princípio corresponde uma análise da organização política do Estado de Direito. Desta forma, ao passo em que, para a divisão dos poderes, o que mais importa é que o poder político esteja disperso, não concentrado; para o sistema de freios e contrapesos, o ponto mais relevante é que o poder político possa ser verificado e controlado por meio de uma fiscalização mútua⁶⁹.

Outra questão relevantíssima diz respeito a atualidade das preocupações originárias da teoria da separação de poderes. Observe-se que, enquanto para o princípio de separação do poder a relevância é a dispersão das atividades estatais, para os princípios da divisão do poder e o dos freios e contrapesos, a relevância centra-se sobre quais são os centros decisórios e de qual forma há o mútuo controle. Assim, o problema das agências modernas (sobretudo, das agências reguladoras) torna-se uma questão de primeira ordem, pois, ao mesmo tempo em que estas fazem as leis, também exercem uma função que Waldron denomina de “quase-judicial”⁷⁰.

⁶⁷ “1. The principle of the separation of the functions of government from one another (the “Separation of Powers Principle”). 2. The principle that counsels against the concentration of too much political power in the hands of any one person, group, or agency (the “Division of Power Principle”). 3. The principle that requires the ordinary concurrence of one governmental entity in the actions of another, and thus permits one entity to check or veto the actions of another (the “Checks and Balances Principle”). 4. The principle that requires laws to be enacted by votes in two coordinate legislative assemblies (the “Bicameralism Principle”). 5. The principle that distinguishes between powers assigned to the federal government and powers reserved to the states or the provinces (the “Federalism Principle”).” WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, p. 433-468, 2013. P. 438

⁶⁸ WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 17-53, set/dez. 2020.

⁶⁹ WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, p. 433-468, 2013. P. 442

⁷⁰ “We can also put this point the other way. People worry about whether the functional separation envisaged in the Separation of Powers Principle is archaic; they worry about the difficulty of applying it to modern agencies, for example, which seem to perform both rule-making and quasi-adjudicative functions. 35Vile, for example, speaks of a modern “realization that the functional concepts of the doctrine of the separation of powers were inadequate to describe and explain the operations of government” in the modern world.36 He says that “we have

O constitucionalista norte-americano, tendo por fundamento os escritos de Montesquieu, vai chamar atenção de que a modelagem clássica da teoria da separação de poderes vertia por restrições rígidas e estáticas entre as funções do Estado e o exercício do poder. O receio à época era a tirania, isto é, o exercício conjunto de poderes que acabavam por livrar os poderosos da necessidade de se submeter ao arcabouço legal. A visão restritiva e estanque da separação de poderes parece não poder prevalecer frente ao ordenamento jurídico brasileiro dada as diversas atribuições de competência que fazem com que no mesmo órgão, a depender do momento, esteja sendo exercido o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário (Senado Federal para legislar e para julgar o processo de impeachment).

Em tempo, a visão de que a divisão de poderes implica em funções estanques não atende às necessidades do Estado Constitucional atual. Não fosse suficiente a incoerência com o ordenamento jurídico brasileiro, conforme já demonstrado, a visão clássica da separação de poderes também impede a busca pela eficiência e a utilização do potencial e da capilaridade técnica da Administração Pública com vistas à proteção dos direitos fundamentais.

A maior vantagem da teoria da separação dos poderes aventada nos escritos de Jeremy Waldron é a modificação do cerne de análise desta para com a Constituição, isto ocorre porque o constitucionalismo moderno costuma associar a teoria da separação dos poderes a um meio de “restrição” ou “limitação” ao poder político (em similitude, a soberania popular) e, assim, termina por provocar um enfrentamento (ou, ao menos, um mal estar) entre o ideal de Constituição e o da soberania popular. Tal situação apresenta-se, tendo em vista que a Constituição figuraria como algo que limita e restringe a soberania popular no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais⁷¹.

Em contrapartida, no entendimento adotado por Waldron, a Constituição passa a adotar uma ideia de controle⁷² e, assim, não apenas decidindo o que o governo ou as leis não

seen the emergence of terms such as ‘quasi-judicial,’ ‘delegated legislation,’ or ‘administrative justice,’ which represent attempts to adapt the older categories to new problems.”³⁷ I do not think he actually accepts the obsolescence of the doctrine, but he sees the problem as important. But it is not important, and cannot be made important, from the point of view of the Division of Power Principle or the Checks and Balances Principle. A quasi-judicial body is just as good a place to disperse power into or to use as a check against other exercises of power as a judicial body – what matters is the dispersal or the checking, not the taxonomy. But for the Separation of Powers Principle, considered separately, the taxonomy is all-important. And now we have to begin our discussion of why”. WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 17-53, set/dez. 2020.

⁷¹ CONSANI, Cristina Foroni. Separação dos poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 123-149, jan./abr. 2016

⁷² Em sentido semelhante, o professor Fabiano Gonçalves destaca que “o princípio da separação de poderes não pode se afastar dos pressupostos que o convertam em instrumento de cooperação, harmonia e moderação (fiscalização e controle) no âmbito das relações institucionais entre os órgãos executores das atividades estatais”. CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de Poderes: da Concepção clássica à Noção Contemporânea. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, Janeiro/Abril 2017. Disponível em: <

podem fazer, mas também aquilo que pode ser feito e de que modo deve ser feito, isto é, a partir da noção de controle, a Constituição funciona como uma estrutura para a realização das práticas democráticas e não como algo que restringe e limita a participação popular⁷³. É singela a lição do Ministro Sepúlveda Pertence que, na ADI 183, assim explanou:

O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal e apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República⁷⁴.

Desta nova perspectiva, portanto, a teoria da separação de poderes serve a institucionalização dos mecanismos criados a partir do Estado de Direito. Este só se realiza a partir dela, já que assim concretizasse a procedimentalização democrática⁷⁵. O caso das agências reguladoras ou de quaisquer agências independentes que possuam garantias que lhes tornem aptas a firmar entendimentos especializados e suficientemente distintos da mera defesa dos interesses do Estado é singular e respeita este novo entendimento. A criação destas formas de exercício do poder foi realizada por meio de normas jurídicas que dispersaram o poder e especializaram instituições, de maneira que o reconhecimento de atividade jurisdicional nestes lócus é uma medida necessária ao alcance da eficiência estatal e na garantia dos direitos dos cidadãos.

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021

⁷³ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (Orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Massachussets: Blackwell Publishing, 2009. P. 267-282

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183/DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266240>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2021.

⁷⁵ “Even if the exercise of power has been legitimated democratically—in the sense that someone has been chosen as a political leader in free and fair elections and now he wants to put the policies that he ran on into force—still, what he proposes and regards himself as authorized to do must be broken down into these component parts. It must be housed in and channeled through these procedural and institutional forms, successively one after the other. That is what the rule of law requires, and I believe that is what is maintained too by Separation of Powers. The legislature, the judiciary, and the executive—each must have its separate say before power impacts on the individual”. WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 17-53, set/dez. 2020.

2.2.3. Bruce Ackerman e a perspectiva da especialização institucional na teoria da separação de poderes

A obra ‘The new separation of powers’⁷⁶ do constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman traz interessante perspectiva para a teoria da separação de poderes, em especial, sob um viés institucionalista. O citado autor busca defender que o ‘parlamentarismo limitado’ é o melhor sistema de governo para os diversos sistemas democráticos e, neste sentido, aborda a divisão do poder estatal e as implicações com os diversos modelos de parlamentarismo e de presidencialismo⁷⁷.

O ensaio desenvolvido pelo constitucionalista estadunidense adota a percepção de que a separação de poderes tomada em seu modelo clássico e interpretada por uma visão estanque implicaria no desaparecimento da democracia e do próprio sistema político. Afinal, se a democracia é definida, primariamente, como a expressão da soberania popular, então, em que se converteria a lei se cada poder fosse absolutamente independente dos outros? Não se fazem necessárias maiores hesitações para afirmar que estar-se-ia diante de um cenário de confrontação e de ruptura institucional⁷⁸.

Não se olvide que o efeito deletério decorrente de uma divisão de poderes reificada, divorciada das mudanças sociais e levada ao extremo é a sua subserviência aos interesses dos mais poderosos, em outras palavras, sem uma orientação normativa detalhada e explícita, debater a separação de poderes não é muito mais do que uma ingerência constitucional sem importância⁷⁹. Nesse diapasão é que se mostra fundamental a adoção de uma teoria para a separação de poderes que além do critério negativo (proteção dos cidadãos frente ao abuso de poder do estado) e do critério institucionalista (desenvolvimento de instituições decorrentes das ordens normativas para alcançar os objetivos juridicamente determinados, em especial, os direitos fundamentais), adote também o critério da justiça distributiva e da igualdade democrática. Neste sentido, observe-se:

⁷⁶ Versão em espanhol: “La nueva división de poderes”.

⁷⁷ “Aquí incorporo mi tesis negativa: si una presidencia estilo estadounidense es vista como una mala idea em esta etapa del análisis, entonces se verá todavía peor una vez que sus consecuencias deletéreas sobre la administración pública imparcial y profesional se incluyan como factores en la ecuación. Yo espero que, hacia el final del capítulo, el parlamentarismo acotado se presente como un argumento todavía más fuerte a favor de la nueva división de poderes”. ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 75

⁷⁸ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 12

⁷⁹ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 18

Un tribunal supremo para la protección de los derechos fundamentales es, sin duda, un componente esencial del modelo del parlamentarismo acotado. Pero éste debería complementarse con instituciones no judiciales autónomas que se ocupen de la protección más efectiva de los derechos de la participación democrática, por un lado, y la realización de compromisos fundamentales con la justicia distributiva, por el otro⁸⁰.

No entanto, antes da análise sobre qual a teoria da separação de poderes que o constitucionalista americano propõe, importa compreender qual o fundamento desta teoria. É preciso questionar qual a razão para que o poder seja dividido? Em benefício de que se adota esta separação de funções? Em primeiro lugar, a maior beneficiária é a própria democracia, isto é, não é possível pensar em um autogoverno popular, quando o poder encontra-se concentrado. Os incentivos para que o sistema migre para um viés autoritário tornar-se-iam insuportáveis.

A segunda razão para a adoção de uma teoria da separação de poderes é a competência profissional. As leis do sistema democrático tornar-se-iam meramente simbólicas, caso os tribunais e a burocracia não fossem suficientemente capazes de implementá-las de uma maneira minimamente imparcial. Por fim, a terceira razão para a teoria referenciada é a proteção dos direitos fundamentais. As razões citadas servem também como balizas avaliadoras do sistema democrático, pois, quando qualquer delas estiver em falta, o sistema democrático pode facilmente converter-se em motor de uma tirania⁸¹.

Cientes das razões pelas quais importa a adoção de uma teoria da separação de poderes, é possível perscrutar a maior inovação apresentada pelos escritos do professor Ackerman, pelo menos para os fins deste trabalho, qual seja a ideia da separação de poderes como especialização funcional. O questionamento é: É preciso esculpir um espaço, livre de intervenção política direta, no qual juízes e burocratas possam implementar seu juízo profissional ao serviço dos objetivos legislativos?⁸²⁸³

⁸⁰ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 13

⁸¹ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 19

⁸² ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 75

⁸³ A resposta, indubitavelmente, é sim. Dallari chama a atenção de que: “Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo menos quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe é de fato apenas uma distribuição de funções. [...] Qual a importância prática dessa polêmica na atualidade? Existe, na verdade, uma grande importância, pois aquela diferenciação está intimamente relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social. De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 214.

O questionamento faz sentido, na medida em que, ao tempo em que põe em relevo a legitimidade democrática de tais decisões, também alerta sobre a possibilidade de surgimento de uma tirania. A percepção do homem médio, a qual aparentemente, quanto a este ponto, não se encontra equivocada, é de que um bom político é dotado de grande habilidade para mapear e dar voz aos anseios, desejos, necessidades de uma grande massa de eleitores, no entanto, esta grande virtude, comumente, vem acompanhada do vício humano pelo poder. Desta forma, caso este político hipotético, um democrata convicto (portanto, interessado em ganhar as próximas eleições) seja também responsável por aplicar as leis que colaborou para a promulgação, então, com alto grau de probabilidade, estará predisposto a aplicá-las em favor daqueles com recursos cruciais para a campanha de reeleição⁸⁴. Diante deste cenário, não se olvide que o poder para fazer as leis deve estar separado do poder para pô-las em prática. Se é permitido que os políticos rompam essa barreira, então o resultado será a tirania⁸⁵.

Do quanto afirmado, a conclusão é simples. A necessidade premente de que os políticos não possam, ao mesmo tempo, criar e aplicar as leis, impõe a necessidade de que a legitimidade democrática esteja em altíssimo grau quando da elaboração dos comandos normativos. A aplicação destes comandos por ser atividade de menor relevo dentro do sistema democrático, poderá ser realizada por burocratas profissionais especializados que ponham o seu conhecimento técnico a favor da população, sempre limitados por objetivos políticos delimitados legislativamente e por uma espécie de supervisão do corpo político. O professor Ackerman é cirúrgico quanto a isto:

Si los políticos intervienen constantemente en disputas concretas, responderán creando sus propias miniburocracias hiperpolitizadas. El resultado será el peor de todos los mundos posibles: las decisiones las tomarán no los estadistas experimentados ni los burócratas inteligentes y bien informados, sino los lacayos inexpertos dispuestos a buscar servilmente favores de sus jefes y los intereses especiales que los respaldan⁸⁶.

Na linha de pensamento acima desenvolvida, o professor Ackerman propõe que sejam criados constitucionalmente dois poderes supervisores⁸⁷: o primeiro, o poder supervisor da

⁸⁴ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 76.

⁸⁵ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 76-77.

⁸⁶ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. Págs. 77-78

⁸⁷ Tal ideia tornou-se majoritária, sendo possível encontrar já na doutrina brasileira quem defenda a existência de poderes diversos do triunvirato tradicional, por exemplo, Diogo de Figueiredo: “[...] como são também variadíssimos os modos possíveis de expressão do poder político, cada um deles se desdobra numa determinada função a ser exercida, de sorte que passam a existir inúmeras modalidades de funções políticas possíveis, numa lista em aberto que resiste a todos os esforços de categorização que as esgotem. Assim, acrescem-se incessantemente às funções tradicionais constitucionalizadas – a normativa, a administrativa e a jurisdicional – novas outras funções constitucionais, como a para-normativa [CRFB/88, art. 217, I], [...] a fiscalizadora [CRFB/88, art. 129, II e III], a provocativa [CRFB/88, art. 71, XI], a participativa [CRFB/88, art. 74, §2º], [...] e

integridade – o qual seria responsável pela correção e prevenção no tocante à corrupção⁸⁸; o segundo, o poder supervisor da regulação – o qual seria responsável por concentrar e tratar os problemas decorrentes das ansiedades cada vez maiores do Estado moderno de regular diversos aspectos da vida⁸⁹.

A criação de agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro não adveio por meio de um poder central criado através de emenda constitucional como seria caso seguido o conselho do constitucionalista americano. No entanto, os órgãos regulatórios são uma realidade deste sistema e possuem garantias suficientes para exercerem com autonomia o seu mister. Releva de importância a posição e a função que estes órgãos exercem tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto na teoria do professor Ackerman. É possível, através, desta percepção observar que o regramento institucional e o comportamento comumente adotado pelas agências reguladoras lhes permitam ao exercer o julgamento de algum direito, executarem o seu mister com rigor técnico que sugestiona a imparcialidade e alcança a respeitabilidade (no que poderia ser chamado de exercício do poder pelo convencimento e honorabilidade).

Não é possível requerer dos funcionários públicos, ainda quando pertencentes dos mais elevados quadros como o Ministério Público ou as agências reguladoras, que exerçam as suas atividades com neutralidade. Ainda quando o exercício funcional exija elevadíssimo grau de conhecimento técnico, os vieses cognitivos são, por vezes, inevitáveis. Ackerman destaca:

Hay una dificultad fundamental con la buena disposición de los servidores públicos a cumplir con sus promesas de eficiencia neutral: al final, no existe una forma perfectamente neutral de comprender la realidad. Cada construcción que un ‘experto’ haga del mundo contiene una multitud de presuposiciones polémicas;

tantas outras mais que venham a ser caracterizadas na lei ou na doutrina juspublicista contemporânea, como, no Brasil [...] e no Direito Comparado, outras funções como a de jurisdição constitucional (cortes constitucionais independentes) ou a de regulação monetária (bancos centrais independentes)”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. Revista de Direito Administrativo – RDA, n. 223, p. 8, jan./mar. 2001.

⁸⁸ “es un error considerar la corrupción como si fuera tan sólo un problema social más. La falta de control sobre ella socava la legitimidad misma del gobierno democrático”. ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. Págs. 83-84

⁸⁹ “Es el momento de trascender la perspectiva patológica y confrontar los retos constitucionales más grandes planteados por la expansión de las ambiciones reguladoras del Estado moderno. Desde hace mucho tiempo nos hemos movido, lo admito, más allá de una comprensión de la regulación burocrática basada en la teoría de la ‘correa de transmisión’ de la legitimidad democrática, según la cual los ‘expertos’ burocráticos solamente especifican normas legislativas que se encuentran en el estatuto. Los reguladores hacen leyes, y no nos gustaría que ocurriese de otro modo. Considérense, por ejemplo, los problemas reguladores que plantea la protección ambiental. Aunque la legislación democrática puede proporcionar principios orientadores, los parlamentos no tienen ni el tempo ni la experiencia para discernir los cambiantes datos científicos en busca de soluciones reguladoras responsables. En realidad, cuando los parlamentos han tratado de tomar decisiones ambientales específicos, los resultados han sido a veces tremendamente contraproducente. Lo que se requiere es un diseño constitucional que acepte la necesidad de legislación burocrática suplementaria en la empresa reglamentadora en curso, pero que confronte con responsabilidad los graves problemas de legitimación implicados”. ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. Págs. 86-87.

aunque la “sabiduría convencional” existe sin duda alguna en cada campo profesional, se sustenta a sí misma en la mente de los profesionales sólo al suprimir la conciencia de sus numerosas características problemáticas⁹⁰.

É importante reiterar que a impossibilidade da neutralidade não significa a mesma coisa que a parcialidade dos burocratas para o julgamento das questões regulatórias. A expertise técnica serve como um delimitador inicial de quais as possíveis medidas a serem adotadas, associadas a isto, em especial na análise do ordenamento jurídico brasileiro, é possível notar as garantias que cercam os conselheiros, diretores, julgadores das agências reguladoras, de forma que, não parece crível que tais funcionem como instrumentos políticos do Estado, ou pior, do estadista⁹¹.

Deste modo, resta comprovada que a especialização funcional e a consideração de que os órgãos decorrentes desta especialização exercem pontualmente função associada a Poder diverso do que lhe foi estruturalmente definido como pertencente (por exemplo, agência reguladora exercendo poder jurisdicional, muito embora na estrutura normativa a agência é pertencente ao Poder Executivo, enquanto o poder jurisdicional é tradicionalmente associado ao Poder Judiciário) não infringe de modo algum a teoria da separação de poderes. Pelo contrário, a citada teoria é reforçada, ponderando que esta deve ser compreendida em um triplo aspecto, qual seja ¹ controle do poder governamental, ² especialização funcional em prol da eficiência da burocracia e ³ aptidão para que os poderes alcancem os direitos fundamentais e impulsionem a justiça distributiva⁹².

Não se pode olvidar, que durante todo o fluxo evolutivo da história, foram surgindo novos órgãos e centros de poder autônomo, com competências técnicas e específicas, sobretudo diante da necessidade de o Estado garantir a eficiência na prestação dos serviços⁹³. Nestes termos, o exercício do poder jurisdicional por órgãos da Administração Pública de

⁹⁰ ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 94.

⁹¹ “El presidente no es un tonto y tiene razón para tomar medidas que prevengan la defección de su Estado Mayor Conjunto. Al nombrar a los líderes militares, la lealtad política, no la excelencia profesional, será de interés central. Es de esperarse que los generales prometedores se den cuenta de ello y actúen en consecuencia, usando su tiempo libre para leer el último libro de Dale Carnegie en vez de estudiar las obras de un high-tech Carl von Clausewitz”. ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 104. Com estas palavras, Ackerman chama atenção para a possibilidade de deterioração do Estado, caso a escolha dos burocratas dê-se tão somente ao alvedrio de um determinado político, o qual faça uso de critérios meramente politiquês, em prejuízo da capacidade técnica. Não é outra a razão para que a escolha dos dirigentes das agências reguladoras decorra de um procedimento em que há a manifestação de vontade tanto do Executivo quanto do Legislativo, além do levantamento de diversos critérios objetivos sobre a vida pregressa do posteriormente eleito (por todos, observar os arts. 4º, 5º, 6º, 8º, 8º-A, 8º-B, 9º, 10º, todas da Lei nº 9.986/2000;).

⁹² ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. P. 123

⁹³ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, p. 53-54. 2017.

elevada expertise técnica, contrariando o senso comum, na verdade, fortalece a teoria da separação de poderes por multiplicar os âmbitos de abrangência e visualização possíveis desta teoria no Estado Democrático de Direito.

2.3. Concepções sobre a inafastabilidade da jurisdição

2.3.1. *Prolegômenos à jurisdição*

Parcela considerável dos doutrinadores, em especial dos constitucionalistas e processualistas, vai afirmar a existência de um sistema uno de jurisdição no Brasil e ter como consequência natural disto a impossibilidade de que as decisões proferidas em outros centros decisórios subsistam frente a um único caminho possível, qual seja o Poder Judiciário. É a ideia de que a mínima contenção do controle jurisdicional seria constitucionalmente vedada⁹⁴. As exigências de uma sociedade moderna, plural em conflitos e ultra especializada em demandas encaminham o direito para uma rota diferente. As questões específicas suscitadas pelas exigências da sociedade descrita podem ser resolvidas adequada e eficientemente, por exemplo, pelas agências reguladoras, que:

enquanto entidades dotadas de autonomia reforçada (o que abrange garantia de seus membros), a atuação das agências reguladoras é revestida de caráter técnico, decorrente das inovações tecnológicas e da crescente complexidade do sistema social, que impõe, aos seus dirigentes e agentes, conhecimentos especializados para o exercício do seu grande feixe de atribuições, a saber, normativas, gerenciais, fiscalizadoras e também decisórias. Sucede que as decisões proferidas pelas agências estão sujeitas a controle judicial, por força da interpretação abrangente que se dá ao art. 5º, XXXV, da CRFB/88⁹⁵.

O sistema multiportas de resolução de conflitos, a reforma do Estado da década de 1990, as ondas de acesso à justiça entre tantos outros sintomas manifestam a premente necessidade de a jurisdição ser repensada, com o intuito de, verificando as suas possibilidades, oferecer meios mais adequados e efetivos para proteger os direitos elementares à humanidade. Com vistas ao escopo desta pesquisa é perceptível a premência com que se coaduna com o reconhecimento de uma jurisdição administrativa.

O constituinte ordenou e o legislador cumpriu, por meio das agências reguladoras e alguns outros tribunais administrativos, a elaboração de centros especializados para a resolução de controvérsias com vistas às matérias de elevada expertise técnica. Os centros decisórios citados são, portanto, dotados de duas características elementares: são instituições

⁹⁴ JORDÃO, Eduardo. A leitura e as “leituras” do art. 5º, XXXV, da CF. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 571

⁹⁵ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, P. 175 2017.

e, por esta visão, são perenes, demandam recursos financeiros e envolvem a burocracia administrativa na resolução da controvérsia; e, são especializados, isto é, reúnem pessoas que estudam profundamente a temática.

Diante deste novo cenário, a inafastabilidade jurisdicional ganha contornos de proteção da expertise institucional do Poder Judiciário (garantia dos direitos fundamentais adjetivos – contraditório, ampla defesa, proibição da prova ilícita) e ampliação dos centros decisórios aptos a possibilitar o acesso à justiça⁹⁶.

2.3.2. A inafastabilidade do Judiciário: uma análise a partir de diversas perspectivas de jurisdição

Do enunciado normativo previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88 decorre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, razão pela qual importa considerar diversos conceitos de jurisdição para que, por meio disso, seja extraído o entendimento do âmbito de atuação desta garantia. A adoção de uma perspectiva excessivamente restritiva do fenômeno jurisdicional pode implicar que a garantia da inafastabilidade jurisdicional tenha como consequência a abertura a que todos os casos sejam levados ao Judiciário, sem qualquer restrição cognitiva ou consideração com as outras esferas decisórias, por seu turno, uma perspectiva que compreenda outras esferas decisórias também como jurisdicionais acarreta diminuição no escopo de análise cognitiva do Judiciário sobre os fatos sociais conflituos.

Na perspectiva de Athos Carneiro, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional não comporta exceções, e nem mesmo admite a exigência de prévio esgotamento do contencioso nas vias administrativas⁹⁷. No que lhe concerne, Leonardo da Cunha afirma que o princípio da inafastabilidade da jurisdição impõe a impossibilidade de que a legislação infraconstitucional confira poder jurisdicional a juízes e tribunais não previstos na

⁹⁶ Rosalina compreende em sentido semelhante, afirmando: “Considerando que certos órgãos especializados, aos quais o legislador atribuiu competência para o exercício da função jurisdicional, terão mais expertise para apreciar determinadas matérias, parece ser chegada a hora de se repensar o conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de modo a lhe atribuir uma compreensão mais adequada, vedando, por exemplo, a possibilidade de revisão ilimitada pelo Poder Judiciário do quanto decidido na esfera administrativa”. SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, págs. 57-58. 2017.

⁹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 17. Em sentido semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** – Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 182.

Constituição Federal⁹⁸. Marinoni, a seu tempo, vai afirmar que a arbitragem é jurisdicional, já que é evidente que a regra que reconhece a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não proíbe o exercício da autonomia da vontade⁹⁹. De todo modo, o jurista paranaense pode ser incluso entre os que adotam uma perspectiva sobre o exercício jurisdicional excessivamente restritiva, na medida em que, também sequer considera a arbitragem como jurisdição.

Na perspectiva de Dinamarco, Badaró & Lopes, a garantia constitucional de acesso à justiça (...) deve ser vista como compreensiva da justiça arbitral e também da conciliativa, todas elas incluídas no amplo quadro da política judiciária¹⁰⁰. A garantia, desta forma, deve compreender algum grau de relativização, tendo em vista alguns legítimos óbices sistemáticos responsáveis por limitações ou condicionamentos à sua imposição, tais como:

a) as regras de competência internacional, pelas quais certas causas são excluídas de apreciação pela autoridade judiciária deste país (CPC, arts. 21-23); b) a exclusão, ainda que não absoluta, da censura jurisdicional de atos da Administração Pública por razões de oportunidade ou conveniência (mérito do ato administrativo), pois em regra esses atos somente podem ser controlados jurisdicionalmente no tocante à sua legalidade ou competência do agente (Súmula nº. 473 – STF); c) a exclusão da censura jurisdicional às sentenças arbitrais por razões de mérito, sendo a ação anulatória admissível exclusivamente pelo fundamento da existência de alguma nulidade (LA, arts. 32-33); d) o condicionamento da admissibilidade das sentenças de mérito a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais (CPC, arts. 17 e 485, incs. I-X) etc¹⁰¹.

Dinamarco, Badaró & Lopes compreendem como suficientes para atender a garantia da inafastabilidade jurisdicional para os meios adequados de resolução de conflitos a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça¹⁰². Desta forma, no entendimento destes autores, a publicação de mera norma infralegal seria suficiente para atender à exigência de interpretação da garantia constitucional em análise.

Ada Pellegrini Grinover¹⁰³ adota, de modo semelhante, perspectiva abrangente sobre qual deve ser a leitura para o princípio constitucional do acesso à justiça, de modo que, compreenderia a justiça arbitral e a conciliativa. Aliás, conforme será visto adiante, Grinover

⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 63

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** – Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 175.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 37.

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 83.

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 130.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 62

compreende que tanto a justiça arbitral, quanto a justiça conciliativa, são espécies de exercício jurisdicional.

De acordo com a perspectiva de Fredie Didier, o principal efeito da garantia jurisdicional é o direito fundamental de ação, também chamado de direito de acesso ao Poder Judiciário, direito de acesso à justiça ou direito à jurisdição¹⁰⁴.

A inafastabilidade do Judiciário tem um efeito abrangente no direito brasileiro tanto assim o é que a jurisprudência é firme no sentido de que o legislador não pode condicionar a provocação jurisdicional ao esgotamento prévio da discussão em âmbito administrativo. A jurisprudência aparenta buscar este caminho, como reflexo/decorrência à obstacularização imposta pela Constituição anterior no ápice do período da Ditadura Militar, em especial as restrições impostas pelo artigo 11 do Ato Institucional nº 5¹⁰⁵.

De outro lado, no entanto, tem sido observado que o acesso indistinto ao Poder Judiciário independente da manifestação do Poder Executivo, acaba por fazer o Judiciário substituir-se as funções designadas constitucionalmente ao órgão administrativo gerando aos menos duas consequências deletérias: 1º excessivo e desnecessário trabalho advindo ao Judiciário, o qual não consegue dar conta de tantas demandas¹⁰⁶ e 2º desprezo/desperdício dos recursos dispendidos pelo Estado brasileiro para criar as instituições técnicas/burocráticas para a consecução dos fins constitucionais. De modo que a interpretação excessivamente abrangente aos efeitos do princípio da inafastabilidade da jurisdição termina por menoscabar outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente como o direito a um estado eficiente (art. 37, caput, da CF/88), a razoável duração do processo judicial e/ou administrativo (art. 5º, LXXVIII) entre outros.

Pelo exposto, o defendido nesta pesquisa é a constitucionalidade das previsões normativas que imponham razoavelmente a necessidade de esgotamento da via administrativa

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 177

¹⁰⁵ “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1968.

¹⁰⁶ “Não mais se duvida que a era do monopólio estatal na distribuição da justiça é hoje de interesse praticamente histórico, pela boa razão de que a cultura demandista que assola o País desde as últimas décadas provocou um tsunami de processos muito além da capacidade instalada do Judiciário. O Judiciário, premido por esse angustioso problema, e tentando obsessivamente resolvê-lo pela óptica quantitativa (elementos de contenção, filtros e barreiras; sumarizações diversas; julgamentos em bloco), acabou por oferecer uma resposta massiva, de baixa qualidade, que desserve ao ideal de justiça e frustra os jurisdicionados. Ou seja, por esse motivo não se resolve o problema e ainda se criaram outros”. MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 149, dez. 2012.

(ou ao menos um prazo razoável para que primariamente a Administração possa analisar a demanda) antes de que as portas do Judiciário possam abrigar mais um conflito de interesses. Previsões como as postas no art. 7º, §1º, da Lei nº 11.417/2006 ou do art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/1997 são constitucionais e razoáveis. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acresceu a estas hipóteses, ao menos outras duas, a do INSS e da requisição de documentos junto à instituição bancária.

No julgamento do Recurso Extraordinário 631.240 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de prévia análise pelo INSS para que a pretensão de benefício previdenciário tivesse a aptidão de ser levada ao Judiciário, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE DE AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse de agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para a sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. (...)

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juízo, que apreciará a subsistência ou não do interesse de agir¹⁰⁷.

Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.349.453/MS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que

a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instituir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária¹⁰⁸.

As exceções acima expostas estão compreendidas dentro do defendido nesta pesquisa, o princípio da inafastabilidade da jurisdição não pode significar o desprezo as atividades exercidas pela Administração Pública. A leitura mais adequada para a citada garantia, utilizando-se dos termos do professor Fredie Didier, é a de que

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 631.240/MG**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.349.453/MS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7693/1/STJ%20Esp%201349453%20Recurso%20Repetitivo.pdf>>

a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso no Judiciário transfere-se para o caso concreto. Em suma: pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário; se, porém, revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo órgão julgador¹⁰⁹.

A reflexão levada a termo por esta pesquisa questiona a (im)possibilidade com que é tratado o reconhecimento da existência de uma jurisdição administrativa no Brasil, de modo que, o grau de tolerância com a razoabilidade da restrição imposta para acessar o Judiciário deverá ser tão mais alta quanto mais próxima estiver a exigência do prévio procedimento administrativo jurisdicional. Assim, por exemplo, conflitos de interesses levados a efeito perante o INSS (entidade que se entende como não jurisdicional, tendo em vista que analisa casos em que uma das partes interessadas é a própria Administração Pública), conforme consta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode ser obstado caso a autarquia previdenciária não analise o caso em tempo considerado hábil; por seu turno, conflitos de interesses circunscritos dentro da jurisdição do CADE (entidade compreendida dotada das características necessárias para o reconhecimento de jurisdicionalidade, posto que, por regra, a União não é parte diretamente interessada nos procedimentos administrativos sob sua análise) precisam ser previamente julgados administrativamente para posteriormente serem levado ao Judiciário. Este método de análise da razoabilidade potencializa a eficiência dos recursos dispendidos para a formação de uma instituição especializada como também possibilita maior assertividade técnica pelo Judiciário para julgar adequadamente o caso.

De todo o exposto, é firme a compreensão adotada nesta pesquisa de que a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) precisa ser lida a partir do sistema jurisdicional, não expurgando as demais formas de resolução de conflitos e permitindo um diálogo entre estes centros decisórios. A compreensão adotada, nestes termos, deriva de uma interpretação evolutiva e sistemática da norma processual constitucional¹¹⁰.

O entendimento sobre as razões envolvidas no desenvolvimento desta previsão constitucional perpassa pelo histórico legislativo de como eram tratadas as proteções e garantias advindas do acesso à justiça. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934¹¹¹ previa no artigo 68 que era vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões

¹⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. Págs. 179-180

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. Págs. 115-119

¹¹¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

exclusivamente políticas¹¹² e semelhantemente no artigo 18 das Disposições Transitórias que estavam aprovados todos os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, sendo excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos. A Constituição de 1934, portanto, previa, em seu texto, hipóteses de exclusão da apreciação judiciária. A exclusão do acesso ao judiciário não permanece até os dias atuais, entretanto, a imposição de barreiras de monta constitucional ao acesso judicial (justiça desportiva – art. 217, §1º, da CF/88) perdura sem maiores vozes dissonantes.

É relevante observar que os contextos nos quais estavam inclusos os normativos constitucionais que impediam o acesso ao judiciário para determinadas questões políticas eram os das ‘revoluções’ sociais. É válido recordar a existência do governo provisório de Vargas e da revolução constitucionalista, a soma dos complexos e conflitivos fatores sociais, no entanto, foi acobertado por um pacto social que na busca pela pacificação objetivou excluir a apreciação judiciária da análise dos fatos passados.

A partir da Constituição de 1946, entretanto, a exclusão da apreciação judiciária é substituída, em oposição, pelo princípio da inafastabilidade do poder judiciário. O art. 141, §4º, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946¹¹³ já previu que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual¹¹⁴. Era época de reconstrução da normalidade constitucional e a intervenção estatal precisava ser cerceada para não atingir liberdades elementares como a de expressão, de locomoção. Grinover vai afirmar que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é oriundo da Constituição de 1946 e serviu também para assegurar a todo e qualquer processo as garantias do devido processo legal englobadas no exercício da ação e da defesa¹¹⁵.

A normalidade constitucional construída, apesar disso, não obteve grandes efeitos para além do enunciado normativo. Não sem razão o enunciado permaneceu constante na

¹¹² O artigo 94 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 manteve tal previsão. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

¹¹³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

¹¹⁴ O termo individual, que posteriormente foi suprimido do enunciado normativo, gerava o equívoco de que apenas as pessoas, individualmente, poderiam socorrer-se da jurisdição judiciária. Uma interpretação mais adequada, no entanto, nos permite concluir que o conteúdo da expressão é genérico e o direito de ação é garantido a todos, indistintamente. GARAIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 39-41.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 115

Constituição de 1967¹¹⁶, a qual previa no §4º do artigo 150 que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual¹¹⁷, tendo aliás seu escopo protetivo sido ampliado com a previsão do §32º, do mesmo artigo, no qual constava que será concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei¹¹⁸.

A previsão de um enunciado normativo não é o suficiente para gerar um ambiente democrático ou sequer proteger os cidadãos contra os arroubos de arbitrariedade do poder estatal. Observe-se que a mesma Constituição de 1967 que previa a impossibilidade de afastar do Judiciário qualquer lesão a direito individual, era a que aprovava sem maiores ressalvas todos os atos praticados pelo golpe militar de 1964¹¹⁹. A utilização do poder de maneira arbitrária, sob o véu de uma falsa normalidade institucional, conforme demonstra o histórico trilhado nas Constituições brasileiras, não significa propriamente uma novidade deste Estado, porém representa um forte empecilho no histórico argumentativo e institucional para a adequação do espaço decisório do Judiciário às demandas contemporâneas.

É verdade que o exercício regular das funções administrativas no direito brasileiro, em muitos casos, adveio em conjunto com um contexto histórico no qual escamoteava-se do Poder Judiciário a possibilidade de evitar graves formas de cerceamento de direitos. Ao tempo em que era concedida a possibilidade de assistência judiciária aos necessitados, a Constituição de 1967 legalizava/autorizava todos os atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução de 1964” e, de igual modo, serviu como instrumento para os atos institucionais publicados em seguida. Entre os atos institucionais publicados (e, talvez, o mais famoso deles) estava o de nº 5 que vedou a apreciação judicial sobre todos os atos institucionais¹²⁰.

A apreciação pelo Poder Judiciário sobre os atos, quaisquer que sejam eles, representa assim uma bandeira de proteção aos direitos fundamentais e a busca pela manutenção de uma instituição que em tempos de difíceis lutas pelo que nos humaniza levantar-se-á contra as

¹¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

¹¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

¹¹⁹ “Art. 173, CF/67 – Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como: (...)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

¹²⁰ Art. 11 do Ato Institucional 5 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. BRASIL. **Ato institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

arbitrariedades¹²¹. A apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito não poderá representar, por sua vez, impedimento a que a sociedade organize-se na busca de meios mais efetivos de resolução das controvérsias.

A Constituição de 1967 já previa de maneira germinal a condição de que o ingresso em juízo seja antecedido pelo esgotamento das vias administrativas ou pela ultrapassagem de determinado prazo¹²². Não se crê seja necessária nova previsão neste sentido. Os tempos são outros. A previsão de um sistema de precedentes, de diálogos institucionais (por exemplo, entre o Judiciário e a Administração Pública), entre outras medidas normativas ou burocráticas já caminham no sentido de que existam matérias frente as quais apenas o acesso ao Judiciário possa resultar em atendimento a contento. É o caso, por exemplo, de quando se almeje modificar precedente vinculante em matéria constitucional, no qual a tutela apenas será possível quando o seu julgamento seja proferido na mais alta Corte. Em outros tantos, por seu turno, outros meios de resolução de conflitos são mais adequados.

Por fim, a perspectiva de Rosalina Freitas corrobora com o entendimento aqui adotado. Para a jurista pernambucana,

A partir do momento em que se compreende o vocábulo poder, constante do art. 5º, XXXV, da CF/88, como sinônimo de função, ou seja, como faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica, não mais pode subsistir a ideia de irrestrito acesso ao Poder Judiciário e, igualmente, de controle ilimitado pelo Poder Judiciário das decisões proferidas por órgãos administrativos. Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional adquire uma feição prestacional, ou seja, não de simples garantia passiva, mas, para muito além disso, de uma prestação a ser ativamente atendida pelo Estado¹²³.

É preciso ressaltar, por fim, que o princípio da inafastabilidade jurisdicional significa a garantia da posição institucional do Poder Judiciário como limiar para o atendimento aos direitos adjetivos das pessoas. Não representando, de outro modo, óbice à busca por meios mais eficientes de resolução das controvérsias, em especial aquelas para as quais se faça

¹²¹ “Reconhece-se que a inserção do art. 5º, XXXV, no bojo da Constituição Federal de 1988 – considerada uma conquista histórica – tem uma justificativa ligada ao regime ditatorial que o Brasil havia acabado de superar quando da promulgação da CRFB/88, de forma que deixar expresso o recurso ao Poder Judiciário como bastião da salvaguarda de direitos era realmente relevante e oportuno”. SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, págs. 57-58. 2017.

¹²² Art. 153, §4, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 – “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

¹²³ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, p. 191. 2017.

necessário a criação de instituições especializadas, inclusive por via constitucional, dada a complexidade de suas questões, isto é, à criação de agência reguladoras/de tribunais administrativos que conjuguem institucionalidade e especialização na busca por uma resolução mais eficiente da gerência dos recursos em disputa.

2.4. Conclusões parciais

“O Estado Constitucional é um Estado com qualidades. É um Estado constitucional democrático de direito”¹²⁴. Ele é, portanto, um Estado de direito e um Estado democrático. “Do Estado democrático extrai-se o princípio do devido processo legal”¹²⁵. Desta percepção, exposta por Leonardo da Cunha, já é notório que o exercício do poder estatal precisa ser realizado de modo atencioso a todo o ordenamento jurídico e a consecução de seus fins. O devido processo legal rege qualquer manifestação do poder estatal e, por consequência também o exercício da jurisdição. O diálogo entre a jurisdição judicial e a jurisdição administrativa precisa, neste sentir, atender a delimitação de competências expostas no ordenamento, assim também ao modo como os recursos estatais foram delimitados para a especialização prestativa e decisória.

A relação entre jurisdição e democracia é sem dúvidas fundamental. Na visão de Marinoni, Arenhart e Mitidiero,

a jurisdição é um poder que permite a participação do cidadão na correção dos eventuais desvios na administração do bem público e, mais do que expressar um local para a participação na reinvidicação dos direitos fundamentais, revela um lugar imprescindível para otimizar a participação e, assim, para democratizar a democracia através da participação¹²⁶.

Os citados autores possuem uma visão excessivamente restritiva quanto ao fenômeno da jurisdição, no entanto, são perspicazes ao analisarem que através da jurisdição dá-se também o exercício democrático e a integração as divisões de recursos sociais através da resolução dos conflitos. O princípio democrático exige mais da jurisdição do que a mera resolução de conflitos individuais.

Nesta toada, a ideia de submeter o controle sobre políticas públicas de longo prazo e que necessitam de gestão predominantemente técnica e profissional às agências

¹²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 55

¹²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 55

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** – Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 127.

administrativas independentes pode ser compreendida como uma forma de exercício democrático. Isto ocorre porque uma deliberação coletiva firmada em compromissos que protraem os seus efeitos no tempo (como os encontráveis em normas constitucionais programáticas) exigem uma gestão menos responsiva à lógica político-eleitoral e mais responsiva ao direito e à racionalidade técnica. Nos precisos termos de Gustavo Binebojm, fazer cumprir os pré-compromissos assumidos democraticamente é, também, uma forma de realizar o ideal democrático de autogoverno coletivo¹²⁷. O professor carioca termina arrematando conclusão com a qual concorda-se totalmente, de que

através da condução de mecanismos de participação voltados ao estabelecimento de um diálogo com a sociedade (como as consultas públicas, as audiências pública e os conselhos consultivos), a agência será (ou deve ao menos pretender ser) um foro no qual se torne possível a comunicação entre a racionalidade econômica e a racionalidade jurídico-política¹²⁸.

O Estado de Direito é uma condição possível e necessários ao governo estabelecido pelos homens. O Estado de Direito assegura diversos valores e, entre eles, o que provavelmente possui maior relevo é o da certeza jurídica. Deste valor exsurtem no ordenamento pátrio diversos regramentos que buscam garantir a segurança de expectativas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes¹²⁹. A análise comparativa entre o Estado Democrático e o Estado de Direito permite afirmar a perspectiva elucubrada por Gustavo Binebojm de que o “Estado democrático de direito é um Estado de ponderação”¹³⁰, o que significa afirmar que a legitimidade neste estado de coisas se dá pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, os interesses particulares os indivíduos e os interesses gerais da coletividade. Em outros termos, o Estado brasileiro, qualificado por ser um estado democrático e um estado de direito, ao exercer o seu poder (por exemplo, o jurisdicional) necessita garantir ponderada e razoavelmente os direitos fundamentais nele insculpidos.

Considerado todo o exposto, importa-nos pontuar que a concepção defendida neste trabalho para a Teoria da Separação de Poderes é a de especialização funcional e institucional, a qual foi muito bem explicitada por Antônio do Passo Cabral quando afirmou que

¹²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 302

¹²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 303

¹²⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Coleção Teoria e Filosofia do Direito. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2008. P. 22

¹³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 86

a separação constitucional de poderes deve ser compreendida, na atualidade, como uma delimitação de modelos básicos de funções com vistas à racionalização das atividades estatais. Assim, a perspectiva orgânica é substituída por uma abordagem funcional e teleológico-estrutural. Funcional, porque a ênfase vem nas atividades, não nos sujeitos que as realizam; e teleológico-estrutural porque a tipologia das funções contribui para o aprimoramento das estruturas organizacionais do Estado¹³¹

Os fundamentos do quanto defendido por Antônio do Passo Cabral estão temperados dentro de escritos doutrinários já defendidos outrora por Andreas Krell que, partindo de uma premissa jurídico-funcional, defende que o princípio da separação de poderes deve ser entendido como uma divisão de funções especializadas, de maneira que ganham relevo os mecanismos de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito¹³².

Defendendo ideias semelhantes as anteriormente aventadas, Rosalina Freitas vai afirmar que

Numa vertente contemporânea, o princípio da separação de poderes deve ser compreendido numa perspectiva de distribuição pragmática de funções entre os órgãos estatais, com competências próprias, ou seja, como uma técnica de divisão de trabalho entre setores que desempenham atividades políticas. Diante dessa necessidade de especializar as funções, a separação de poderes, dentre outras coisas, passa a ter o objetivo de aumentar a eficiência do Estado¹³³.

Os fundamentos do princípio da separação de poderes, por conseguinte, exigem que eventual controle do Judiciário sobre os atos da Administração Pública tenha em consideração a complexidade técnica e a dinâmica específica de produção do ato em análise, especialmente quando falecerem critérios objetivos. Milita em idêntico sentido o defendido por Binebojm, para quem, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle¹³⁴. O doutrinador carioca arremata os influxos da teoria democrática e de separação de poderes sobre o exercício jurisdicional afirmando que:

Em uma palavra: a luta contra arbitrariedades e imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente

¹³¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo**: Introdução ao Art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 206-207.

¹³² KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos. 2 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2013. Págs. 20-40.

¹³³ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, P. 192 2017.

¹³⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 41

substitutiva da Administração que não leva em conta a importante dimensão de especialização técnico-funcional do princípio da separação de poderes, nem tampouco os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo¹³⁵.

Por fim, restou notório que a garantia de inafastabilidade Judicial não significa a impossibilidade de que existam outros meios mais adequados a resolução dos conflitos e que, inclusive as decisões exaradas por tais meios, gozem de elevada deferência do Judiciário, em razão da elevada expertise técnica e funcional, por exemplo. A garantia em análise tem por cerne o modo como será legislada a função institucional do Judiciário. Isto ocorre, porque esta garantia, fruto de conflituoso contexto histórico, contém o gérmen de um posicionamento institucional singular para o Judiciário.

O papel a ser exercido pelo Poder Judiciário diante do sistema multiportas de resolução de conflitos está intrinsecamente ligado ao de administrador da adequação e eficiência do método escolhido para uma situação específica. A assertiva está fundamentada na institucionalização dos direitos fundamentais determinada pela Constituição Federal, em especial a previsão do art. 5º, XXXV, no qual consta a previsão da inafastabilidade do Poder Judiciário para qualquer lesão ou ameaça a direito. O papel a ser desenvolvido pelo Judiciário, neste interim, é transmutado de mero exercício do Poder na resolução do conflito para a de gestor do sistema, influenciando diretamente na distribuição dos recursos sociais e políticos da sociedade. O jurista americano Colin Diver¹³⁶ já prescreveu prenúncios de como dá-se o exercício jurisdicional neste contexto em que “judge as political powerbroker” (juiz como fiscal do poder político¹³⁷), ou seja, o exercício do poder judicial vai além da autoridade na decisão de conflitos e inclui a gerência das expectativas sociais sobre a decisão prevalecente nos conflitos de interesses.

¹³⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 41

¹³⁶ DIVER, Colin S. Judge as political powerbroker – superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. Volume: 65 Issue: 1 Dated: (FEBRUARY 1979) Pages: 43-106. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1072646?origin=crossref>>. Acesso em 31 de maio de 2023

¹³⁷ Tradução livre

3 JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA?

3.1. Aspectos iniciais

A compreensão do conceito e da natureza do que seja jurisdição é algo complexo e para o qual há uma gama de possíveis respostas. Paula Baptista afirma que jurisdição é o poder de proclamar os direitos¹³⁸. Joaquim Ignácio conceitua jurisdição como o poder de administrar justiça¹³⁹. Lopes da Costa como o poder-dever do Estado de declarar e realizar o Direito¹⁴⁰. Frederico Marques compreende jurisdição como a função de julgar a lide ou a pretensão, dando a cada um o que é seu¹⁴¹. Galeano Lacerda entende a jurisdição como atividade específica do Poder Judiciário que existe por causa do conflito e para solucioná-lo¹⁴²¹⁴³. As citadas são apenas algumas das respostas que, por si mesmas, poderiam consistir em um compilado laudável de definições.

Objetivando sistematizar as divergentes concepções sobre o conceito e a natureza da jurisdição, Marcelo Barbi apresentou-os em sete grandes grupos, quais sejam: Teoria Orgânica; Teoria Eficacial; Teorias Finalísticas-Objetivas; Teorias sancionatórias; Teorias Finalísticas-subjetivas; Teorias Finalísticas-Axiológicas; e, posições híbridas¹⁴⁴. Dadas as diversas categorias pelas quais é possível a compreensão do fenômeno da jurisdição se fez necessário elaborar um recorte sobre quais as características do fenômeno que chamam atenção para o que é relevante nesta pesquisa, ou seja, para a relação entre Judiciário e Administração Pública.

Com fulcro no fundamento anteriormente exposto, deu-se preferência pela exposição das teorias em três grupos, quais sejam: 'o do classicismo (através do qual são abordadas duas das teorias mais tradicionais sobre jurisdição - Chiovenda e Carnelutti -, em razão da

¹³⁸ PAULA BAPTISTA, Francisco de. **Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica, para uso das faculdades de direito do Brasil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Garner, 1901. P. 55.

¹³⁹ RAMALHO, Joaquim Ignácio. **Praxe Brasileira**. 2ª ed. São Paulo: Duprat, 1904. P. 1.

¹⁴⁰ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. P. 22

¹⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. P. 221.

¹⁴² LACERDA, Galeano. Comentários ao Código de Processo Civil. Forense, 1980. V. 8, t. 1; 7ª ed., 1998. P. 15. **Apud:** CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 5

¹⁴³ Athos Gusmão afirma possuir escritos de Galeano Lacerda, no qual este teria conceituado jurisdição como “o poder de declarar o direito, e de o aplicar em caso concreto, resolvendo de uma forma definitiva a lide ou qualquer questão de direito. É também poder de coerção com a finalidade de executar uma sentença, depois de transitada em julgado. É poder, além disso, de o juiz investigar a matéria de fato, poder de documentação. Todos esses poderes estão ínsitos na jurisdição” CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Págs. 8-9.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Págs. 40-90.

influência que provoca sobre a construção teórica advinda posteriormente); ^{2o} da quebra de paradigmas (através do qual são notórias as revoluções sofridas pelo conceito de jurisdição, sendo possível notar que características tidas como essenciais já são consideradas como insuficientes ou até superadas para a integral aceção do conceito – Cintra, Grinover & Dinamarco; Ada Pellegrini; Dinamarco, Badaró & Lopes); e, ^{3o} dos que flertam com a jurisdição administrativa (através do qual é demonstrado que as limitações impostas para a ausência de reconhecimento desta não subsistem às imposições da sociedade moderna – Athos Gusmão Carneiro Marcelo Barbi e Fredie Didier).

A conclusão esperada, após a análise detida dos fundamentos a seguir expostos, é a de que a relevância de conceituar jurisdição modificou-se ao longo do tempo já tendo perpassado da afirmação do monopólio da produção e aplicação do Direito pelo Estado¹⁴⁵ para a observância de quais as instituições aptas a defesa e confirmação de um Estado de Direito eficiente para a (e na) garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

3.2. O classicismo

3.2.1. *Chiovenda e as Teorias Finalísticas-Objetivas*

Os juristas cujas teorias podem ser consideradas deste conjunto são aqueles que entendem a jurisdição como a atuação do ordenamento jurídico. Afirmando mais incisivamente a relação direta entre processo, autoridade do ordenamento jurídico e soberania do Estado¹⁴⁶. Nos termos de Mortara, o Estado defende com a jurisdição a sua atividade de legislador¹⁴⁷. As teorias finalística-objetivas teorizam a função jurisdicional a partir do Estado e edificam a teoria processual prescindindo da consideração dos escopos dos indivíduos¹⁴⁸.

Marcelo Barbi afirma que Ludovico Mortara é precursor da natureza pública do processo e da tutela objetiva do direito como fim da jurisdição¹⁴⁹. De acordo com Barbi, Mortara teria se inclinado a favor da teoria finalística-objetiva, pois entendia que a proteção aos direitos subjetivos não seria um escopo imediato da jurisdição. O inclinamento a defesa

¹⁴⁵ “A ideia de direito, no Estado moderno, suscita, desde logo, a ideia de jurisdição. O pensamento do jurista contemporâneo tende, irresistivelmente, a equiparar o direito à norma jurídica editada pelo Estado cuja inobservância dá lugar a uma sanção. Na verdade, o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio na produção e aplicação do direito”. DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 60.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 77.

¹⁴⁷ MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. Vol. 1. 4ª ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1906. P. 20. **Apud:** GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 42

¹⁴⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 44.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P.44

do direito objetivo dá-se porque o Estado busca a integridade do ordenamento jurídico, de forma que, apenas mediatamente, os direitos subjetivos, correlatos ao direito objetivo discutido no processo, seriam resguardados¹⁵⁰.

A distinção entre o ato jurisdicional e o ato administrativo, dentro desta teoria, ademais, é bastante frágil. Não é o bastante afirmar que a jurisdição tem como escopo a satisfação de uma pretensão; que o Estado assegura a observância das normas jurídicas postas, aplicando-as ao caso concreto da vida social; que o juiz opera com a lei; e que a jurisdição busca o cumprimento das normas jurídicas. Por outro lado, também não é suficiente, afirmar que a Administração busca a satisfação de interesses gerais e tem a lei como limite de sua atuação; que o móvel da Administração é a tutela do interesse público e a lei ministra apenas a disciplina do comportamento do agente administrativo, regulando o quando e o como de sua atividade; que a Administração dá concreta e específica atuação aos fins da sociedade; que a Administração deve agir em conformidade com a lei e tem por objetivo a promoção do bem comum¹⁵¹.

Alguns argumentos somam-se para desmoronar a distinção apresentada acima. A distinção entre texto e norma torna evidente que pensar em um direito objetivo previamente concebido a partir do qual a jurisdição irá tão somente declarar os seus termos é um equívoco sensorial¹⁵². Ademais, diante da inexistência de conteúdos previamente afirmados em sua integralidade, também a própria discricionariedade administrativa padece, já que o administrador passa a ser responsável pelos significados normativos extraídos do texto e, portanto, precisa guiar as suas ações pela juridicidade.

Por fim, a afirmativa aparentemente mais inocente dentre os delineamentos dos atos da Administração Pública é totalmente vazia de significado. Não há um bem comum a ser perseguido pelo administrador. O que há, isto sim, são finalidades delimitadas normativamente as quais o administrador é obrigado a buscar para estar em conformidade com o ordenamento jurídico (em um Estado de Direito inexistente bem comum fora da legalidade¹⁵³).

Por todo o exposto, as teorias finalísticas-objetivas, sobretudo na representação de Ludovico Mortara, são insuficientes para distinguir os atos jurisdicionais dos demais atos, em especial dos atos administrativos.

¹⁵⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P.46

¹⁵¹ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Págs. 62-63.

¹⁵² DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 64.

¹⁵³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 53

O maior expoente, no entanto, das teorias finalísticas-objetivas é Chiovenda¹⁵⁴. Chiovenda é sem maiores dúvidas inspirado no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, o que significa que as funções de legislador e do juiz são radicalmente separadas. Nestes termos, ao legislador é atribuída a criação do direito e ao juiz a aplicação¹⁵⁵. As bases do sistema chiovendiano são a ação e a relação processual¹⁵⁶.

A construção das relações dar-se-iam por intermédio da lei “(ou direito objetivo)”, a qual significaria “a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos”¹⁵⁷. O entendimento de Chiovenda a respeito das construções jurídicas, por conseguinte, perpassa pela premissa de que qualquer relação jurídica anteriormente é também a manifestação de vontade expressa de modo geral e abstrato na lei ou de modo específico e concreto nos atos da vida.

A função do processo pode ser entendida, assim, como a de quem busca a execução forçada da vontade da lei. Em outros termos, “quando, pois, a vontade concreta da lei deveria efetuar-se, em primeiro lugar, mediante o preenchimento da obrigação, se esta falha, substituir-se-lhe-á a realização mediante o processo”¹⁵⁸. O processo, neste entender, é constituído por um conjunto de relações jurídicas. Nos termos do mestre italiano:

O próprio processo, do mesmo passo que tem por objeto a relação jurídica entre as partes deduzida em juízo pelo autor (relação jurídica substancial), constitui por sua vez, (...), uma relação jurídica de direito público entre as partes e o órgão jurisdicional (relação jurídica processual)¹⁵⁹.

A ideia confabulada por Chiovenda para a jurisdição, neste sentir, perpassa o conceito de processo, ação e relação jurídica. No entender do citado jurista, a jurisdição é a função do Estado cujo objetivo é garantir a implementação prática da vontade expressa nas leis, ocorrendo por meio da substituição da ação de particulares ou outros órgãos públicos através da atuação dos órgãos judiciais. Essa atuação pode tanto afirmar a existência da vontade da lei quanto torna-la efetivamente aplicada na prática¹⁶⁰.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P.53

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** – Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 41.

¹⁵⁶ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 55

¹⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: os conceitos fundamentais e a doutrina das ações. Vol. I. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1942. P. 25

¹⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: os conceitos fundamentais e a doutrina das ações. Vol. I. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1942. P. 27

¹⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: os conceitos fundamentais e a doutrina das ações. Vol. I. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1942. P. 30

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II. P. 11.

A jurisdição compreendida como função do Estado, é manifestação de sua soberania. Em outros termos, ora se o Estado é uno e dividido em três funções, a função de julgar é a própria função jurisdicional¹⁶¹. Como função da soberania, a jurisdição tem a mesma extensão dela¹⁶².

Athos Gusmão Carneiro vai afirmar que, para Chiovenda, a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade alheia pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e colocando-a, posteriormente, em prática¹⁶³. Em suma, a jurisdição para Chiovenda, conforme resta notório, estava diretamente associada ao exercício do direito de ação, por meio do órgão judicial estatal, para a consecução da vontade da lei. A jurisdição é o primeiro pressuposto processual, ou seja, a primeira condição para poder examinar-se no mérito a demanda judicial é que se haja endereçado a um órgão do Estado revestido de jurisdição¹⁶⁴.

O conceito apresentado por Chiovenda faz chamar a atenção para três elementos: 1. Estado; 2. Declaração de vontade da lei¹⁶⁵; e, 3. Substituição da atividade das partes¹⁶⁶. Considerando a temática deste escrito, importa chamar a atenção para o terceiro elemento, qual seja, a substituição da vontade das partes. É que, de acordo com Chiovenda, os demais critérios (garantias superiores da função, natureza pública ou privada do interesse, diversidade do procedimento lógico que precede o ato, aplicação de sanções, ato administrativo se empresta ao momento da vontade¹⁶⁷) não seriam suficientes para a distinção entre uma hipotética função jurisdicional exercida pela Administração Pública e a exercida pelo Judiciário. Assim, considerada sobretudo a possibilidade de que um órgão pertencente

¹⁶¹ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003. P. 17

¹⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II. P. 56

¹⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Derecho procesal civil*. Cardenas. 1989, v. 1, t. 1. P. 369. **Apud**: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 5

¹⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II. P. 11

¹⁶⁵ “A teoria atribuída a Chiovenda é a de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil – Teoria do Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 27.

¹⁶⁶ “Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação as partes”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil – Teoria do Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 41.

¹⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II. Págs. 20-21

organicamente à Administração tenha função jurisdicional, antolha-se mais necessária a procura de um critério diverso do orgânico para distinguir a jurisdição da administração, a sentença do ato administrativo, a ação do recurso hierárquico¹⁶⁸.

É certo que no processo judicial a substituição da vontade das partes é perceptível tanto no processo de conhecimento, quanto no de execução. No processo de conhecimento, o Estado-juiz vai substituir a atividade intelectual das partes e de todos os cidadãos para afirmar a existência ou não da vontade concreta da lei dirigida às partes. No processo de execução, ocorre a substituição do ato devido pela atividade material dos órgãos do Estado¹⁶⁹.

Chiovenda defende que a Administração Pública, assim como o Poder Judiciário, também exerce julgamentos, mas o faz em relação às suas próprias ações, em conformidade com a vontade da lei que lhe é aplicável. Por essa razão, enquanto a jurisdição é uma atividade de substituição e de natureza secundária, a administração é uma atividade original e de caráter primário¹⁷⁰.

O ensinamento do mestre italiano, no entanto, consideradas as circunstanciais modificações ocorridas no direito administrativo das últimas décadas, não merece mais prosperar. Não é em todas as oportunidades que a Administração Pública julga que esta o faz em conformidade com uma vontade de lei que lhe é dirigida, pelo menos não diretamente. É possível pensar, por exemplo, nas agências reguladoras, que, conquanto tenham objetivos legais a serem perseguidos, tem “a vontade da lei” que lhe institui sendo dirigida em direção a agentes de um determinado nicho econômico/social.

De igual modo, descobrir a vontade da lei e a quem esta é dirigida não parece tarefa hábil a juristas (os quais não devem se aventurar a ter os ‘dons da astrologia’), a virtude máxima a distinguir entre o administrador público e o juiz é o grau de imparcialidade/imparcialidade do qual é dotado frente a alguma determinada decisão. Neste sentir, a análise precisa ser realizada em concreto e a presunção estabelecida com fundamento em vontades de lei não parece colaborar efetivamente.

¹⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II. P. 19

¹⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II. Págs. 21-22

¹⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II. Págs. 22-23

3.2.2. Carnelutti e as Teorias Finalísticas-Subjetivas

O elemento comum dos doutrinadores que estão inseridos nestas teorias é a rejeição ao estatismo¹⁷¹. Para Carnelutti – signo máximo destas teorias –, o escopo do processo é a justa composição da lide, a qual consiste no conflito intersubjetivo de interesses qualificados por uma pretensão resistida¹⁷². Há de se ressaltar, primariamente, que o jurista italiano preocupou-se não tanto em definir o que é a atividade jurisdicional, mas de estabelecer qual é a função jurisdicional¹⁷³.

Note-se que, no entender do citado processualista, a lide existe antes do processo como sua razão de ser e, depois de ajuizada a ação, como o seu objeto¹⁷⁴. O processo serve para a lide, como a enfermidade serve para a cura¹⁷⁵.

Quando não houver conflito de interesses (elemento material da lide) ou quando houver conflito sem pretensão ou resistência (elementos formais da lide), não se pode falar em jurisdição. Assim, em hipótese na qual advier processo sem lide (v.g., jurisdição voluntária), então o juiz exercerá uma função administrativa¹⁷⁶.

Todo o acima exposto decorre de que, no entendimento de Carnelutti, a jurisdição é criada e organizada pelo Estado precisamente com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesse das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza privada, mas igualmente as relações conflituosas no campo do direito público¹⁷⁷. Não é sem razão que se afirma que, na teoria de Carnelutti, o juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionada com a tese de ‘justa composição da lide’¹⁷⁸.

Na teoria do jurista italiano, à jurisdição é atribuída a função de justa composição da lide, a qual pode ser compreendida como o conflito de interesses qualificados pela pretensão

¹⁷¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 77.

¹⁷² GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 80.

¹⁷³ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: compreensão crítica**. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003. P. 28.

¹⁷⁴ “(...) nel linguaggio giuridico noi chiamiamo processo per autonomia quella sequela di atti, i quali si compiono per la composizione della lite” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Vol I. Padova: Cedam, 1936. P. 44)

¹⁷⁵ “Si el proceso sirve para la composición de la litis, opera sobre ella, que constituye su objeto o su materia, como la enfermedad representa el objeto de la curación” CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. P. 24.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 80.

¹⁷⁷ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 67.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil – Teoria do Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 27.

de um e pela resistência do outro interessado¹⁷⁹. A lide excluía originariamente do conceito de jurisdição a atividade executiva exercida pelo Estado-juiz, no entanto, o citado doutrinador acabou por ampliar a sua teoria para distinguir a lide decorrente da composição de um conflito de interesses representada por uma pretensão contestada daquela originada em uma pretensão insatisfeita¹⁸⁰.

Ovídio Baptista e Fábio Gomes já alertaram que o vício da doutrina Carnellutiana consistia em procurar definir o ato jurisdicional indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve; não o seu ser, mas a sua função, ou a sua finalidade¹⁸¹.

3.3. A quebra de paradigmas

3.3.1. *A perspectiva de Cintra, Grinover & Dinamarco*

A teoria brasileira sobre a definição da natureza da jurisdição mais notória é, sendo despidiendos maiores questionamentos, a dos professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra¹⁸². De acordo com os citados autores, jurisdição é o nome dado a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos¹⁸³. A partir desta compreensão a jurisdição significou a modificação do sentido de resolução de disputas sociais: outrora, as partes faziam ‘justiça pelas próprias mãos’; a partir da jurisdição, as partes necessitaram requerer um fazer agir para que o Estado tomasse as providências cabíveis¹⁸⁴. Esta análise demonstra que a compreensão empreendida pelos citados autores para a jurisdição foi a do processo histórico em que o Estado tomou para si o monopólio do uso legítimo da força.

O meio de manifestação da jurisdição no mundo real é o processo. O uso da força tornou-se legítimo através da instituição do Estado de Direito, o que no direito brasileiro, foi qualificado pelos preceitos do Estado Democrático. Desta forma, o uso da força é legítimo quando é manuseado por meio da procedimentalização. Especificamente no caso da

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** – Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015. P. 42.

¹⁸⁰ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 68.

¹⁸¹ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 68.

¹⁸² GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 32.

¹⁸³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 29.

¹⁸⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 29.

jurisdição, por meio do processo. O processo, portanto, é o “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução”¹⁸⁵.

Outro conceito de jurisdição, apresentado pelos autores referenciados, é o de que se trata de uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça¹⁸⁶. De acordo com a concepção de Cintra, Grinover & Dinamarco, a natureza da jurisdição manifesta-se através de três fatores: Poder, Função e Atividade. Cada um destes fatores possui uma explicação específica.

(1) Poder, pois consubstancia manifestação da soberania do Estado¹⁸⁷. A jurisdição é “manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”¹⁸⁸.

(2) Função, já que expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos¹⁸⁹. A pacificação dos conflitos dar-se-á, tão somente, através da realização do direito justo e, por meio, do processo¹⁹⁰.

(3) Atividade, visto que é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete¹⁹¹.

Além dos fatores que compõe a natureza da jurisdição os professores paulistas buscam distinguir a compreensão das atividades jurisdicionais das demais atividades do Estado (legislação, administração) por meio dos escopos de sua existência. De acordo com a teoria elaborada pelos citados professores, são três os escopos da jurisdição: sociais, políticos e jurídico. O escopo máximo da jurisdição, no entanto, é a pacificação social.

De todo modo, é válido compreender o que sejam os elucubrados escopos:

¹⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 29.

¹⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 149.

¹⁸⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 32

¹⁸⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 149.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 32

¹⁹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 149.

¹⁹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 149.

- a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social);
- b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos);
- c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)¹⁹².

A concepção dos citados autores originariamente era de que existia a jurisdição manifesta por meio do Poder Judiciário; e, os demais meios alternativos de pacificação social, meios não jurisdicionais de resolução de conflitos¹⁹³¹⁹⁴. Uma das razões para tal compreensão era o apego à coisa julgada. “Característica dos atos jurisdicionais é que só eles são suscetíveis de se tornar imutáveis, não podendo ser revistos ou modificados”¹⁹⁵, ou, ainda, “a última palavra cabe ao Poder Judiciário”¹⁹⁶.

A distinção apresentada pelos professores da escola paulista de processo entre jurisdição e atividade administrativa consistia:

Mas a diferença entre as duas atividades está em que: a) embora cumpra a lei, tendo-a como limite de sua atividade, o administrador não tem o escopo de atuá-la (o escopo é, diretamente, a realização do bem comum); b) quando a Administração Pública pratica ato que lhe compete, é o próprio Estado que realiza uma atividade relativa a uma relação jurídica de que é parte, faltando portanto o caráter substitutivo; c) os atos administrativos não são definitivos, podendo ser revistos jurisdicionalmente em muitos casos¹⁹⁷.

A distinção apresentada por Cintra, Grinover & Dinamarco entre atividade administrativa e atividade jurisdicional é problemática em diversos aspectos e não coaduna com a defendida nesta pesquisa. Acreditar que o administrador público busca a consecução do

¹⁹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 30.

¹⁹³ “Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 31.

¹⁹⁴ De todo modo, ao analisar as espécies de jurisdição, os autores classificam a jurisdição entre de direito ou por equidade. Exemplificam a jurisdição por equidade através dos processos arbitrais. De modo que não é possível afirmar com inteira certeza que não considerassem a arbitragem como jurisdicional desde o início. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 166.

¹⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 154.

¹⁹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 154.

¹⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 155.

bem comum pode significar ou uma inocência pueril ou uma perigosa abertura para os desmandos arbitrários da Administração (ou, ainda, talvez as duas coisas). Como a leitura do ordenamento jurídico adotada nestes escritos é a de um Estado Constitucional, em que todos estão sujeitos às regras e objetivam alcançar a concreção dos princípios do ordenamento jurídico, então, entende-se como adequada a substituição de entendimento de que o administrador público busca o ‘bem comum’, para o de que ele busca a ‘juridicidade’ de seus atos. Neste sentido, portanto, a busca do administrador público não é distinta da do julgador no exercício da jurisdição, já que, repise-se, em um Estado Constitucional, ambos buscam a juridicidade de seus atos. O que ganha ainda maior relevo quando o administrador público está a praticar atos judicantes nos tribunais administrativos.

Por razão semelhante outra objeção pode ser apresentada. O administrador público nem sempre pratica atos em que o Estado é parte do imbróglio, basta observar os julgamentos realizados no âmbito das agências reguladoras, nos quais as partes diretamente envolvidas sem maiores dúvidas são, pela regra da experiência, o concessionário do serviço público e o consumidor.

Por fim, a definitividade como critério diferenciador para a delimitação da jurisdição também não parece ser um critério adequado, existem diversos níveis de preclusão, sendo a coisa julgada apenas o nível que impõe o maior grau de imutabilidade¹⁹⁸. Confundir o regime jurisdicional com o regime da coisa julgada seria o mesmo que pôr fim a utilidade do conceito jurisdição. Aliás, esse grau de estabilidade do julgamento administrativo é reconhecido inclusive pelos próprios autores em análise, veja-se o que afirmam: “às vezes é o Estado-administração o único a decidir a respeito de eventuais conflitos, sem intervenção do Judiciário. É o que se dá nos casos de impossibilidade da censura judicial dos atos administrativos, do ponto-de-vista da oportunidade ou conveniência”¹⁹⁹. De modo que a compreensão sobre a impossibilidade de que a administração pública possa exercer a função jurisdicional não é coerente com as formas como as estabilidades estão construídas no ordenamento brasileiro.

¹⁹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: Introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Págs. 61-130.

¹⁹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. P. 169.

3.3.2. Desdobramentos da modificação de pensamento da Ada Pellegrini

No ano de 2016, para expor modificações em seu pensamento, a professora Ada Pellegrini publica a obra “Ensaio sobre a processualidade”²⁰⁰. O centro da teoria de Grinover passou a ser a garantia do acesso à justiça, de modo que seriam jurisdicionais todos os meios de resolução de conflitos que estivessem relacionado a consecução deste fim. Neste sentir, a citada professora diferencia tutela processual de tutela jurisdicional. A processualidade é, desta maneira, um meio de controle do poder. De modo que seriam tutelas jurisdicionais as obtidas por meio da conciliação e da mediação, porém, seriam, tão somente, tutelas processuais, as obtidas por meio do processo administrativo²⁰¹.

Diante de todo o exposto, o conceito de jurisdição necessitou ser reconstruído. Outrora definida como poder, função e atividade, a jurisdição deixou de representar poder para incluir a jurisdição conciliativa²⁰². Jurisdição, deste modo, passou a ser “garantia do acesso à justiça respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos (conforme elementos do ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal”²⁰³. De modo mais elaborado, “a jurisdição é conceituada como garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social”²⁰⁴. Firme que “jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça”²⁰⁵.

O conceito de jurisdição apresentado pela professora Grinover revoluciona em relação aos conceitos clássicos, na medida em que afasta algumas características anteriormente tidas como inerentes à jurisdição, tais como (1) a lide, (2) a substitutividade, (3) a definitividade e (4) a inércia. (1) Não é possível afirmar a existência de lide na jurisdição conciliativa e, para

²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

²⁰¹ “o processo administrativo em contraditório – embora não jurisdicional – tem natureza processual e também é instrumental à solução de conflitos, mas não tem a ver com o acesso à justiça. Nele há processo, mas não há jurisdição”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 3-4

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 4

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 4.

²⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 7.

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 20

Grinover²⁰⁶, também não o é para o processo penal e o processo civil necessários. (2) Não é possível afirmar a existência de substitutividade na jurisdição conciliativa e, para Grinover²⁰⁷, é uma ficção crer que o juiz se substitui à vontade das partes que não lograram êxito na autocomposição, além de que a vontade das partes é completamente irrelevante em todos os casos de processos necessários, penais e não penais.

(3) Não é possível afirmar a existência de definitividade na jurisdição conciliativa e, para Grinover²⁰⁸, sequer é possível demarcar essa característica como inerente à jurisdição. Isto porque “a preclusão administrativa também leva a um grau de imunidade comparável ao da coisa julgada”. Aliás, a própria coisa julgada, que anteriormente já foi um verdadeiro dogma, atualmente apenas faz sentido quando pensada para um cognição profunda e exauriente, uma vez que existem estabilidades que revestem outros pronunciamentos judiciais que não fazem coisa julgada (“como em diversos procedimentos sumários, na monitória, na estabilização da tutela antecipada, na decisão sobre legitimidade, etc.”²⁰⁹).

(4) A professora paulista, aliás, afirma que sequer a inércia é uma característica inerente à jurisdição, já que dependeria exclusivamente do sistema processual adotado, existindo hipóteses em que mesmo no direito brasileiro a jurisdição estatal se automovimenta²¹⁰. Grinover, além do já exposto, contesta inclusive as velhas polêmicas em torno da teoria unitária e da teoria dualista do processo, com a explicação de que existem processos que simplesmente aplicam o direito material e outros que criam o direito. Exemplo dos que criam o direito seriam o precedente vinculante e os que envolvem matéria de políticas públicas²¹¹.

No âmbito administrativo, escopo de análise desta pesquisa, a professora Grinover reconhece também a incidência das garantias constitucionais do processo²¹². A existência da jurisdição administrativa é rechaçada por Grinover apenas sob a escusa de que não há

²⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 4.

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 4.

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. Págs. 4-5

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 19

²¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 5.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. Págs. 5-6.

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. Págs. 21-22.

qualquer ligação com o acesso à justiça²¹³. Entendimento com o qual não se coaduna, tendo em vista que o processo administrativo pode ser meio apto a resolver conflitos sociais, especialmente quando pensado nas hipóteses judicantes em que não há interesse direto do Estado (caso das agências reguladoras, por exemplo).

O processo administrativo deverá atender ao devido processo legal, tanto quando haja litigantes, quanto quando o foco for o processo disciplinar²¹⁴. Decorrências da necessária atenção ao devido processo legal são exemplificadas por Grinover ao afirmar serem também necessárias a atenção ao princípio da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança, da confiança legítima²¹⁵. De tudo o quanto afirmado é possível concluir que a doutrina da professora Grinover fornece os fundamentos necessários para a percepção de que há no Brasil uma jurisdição administrativa. A diferença fundamental apresentada pela professora é a de que não seria o caminho administrativo um meio para o acesso à justiça, diferença da qual discorda-se frontalmente.

O acesso à justiça não deve ser confundido com o acesso ao Judiciário. Ainda que, mesmo nesta hipótese, em algumas situações, conforme já demonstrado anteriormente e reconhecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o acesso ao Judiciário depende de prévia provocação à Administração. O acesso à justiça deve ser compreendido no âmbito da jurisdição como o acesso a meios de resolução de conflitos que reduzam as expectativas sociais sobre as incidências normativas. Com a adoção deste entendimento não parece haver dúvidas de que as decisões dos tribunais administrativos, em especial das agências administrativas independentes, reduzem a expectativa normativa social em razão de, por exemplo, gerir com maior tecnicidade os fatos conflitivos.

3.3.3. *A perspectiva de Dinamarco, Badaró & Lopes*

Dinamarco, Badaró & Lopes deram continuidade a edição da tradicional obra de teoria geral do processo originariamente criada por Cintra, Grinover & Dinamarco²¹⁶. O centro unificador da doutrina de Dinamarco, Badaró & Lopes, qual seja, o processo, passou a ser entendido como um meio de controle do poder. “A referência ao poder como centro de

²¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. Págs. 3-4.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 22.

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. P. 25

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

emanação de decisões imperativas é o elemento de convergência responsável pela imposição das garantias constitucionais do processo”²¹⁷, pela relevância citam-se o devido processo legal, o contraditório, o juiz natural, o dever de imparcialidade e impessoalidade, o contraditório e a isonomia.

A condução do processo passou a ser analisada por meio de uma leitura constitucional do ordenamento jurídico. Por seu turno, foram mantidos os escopos processuais (social, político, jurídico e o magno, que é a pacificação com justiça). A leitura do direito processual, por sua vez, passou a ser realizada de maneira holística, de modo que, não importava se o processo desenvolvia-se em meio jurisdicional ou não-jurisdicional de resolução de conflito, mas tinha a necessidade de atender a leitura constitucional do ordenamento jurídico e todo ele tinha a obrigação de atender aos escopos supracitados²¹⁸.

Aliás, a construção da doutrina processual, por meio dos institutos que regem o processo é fundamental para o diálogo entre o Judiciário e a Administração Pública. Admoestam os autores que é possível sustentar a processualidade do direito administrativo, além da inclusão do processo administrativo no âmbito da teoria geral do processo e a subsequente submissão de seu procedimento aos princípios, garantias e técnicas inerentes ao direito processual constitucional²¹⁹. As garantias do devido processo legal, que nasceram na Magna Carta de 1215, espalharam-se por todo o direito tendo, no âmbito do direito administrativo, ganho relevo graças à processualização deste ramo jurídico. Os escopos de garantia, de legitimação e controle do poder, de correto desempenho da função, de justiça e de democratização estão presentes também no processo administrativo, porquanto também através dele regula-se o poder estatal²²⁰.

O caminhar da processualização da administração pública, portanto, independe do caráter jurisdicional de sua atividade judicante, em todas as hipóteses deverão ser respeitados os direitos inerentes a tal caminho (assim o é com o contraditório, com a ampla defesa, com a proibição da prova ilícita entre outros). Para além disso, entretanto, caso esteja-se diante de processo administrativo jurisdicional, então o respeito às exigências processuais torna-se ainda mais relevante. A complexidade técnica destes julgamentos exige mais (e não menos) da observância as garantias constitucionais para as partes.

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 28.

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. Págs. 28-29.

²¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 68.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. Págs. 135-136.

No tocante aos meios adequados de resolução de conflitos, os autores em análise coadunam com o entendimento que afirmam ser majoritário na doutrina no sentido de reconhecer o caráter jurisdicional da arbitragem. Assim, pontuam que

De início houve forte resistência ao reconhecimento da natureza jurisdicional das atividades do árbitro, mas hoje em dia essa natureza é reconhecida de modo quase unânime pela doutrina. A única diferença entre a jurisdição arbitral e a estatal consiste na circunstância de que o processo arbitral é conduzido por um cidadão privado ou por um colegiado de cidadãos privados investidos de jurisdição pela vontade das partes, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais – mas muita acima disso paira o escopo de pacificar sujeitos mediante a solução de seus conflitos, que é inerente a todo exercício da jurisdição (quer estatal, quer arbitral) bem como a incidência da autoridade da coisa julgada sobre as decisões arbitrais de mérito. Diferentemente do conciliador e do mediador, que não passam de agentes facilitadores, os árbitros têm o poder de decidir e exercem efetivamente esse poder, decidindo a causa²²¹.

Entretanto, em firme posicionamento contrário à jurisdição conciliativa rechaçam qualquer possibilidade de que a conciliação e a mediação sejam consideradas jurisdicionais. Afirmam que “na realidade os conciliadores nada decidem e nada impõem às partes”. Embora coadunem com a percepção de que os métodos autocompositivos de resolução de conflito também sirvam a pacificação social, afirmam que isto não é suficiente para o reconhecimento do caráter jurisdicional, neste sentido:

Não se desconhece que, tanto quanto as do juiz, as atividades desses facilitadores visam a abrir caminho para a pacificação, mas isso não é suficiente para caracterizá-las como atividades jurisdicionais exatamente porque, como dito, elas nada decidem. Atividades como essa eram, no passado e em comunidades menores, desempenhadas por pessoas dignas de confiança na sociedade, como o vigário, o farmacêutico, o barbeiro e até mesmo os delegados de polícia – sem que ninguém haja ocorrido a ideia de considerá-los como exercentes da jurisdição. Também os promotores de justiça exerciam funções como essa, mas não estavam a exercer jurisdição²²².

Com as devidas considerações, entretanto, a jurisdição permaneceu sendo conceituada, por exemplo, como a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos²²³ ou, ainda, uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões²²⁴. A divisão entre jurisdição estatal (Poder Judiciário) e jurisdição privada (arbitragem), conforme visto, pontuou como única diferença entre si o exercente do poder, de modo que, adotados os conceitos acima descritos, também o árbitro estaria, na medida em que julga um caso,

²²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 55.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 37.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 46.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 47.

exercendo o poder estatal que impõe a garantia a uma estabilidade sobre o direito a ser aplicado a um caso em específico.

O poder para a formação da coisa julgada seria delegado do Estado ao árbitro por meio do reconhecimento legal a autoridade da sentença arbitral? Ou seria mera decorrência da autonomia da vontade das partes na formação da cláusula compromissória? Os autores não adentram a esta questão e a resposta, portanto, não parece muito clara. De outro lado, é nítido que a distinção entre jurisdição do Poder Judiciário e jurisdição arbitral não é suficiente para compreender completamente o fenômeno jurídico envolto na pacificação social, exigido pelo Estado Constitucional e demarcado pela institucionalidade e especialização das entidades envolvidas na questão.

3.4. O flerte com a jurisdição administrativa

3.4.1. *A perspectiva de Athos Gusmão Carneiro*

De acordo com o entendimento do professor gaúcho, há uma correlação essencial entre ação e jurisdição, isto ocorre, porque “ao direito subjetivo de ‘ação’, pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da ‘jurisdição’”²²⁵. Desta percepção já é possível observar duas características essenciais da jurisdição para o citado professor, ela é uma atividade e é estatal.

A jurisdição, enquanto atividade estatal para a consecução da justiça, deve atender ao devido processo legal. A percepção de que a jurisdição é atividade estatal também permitiu ao elencado doutrinador observá-la como uma decorrência da soberania estatal, assim o sendo em conjunto com a administração e a legislação.

A lição acima depreendida também o é expressamente demarcada no texto de Carneiro, o qual citando Seabra Fagundes, vai afirmar:

o Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição... O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante²²⁶.

²²⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 3

²²⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 2. Ed. Konfino, 1950. Págs. 13-15. *Apud*: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 3

A soberania, nos Estados nacionais modernos, é expressão do poder do povo e, portanto, é exercida em nome deste²²⁷. Diante do todo o exposto, um dos conceitos apresentados pelo professor Athos para jurisdição é o de tratar-se de atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto²²⁸. Ao adotar a concepção de lide como inerente a atuação jurisdicional, o eminente jurista findou por excluir os atos praticados no exercício da jurisdição voluntária. Afirmar Athos, “creio jurisdicional todos os atos do juiz praticados em processo de jurisdição contenciosa, pois praticados com a finalidade de lograr, ao final, a eliminação da lide pela aplicação do direito em concreto”²²⁹. Em outros termos,

Quanto à exata natureza da jurisdição voluntária, afirmou-se que do entrechoque de opiniões ter-se-ia, ao final, chegado à conclusão de que não é uma coisa nem outra, i.e., não é jurisdição nem é voluntária, cuidando-se, ao invés, de atividade de índole administrativa, confiada aos órgãos do Poder Judiciário por razões de tradição ou de conveniência²³⁰.

A adoção da lide como inerente à jurisdição implicou na exclusão da jurisdição voluntária como ato jurisdicional, por seu turno, a adoção da eficácia vinculativa plena implicou na inclusão do conceito entre os que vislumbram a coisa julgada como única alternativa possível para a segurança jurídica. Nos termos do próprio Athos,

A atividade jurisdicional revela-se por decisão dotada de eficácia vinculativa plena, porquanto a sentença de mérito faz ‘coisa julgada’ entre as partes, i.e., a eficácia da sentença, ao conceder ou denegar à parte o bem da vida objeto do litígio, reveste-se do caráter de definitividade, vinculando as partes (e seus sucessores) para sempre²³¹.

Aliás, o dogma da coisa julgada serve também, nos escritos do citado professor, como critério de diferenciação entre os atos jurisdicionais e os atos administrativos. Assim, a existência de órgãos da justiça administrativa ou contenciosa administrativa não implica ofensa ao monopólio exercido pelo Poder Judiciário. Isto decorre de que as decisões proferidas pelos colegiados administrativos não transitam materialmente em julgado, já que a matéria permanece sendo passível de análise pelo Poder Judiciário²³².

Em que pese seja inegável que não há formação de coisa julgada diante das decisões administrativas, não parece ser este um critério suficiente para a distinção entre atos

²²⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 4

²²⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 6

²²⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 6

²³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 47

²³¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 6

²³² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 12

jurisdicionais e atos não-jurisdicionais. Existem outros tipos de preclusão, dos quais a coisa julgada é, tão somente, um exemplo.

O terceiro dogma presente na doutrina de Athos Gusmão quanto à jurisdição é o da imparcialidade. Segundo o citado doutrinador, “qualifica-se a jurisdicionalidade pela atuação de um terceiro imparcial, dotado de investidura para tal ofício e responsável pela condução dos atos tendentes à composição do conflito e pela definição da vontade do Estado, para tanto aplicando a lei incidente”²³³. Após expor os três dogmas que sustentam a conceituação de jurisdição (lide, coisa julgada e imparcialidade), o jurista gaúcho vai apresentar mais um conceito de jurisdição, de acordo com o qual, pode ser compreendida como o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente aos casos concretos²³⁴.

As características básicas do ato jurisdicional, diante de todo o exposto, podem ser sumariadas em²³⁵: ¹A atividade jurisdicional é uma ‘atividade provocada’, isto é, não há jurisdição sem ação (Nemo judez sine actore – ninguém é juiz sem autor; Ne procedat judex ex officio – não proceda o juiz de ofício); ²A jurisdição possui natureza substitutiva; ³A atividade jurisdicional é indeclinável, e somente pode ser exercida, caso a caso, pelo juiz natural; ⁴A autoridade de coisa julgada material é atributo específico da jurisdição. Importa, ainda, observar em que pesem os conceitos apresentados e as características anteriormente descritas que o professor Athos Gusmão concebeu como jurisdicionais atos realizados pelo Senado no processo de impeachment ou, o que é ainda mais relevante para o presente trabalho, os atos de julgamento realizados pelo Tribunal de Contas²³⁶. Foca-se nos atos do Tribunal de Contas, eles: não são dotados de lide; possuem idêntico grau de imparcialidade dos atos praticados pelos demais tribunais administrativos; não fazem coisa julgada²³⁷.

²³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 7

²³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 7

²³⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Págs. 10-22

²³⁶ Athos ainda vai afirmar que, embora não jurisdicionais, os atos de julgamento proferidos pelo Tribunal Marítimo também são dotados de um plus, tendo em vista que suas decisões relativas a responsabilidades técnicas por acidentes de navegação, constituem em juízo apenas elemento de prova, com presunção de certeza. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 22

²³⁷ Não é sem razão que Fredie Didier vai buscar maior coerência analítica e afirmar que o Tribunal de Contas não exerce função jurisdicional e que há erro de técnica legislativa quando a Constituição Federal, ao referir-se ao Tribunal de Contas afirma que ele tem “jurisdição em todo o território nacional” (art. 73, da CF/88). DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 167

A definição de que os atos de julgamento praticados pelos Tribunais de Contas são jurisdicionais espalheira a obviedade, qual seja, a de que a concepção do que seja jurisdição é porosa, não definitiva e depende do grau de relevância dado momentaneamente a determinadas decisões administrativas²³⁸. O caráter assistemático desta definição fortalece a tese de que o conceito de jurisdição (em especial, a administrativa) carece de estudos mais cuidadosos para sistematizar as características e definir as consequências.

3.4.2. *A perspectiva de Fredie Didier*

A concepção do que seja jurisdição para o professor baiano inicia-se por meio do conceito que ele propõe, qual seja:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)²³⁹.

Das características apresentadas pelo jurista baiano, já é notório pontuar que não se concebe, tal qual compreendiam as teorias clássicas, que a jurisdição centre-se tão somente na revelação do sentido das normas jurídicas. O julgador (re)constrói sentidos. Isto ocorre porque a formulação do Estado para o qual a jurisdição é proposta, neste tempo, é diversa da que estava presente em tempos antigos, entre outros motivos, por:

- i) a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judicante) e executivas;
- ii) a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição,

²³⁸ As características distintivas dos atos jurisdicionais para os atos administrativos, segundo a doutrina de Athos Gusmão, demonstram, ademais, a ver em espécie, que não há uma relação necessária entre suas práticas e o Poder que o executa. Assim, os atos jurisdicionais são: ¹A atividade jurisdicional depende de ‘iniciativa da parte interessada’, mediante o ajuizamento da ‘ação’ (ubi non est actio ibi non est jurisdiction); ²A ‘aplicação da lei’ a uma pretensão é o ‘objetivo’, em si mesmo, da atividade jurisdicional; é a razão de ser da jurisdição; ³A atividade jurisdicional pressupõe como causa um litígio, uma ‘lide’ (ainda que virtual), para cuja eliminação é aplicada a lei; ⁴A atividade jurisdicional reveste-se (segundo Chiovenda) normalmente do caráter de atividade de ‘substituição’; ⁵A jurisdição atua sempre ‘processualmente’, sob as regras da dualidade de partes e do contraditório, para apreciar conflitos ‘alheios’ (o juiz julga in re aliena); ⁶O ato jurisdicional de composição da lide (sentença de mérito) adquire a ‘autoridade de coisa julgada’, ou seja, seus efeitos tornam-se imutáveis. Por seu turno, os atos administrativos são: ¹A atividade administrativa pode dispensar requerimento do interessado, agindo, portanto, ‘de ofício’; ²A administração, conquanto deva agir em conformidade com a lei, aplicando a lei, tem por ‘objetivo’ a promoção do ‘bem comum’; ³A atividade administrativa visa satisfazer necessidades individuais e coletivas, não tendo por pressuposto a existência de uma lide entre partes; ⁴A atividade administrativa é ‘atividade primária’ ou originária; ⁵A administração geralmente age informalmente, embora deva com frequência organizar procedimentos, com ritos previstos em lei, para prover acerca de certos assuntos em que a própria administração é parte interessada (prover in re sua); ⁶As decisões administrativas podem apenas precluir no âmbito da administração (não admitem recurso administrativo), mas estão sujeitas, sem exceção, quanto à sua legalidade, ao reexame pelo Judiciário. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência:** exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Págs. 28-29.

²³⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 153

principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas; iii) o desenvolvimento da teoria jurídica dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa; v) a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente aos órgãos jurisdicionais a tarefa de completar a criação da norma jurídica do caso concreto; vi) a evolução do controle de constitucionalidade difuso, que, dentre outras consequências, produziu entre nós a possibilidade de enunciado vinculante de súmula do STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produzido pelo Poder Judiciário²⁴⁰.

Ciente do contexto para o qual é formulada a teoria jurisdicional de Didier, é possível destrinchar as razões, expostas pelo citado autor, para configurar alguma manifestação como jurisdicional. As sete características deste fenômeno serão, por conseguinte, a seguir delineadas.

(A) Ao considerar que a jurisdição é atividade exercida por terceiro imparcial, o professor baiano, na verdade, está afirmando que as técnicas de resolução de conflito marcadas pela autotutela ou pela autocomposição não são jurisdicionais. Assim, são jurisdicionais os métodos de resolução de conflito heterocompositivos, nos quais um terceiro, substituindo a vontade das partes, define qual a solução do problema em espécie²⁴¹.

A característica do julgador precisa ser a de terceiro (aspecto objetivo) e desinteressado (aspecto subjetivo). Neste sentido, pontua-se:

Propõe-se o termo imparcialidade para designar a condição de terceiro do órgão jurisdicional, o aspecto objetivo de ser um estranho àquilo que é discutido. Reserva-se imparcialidade para a referência a um aspecto subjetivo do juiz, que não deve ter qualquer tipo de interesse na causa²⁴².

O julgador precisará ser terceiro e desinteressado, porém não se deve esperar neutralidade dele. “Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc.”. Pressupor um juízo terceiro e desinteressado, portanto, não significa pressupor um juízo neutro.

Fredie Didier reconhece a condição de terceiro e de desinteressado aos julgadores das agências reguladoras. Assim, pontua que

Há os tribunais administrativos das agências reguladoras, que funcionam como terceiros imparciais, compostos por ‘juízes administrativos’ que se submetem a regras de impedimento e suspeição, criam normas jurídicas individualizadas, substituindo a vontade dos interessados, mas não podem ser designados de órgãos jurisdicionais, exatamente porque as suas decisões não têm aptidão para ficar imune pela coisa julgada material²⁴³.

²⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. Págs. 153-154

²⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 154

²⁴² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 155

²⁴³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. Págs. 155-156

A análise de Fredie é a de que as decisões das agências reguladoras, do ponto de vista formal, podem ser consideradas como jurisdicionais. Por seu turno, não podem ser assim analisadas, já que, do ponto de vista material, faltam-lhes a aptidão para a coisa julgada (as citadas decisões administrativas podem ser revistas pelo Poder Judiciário). Não parece haver acerto na conclusão do citado doutrinador. A definição de um ato como (não) jurisdicional, tão somente, em razão da ausência de formação da coisa julgada remonta aos tempos em que a busca processual era incessantemente pela formação da decisão considerada ‘imutável’.

(B) A imperatividade da jurisdição decorre de que ela é manifestação de um Poder. A percepção de poder do professor Fredie denota o seu exercício direto, através do Poder Judiciário; ou, o seu exercício indireto, através do reconhecimento de outras instâncias decisórias como a estabelecida em um Tribunal arbitral²⁴⁴.

(C) A distinção entre texto e norma torna fundamental o reconhecimento de que o julgador ao interpretar um determinado dispositivo legal, em verdade, está a (re)construir o seu sentido. “Ao decidir, o tribunal cria”²⁴⁵.

(D) “Todas as situações jurídicas ativas (direito em sentido amplo) merecem proteção jurisdicional”²⁴⁶. A jurisdição, conforme já afirmado, é um modo de exercício do poder. Exigência de um país democrático é que o exercício do poder seja realizado de modo procedimental, processualizado. Neste sentido, “o exercício da jurisdição pressupõe o processo prévio, em que se garantam o devido processo legal e seus corolários”²⁴⁷.

(E) O exercício do poder por meio da jurisdição diferencia-se do exercício do poder legislativo, porque atua sobre uma situação específica, um caso concreto²⁴⁸.

(F) “A jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição”²⁴⁹. A grande questão é delimitar qual a moldura do que pode ser compreendido como jurisdição. Vale ressaltar, existem os doutrinadores (caso de Marinoni, Arenhart & Mitidiero) que entendem que a arbitragem não é jurisdicional, porque em alguma medida é controlada pelo Poder Judiciário e, portanto, são alvo de controle externo. De outro lado, existem doutrinadores (é o caso do

²⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 156

²⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 157

²⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 162.

²⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 162.

²⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 162.

²⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 163.

professor Fredie Didier) que compreendem que a arbitragem é jurisdicional, já que os árbitros são juízes de fato e de direito²⁵⁰ e, sendo juízes, o controle exercido pelo Poder Judiciário é meramente controle da jurisdição sobre a jurisdição. Os argumentos a este respeito são circulares e serão mais adiante destrinchados.

(G) O conceito do professor Fredie Didier apegase excessivamente a formação da coisa julgada e a indiscutibilidade da decisão. Neste sentido, “a coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada”²⁵¹.

Analizados os critérios para a definição do que seja jurisdição no entendimento do professor Fredie, cumpre observar criticamente os critérios apresentados por este para incluir dentro do seu conceito a atividade arbitral. De início, cabe lembrar que na concepção do citado professor, as agências reguladoras não são jurisdicionais, pois, não tem aptidão para a coisa julgada material e são controláveis externamente²⁵², guardadas estas afirmações importa contextualizar no tocante a análise da jurisdicionalidade da arbitragem.

O procedimento arbitral apenas pode ser desconstituído (nos termos do art. 32, da Lei nº 9.307/96²⁵³) em hipótese que esteja consumada alguma nulidade, todavia, importa observar que a declaração de nulidade é dada pelo Poder Judiciário (art. 33, caput, da Lei nº 9.307/96²⁵⁴) – entidade distinta, por óbvio, do Tribunal Arbitral em que ocorreu o procedimento. De maneira que, ainda quando considerada como coisa julgada material a estabilidade prevista pela lei de arbitragem para a sentença proferida, restaria ausente o fator de que a entidade competente para averiguar a assertividade jurídica do procedimento seja a mesma que o desenvolveu.

A inexistência da questão é trazida a lume pelo próprio Didier quando tenta contraditar as críticas elaboradas por Daniel Mitidiero, cita-se:

²⁵⁰ “Art. 18, da Lei 9.307/96 – O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”. BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996.

²⁵¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 163.

²⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. P. 169

²⁵³ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e, VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”. BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996.

²⁵⁴ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”. BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996.

Daniel Mitidiero afirma que a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário (“outra estrutura que não aquela que lhe deu origem”). Assim, como uma das características da jurisdição é, como visto, exatamente a impossibilidade de revisão externa das suas decisões, a decisão arbitral não seria jurisdicional. O argumento só é válido se se partir da premissa de que o árbitro não é juiz e, pois, a decisão do juiz estatal pertence a “outra estrutura”; ou seja, para que a conclusão seja correta, ela mesma precisa ser a sua própria premissa. Quando a conclusão é igual à premissa (como o árbitro não é juiz, e a sua decisão pode ser controlada por um juiz, então ele não é juiz), há tautologia. Se se partir de outra premissa, a de que o árbitro exerce jurisdição, a possibilidade de controle da validade de suas decisões pelo juiz estatal seria uma questão de distribuição de competência funcional: um órgão decide, outro controla a validade da decisão, como já acontece com a competência recursal e a competência para processar e julgar ação rescisória de sentença, que são atribuídas a órgãos distintos daquele que proferiu a decisão que se busca desconstituir²⁵⁵.

A crítica apresentada por Daniel Mitidiero e a resposta do Didier não coadunam com o entendimento adotado por esta pesquisa para a compreensão da jurisdição. O exercício do poder jurisdicional não é mais correlato com a exclusividade de centro decisório, sequer com o reconhecimento de que este centro seja o Poder Judiciário²⁵⁶. De igual modo, a coisa julgada, embora permaneça sendo um elevadíssimo grau de estabilidade a ser respeitado processual e socialmente, não é a única estabilidade possível.

Com todo este contexto, o reconhecimento da jurisdição, por corolário, também não precisa centrar-se na insuscetibilidade de controle externo. Isto porque, embora apenas o Poder Judiciário possa formar a coisa julgada e fazer, tão somente, ele mesmo a rescisão desta estabilidade; outros centros decisórios, entre eles o arbitral, impõem restrições cognitivas ao Poder Judiciário na reanálise de suas decisões.

O Judiciário ao analisar a sentença arbitral, conforme já anteriormente afirmado, precisa atentar-se as hipóteses previstas no art. 32, da Lei nº 9.307/96 e isto é suficiente para a configuração de que o poder exercido para reduzir as expectativas sociais sobre uma determinada relação jurídica foi efetivo a exigir o respeito do Estado frente a autonomia das partes. De outro lado, a reflexão também serve para os Tribunais Marítimos, já que o conteúdo de sua decisão, quando versa sobre matérias técnicas referente aos acidentes e fatos de navegação, tem valor probatório e é presumivelmente certo. Entendimento semelhante também é cabível quanto as agências reguladoras, cuja institucionalidade e especialização são

²⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. Págs. 173-174

²⁵⁶ Neste sentido é salutar o argumento apresentado por Dinamarco, Badaró & Lopes: “Tudo que ficou dito demonstra a inaceitabilidade do critério orgânico, isoladamente, para distinguir a jurisdição: esta seria, segundo tal critério, a função cometida ao Poder Judiciário. Tal proposta, além de trazer em si o vício da petição de princípios (o Poder Judiciário é encarregado de exercer a função jurisdicional e a função jurisdicional é aquela que cabe ao Poder Judiciário), mostra-se duplamente falsa: há funções jurisdicionais exercidas por outros órgãos (art. 52, I, da CF/88); e há funções absolutamente não-jurisdicionais que os órgãos judiciários exercem (art. 96, CF/88)”. DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 263.

suficientes para que derive do princípio do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da CF/88) a obrigação de que o Poder Judiciário presuma como adequadas as análises decorrentes de conhecimentos técnicos exercidos no âmbito do processo administrativo.

Por todo o exposto, o argumento tautológico ‘dupla facie’ apresentado por Mitidiero e por Didier (arbitragem é jurisdicional porque o árbitro é juiz ou não é jurisdicional porque o árbitro não é juiz; ou ainda o tribunal arbitral seria uma espécie de especialização funcional do Poder Judiciário) não é uma análise que sirva efetivamente à definição do que seja jurisdição, sob pena de cairmos em infrutífero debate doutrinário. As características da jurisdição judicial e da jurisdição arbitral são decorrentes dos efeitos legais previstos para ambas e não se modificam caso o entendimento de qualquer dos dois relevantíssimos professores prevaleça. De mais a mais, a amplitude do debate decorrente da possibilidade de entendimento de que arbitragem é espécie jurisdicional constitui importante marco teórico e histórico, na virada de chave sobre qual seria o entendimento mais adequado para o que se denomina jurisdição.

3.4.3. *A perspectiva de Marcelo Barbi*

Segundo a concepção de Marcelo Barbi, as teorias sobre a jurisdição não atenderam a contento à definição do objeto. Desta forma, a compreensão subjetiva (instituições que prestam a tutela jurisdicional), objetiva (conjunto de poderes de determinados órgãos), territorial (âmbito geográfico em que se exerce uma atividade), ou, ainda, as que compreendem jurisdição como sinônimo de competência ou atividade (atos realizados pelo órgão estatal ao intervir no processo) são insuficientes para conter todo o fenômeno²⁵⁷. Afirmando com clarividência que a impressão diante de tantos e tão diversos conceitos é a de que existem tal variedade de definições de jurisdição quanto de estudiosos que se debruçaram sobre esse instituto²⁵⁸.

A complexidade da questão inicia-se pela ausência de utilidade da definição lexical. O sentido etimológico da expressão *ius dicere* é um *idola fori*, isto é, uma falácia lógica que resulta da imperfeita correspondência entre o que as palavras significam na linguagem humana e a verdadeira natureza do objeto que essas palavras buscam representar²⁵⁹. No entendimento do autor em análise, o conceito de jurisdição é do tipo lógico-jurídico e, portanto, seria indiferente às variações do direito positivo. Isto significaria afirmar que os

²⁵⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 361.

²⁵⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 361

²⁵⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 362

elementos essenciais do conceito de jurisdição independem de uma específica esfera espaço-temporal e apresenta uma pretensão de validade universal²⁶⁰.

O conceito proposto por Marcelo Barbi para jurisdição é o de uma função de tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo²⁶¹. Os elementos tratados no conceito são fundamentais na aplicabilidade da distinção entre o que seria ou não enquadrado como jurisdicional, assim, destacam-se as seguintes características: função; tutelar interesses; terceiro indiferente.

A jurisdição é função porque está associada a um método de exercício judicante, não estando umbilicalmente ligada ao Poder Judiciário. Enquanto a função jurisdicional tem existência milenar, a instituição do Judiciário como Poder é um episódio recente do constitucionalismo²⁶².

A jurisdição objetiva a satisfação de expectativas de incidência normativa dos indivíduos, de modo que o interesse do Estado é meramente secundário estando atrelado ao resultado da tutela prestada²⁶³. Sendo, no construto do citado autor, fundamental compreender que o interesse, para ser tutelado, não precisa ser formalmente reconhecido como direito subjetivo²⁶⁴. Diante disto, o conceito de interesse apresentado pelo processualista em investigação é o de ‘expectativa de incidência normativa’²⁶⁵. Em outras palavras, interesse é o juízo de utilidade de um bem em relação a uma necessidade. É um ato de inteligência²⁶⁶. Vislumbrando judicialmente,

Como o processo judicial rege-se pelo princípio da legalidade, quem propõe uma demanda almeja a incidência de uma norma jurídica que lhe seja favorável. Não é por outro motivo que a petição inicial deve indicar o fundamento jurídico do pedido (art. 319, III, CPC)²⁶⁷.

O último dos critérios aventados pelo jurista é o do terceiro indiferente. Desta forma, de início já se é possível afirmar que no conceito de jurisdição apresentado não se enquadram os métodos autocompositivos de resolução de conflitos. É imprescindível que essa função se desenvolva por meio de um contraditório regular, no âmbito de um procedimento no qual sejam asseguradas as garantias constitucionais do processo²⁶⁸. Ademais, Marcelo especifica existirem distinções entre o terceiro imparcial e o terceiro indiferente. Nos seus termos:

²⁶⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 364

²⁶¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 365

²⁶² GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 374

²⁶³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 376

²⁶⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 385

²⁶⁵ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 426

²⁶⁶ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 426

²⁶⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 426

²⁶⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 444

Imparcialidade e indiferença objetivam assegurar que a prestação da tutela jurisdicional não seja um ato caprichoso, fundamentam a legitimidade do sistema de justiça e são requisitos essenciais da jurisdicionalidade. (...).

A indiferença implica a estraneidade do decisor relativamente ao direito litigioso. Não se trata da exigência de uma posição valorativa de igual consideração dos interesses contrapostos (conteúdo da imparcialidade), senão de uma posição de alheação – alienidade; alteridade – em relação ao interesse que lhe incumbe julgar (conteúdo da indiferença).

O juiz imparcial é equidistante das situações de direito substancial em conflito, atua segundo critério lógico-rationais e não se deixa influenciar por ódio, amizade, compaixão ou medo²⁶⁹.

A distinção entre imparcialidade e indiferença é ponto fulcral das razões pelas quais o presente trabalho discorda da teoria de Marcelo Barbi. De acordo com o jurista, diversas instituições administrativas, entre elas algumas consideradas por este escrito como jurisdicionais (por todas, o CADE), são independentes, imparciais e tutelam expectativas de incidência normativa, porém não podem ser consideradas jurisdicionais, porque lhes faltam a indiferença em relação a controvérsia. A ausência de indiferença decorre de que são diretamente encarregadas da proteção do interesse plasmado nas normas que devem atuar²⁷⁰.

Não se considera assistir razão a Barbi nesta análise. A priori, é preciso questionar qual a razão que tornaria necessário o atendimento a indiferença citada por Barbi: há substrato normativo do qual decorra a necessidade de atendimento a citada indiferença? Qual seria este substrato? Para além do questionamento da própria existência ou exigência desse requisito no ordenamento jurídico brasileiro, a constatação lógica decorrente de sua aceitação, não parece ser o rechaçar da existência de uma possível jurisdição administrativa. Os entes da Administração Pública diferem entre si quanto a sua correlação com as causas em que atuam, a independência de seu corpo burocrático, a origem de seus recursos financeiros e/ou orçamentários entre outras coisas, de modo que, é inconcebível pensar que todos são igualmente indiferentes nas causas em que atuam.

Existem hipóteses nas quais os membros julgadores, tais quais os das agências reguladoras, possuem planejamentos de carreira que independem do poder público ou, ainda, que não incluem em seus vencimentos ou planos de carreira bonificações por julgarem favoravelmente a Administração Pública. Frequentemente advindos da iniciativa privada, os julgadores das agências reguladoras possuem no exercício de seu mister com elevado grau de qualificação a razão mais proeminente para seus possíveis ganhos futuros, isto significa afirmar que o resultado dos julgamentos destas agências técnicas apenas são consideráveis na medida em que demonstrem elevada expertise técnica, com o intuito de que, findo o seu

²⁶⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 427.

²⁷⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Págs. 429-430.

mister público, sejam reconhecidos como profissionais de vastíssimo arcabouço de conhecimentos.

Além disto, intentar que a indiferença entre a Administração Pública e o Poder Judiciário decorre de uma suposta previsão legislativa, através da qual os interesses administrativos são previamente previstos legalmente não parece ser um caminho frutuoso. A percepção decorre de que também o Judiciário tem a proteção dos interesses plasmado nas normas em que o constituíram, a menos que se esteja a intuir que os órgãos da administração pública estão capturados em sua essência, o que, por óbvio, seria uma análise qualitativa e distinta da referente ao desenho institucional. Nesse sentido, é indispensável o questionamento: Não estaria o interesse do Supremo Tribunal Federal plasmado no artigo 102 da Constituição Federal, o qual estabelece que o compete precipuamente a guarda da Constituição? Certamente está!

3.5. Conclusões parciais

As agências administrativas independentes, que, no direito brasileiro, também são denominadas de agências reguladoras, são marcadas pelo amálgama entre autonomia reforçada e concentração de funções públicas, normalmente distribuídas entre os poderes do Estado²⁷¹. Gustavo Binebojm afirma que tais agências são caracterizadas por: independência política dos dirigentes; independência técnica decisional; independência normativa; e, independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada²⁷².

Dinamarco, Badaró e Ivahy são peremptórios na assertiva de que a posição do Poder Judiciário, como guardião das liberdades e direitos individuais, só pode ser preservada através de sua independência e imparcialidade²⁷³, de maneira que, consideradas as independências que denotam o caráter existencial das agências técnicas, é possível a conclusão de que a relação de similitude entre aspectos das entidades tradicionalmente tratadas como jurisdicionais e a das agências reguladoras torna-se inquestionável.

O conceito de jurisdição é cambiável, entre outros fatores, pelo momento histórico ou o ordenamento jurídico analisado, deste modo, a definição exata sobre se as agências administrativas independentes exercem função jurisdicional é algo impreciso. É certo, no

²⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 255.

²⁷² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 256

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 194.

entretanto, que, conforme demonstrado ao longo deste capítulo, as decisões exaradas pelas agências técnicas, no mínimo, situam-se em zona de penumbra²⁷⁴ com outras decisões que são cotidianamente produzidas por entidades situadas em lócus decisório tradicionalmente compreendidos como jurisdicionais.

É possível ir mais além, por exemplo, detectando que não há qualquer óbice para o reconhecimento de exercício jurisdicional nas decisões das agências técnicas, no entanto, tal desiderato é algo possivelmente despiciendo²⁷⁵. O caminho engendrado até o presente momento tem serventia diversa, qual seja, o reforço retórico a comprovar a relevância das decisões e fundamentar a respeitabilidade das entidades executivas. A espécie de arma retórica aqui desenvolvida já foi outrora também utilizada para a elevação da honorabilidade das decisões arbitrais, observe-se de soslaio qual a conclusão de Carmona a respeito disto:

O conceito de jurisdição, em crise há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma²⁷⁶.

Enquanto reforço argumentativo retórico, o itinerário trilhado até o momento é de grande validade pela relativa novidade que a existência das agências administrativas independentes representa no direito pátrio. Serve como barreira de contenção para arroubos autoritários que criam artifícios ‘excepcionalíssimos’ como subterfúgios para ignorar a decisão legislativa de, em atenção ao devido processo legal, oportunizar espaços tecnicamente adequados para a resolução de controvérsias altamente complexas.

Conforme será demonstrado no capítulo seguinte, em movimento pendular, o controle da administração pública, o qual já careceu pela inércia e excessiva complacência ao arbítrio do administrador, caminha em sentido inverso para substituir-se a ele e adotar as suas

²⁷⁴ Reconhecendo a terceiridade das agências administrativas técnicas: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. P. 325.

²⁷⁵ “Não há obstáculo constitucional à limitação do controle jurisdicional e à adoção de postura judicial deferente em relação, por exemplo, a escolhas técnicas ou políticas realizadas por entidade administrativa especializada, nem por determinação legislativa, muito menos por opção jurisprudencial de tribunais superiores”. JORDÃO, Eduardo. A leitura e as “leituras” do art. 5º, XXXV, da CF. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 393

²⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. 3ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. Págs. 26-27.

decisões sem levar em consideração qualquer das circunstâncias relevantes que resultaram na decisão primeva. Exemplos saltam aos olhos ao longo da história brasileira, é possível citar o recurso hierárquico impróprio julgado pelo Ministro de Transportes contra decisão da ANTAQ²⁷⁷, a intervenção do Tribunal de Contas da União na produção do edital de concessão do aeroporto do Galeão²⁷⁸, o Decreto Legislativo produzido pelo Congresso para sustar resolução da ANVISA que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a diabetes²⁷⁹. O relevo das decisões exaradas pelas agências técnicas exige o diálogo interinstitucional e o direito pátrio possui relevantes instrumentos que permitem tal desiderato, o capítulo seguinte é inteiramente destinado a tratar desta relevâncias e das possibilidades que se arvoram.

²⁷⁷ Por exemplo, quando, em 2005, o Ministro dos Transportes acolheu recurso hierárquico e modificou decisão da ANTAQ, fundamentado em parecer da Advocacia Geral da União. **Parecer AGU AC-051, anexado ao Parecer N° AGU/MS04/2006**: Definição acerca dos instrumentos da supervisão ministerial e da possibilidade de provimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU n° AC-51. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42129/40820/86532>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

²⁷⁸ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP. Belo Horizonte, ano 12, n° 47, pp. 209-230, out/dez 2014.

²⁷⁹ Decreto Legislativo n° 237/2014

4 O DIÁLOGO ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE AUTOCONTENÇÃO

4.1. Perspectivas de deferência judicial

O surgimento do direito administrativo está comumente associado ao mito originário da *Loi de 28 de pluviöse*, a qual superaria um estado de coisas baseado na vontade do soberano (*quod regi placuit lex est*) instituindo uma limitação jurídica à atuação do Estado. O professor Gustavo Binenbojm demonstra que tal assertiva não poderia ser mais fantasiosa, segundo ele, associar a gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária constitui, isto sim, um típico erro histórico, através da reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações²⁸⁰.

A tese sustentada pelo professor carioca é a de que o surgimento do direito administrativo adveio por intermédio de uma postura ativista e insubmissa do Conselho de Estado frente ao Parlamento. O Executivo, no exercício da jurisdição administrativa, criou um ramo especial do direito através de decisão autovinculativa, imiscuindo neste diversas prerrogativas em seu favor. A consequência do surgimento da jurisdição administrativa no entender do administrativista é a de que “nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados”²⁸¹.

A soberania da Administração Pública que cria normas e julga soberanamente a si deu azo ao surgimento de institutos normativos que orientaram o direito administrativo por décadas, sendo exemplos significativos desta espécie de pensamento, a insindicabilidade do ato discricionário, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração, em especial, no exercício do poder de polícia²⁸². No contexto elencado, o Estado corporifica e personifica o interesse público fazendo, por conseguinte, jus a privilégios processuais e materiais, sem os quais o suposto interesse da coletividade poderia ser comprometido²⁸³.

²⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 11

²⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Págs. 12-13

²⁸² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 15

²⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 113

O cenário anteriormente narrado é facilmente encontrado nos manuais clássicos de direito administrativo e aparente ter sido suplantado, no direito brasileiro, por uma ideia fundamentada nos direitos fundamentais, no contexto da reforma administrativa da década de 1990²⁸⁴. As circunstâncias deste novo tempo impõem a necessidade de ponderação entre os interesses da Administração Pública e dos particulares, desmistificando julgamentos apriorísticos que davam ares de absoluto aos alcunhados interesses coletivos.

O ambiente mudou, entre outros motivos, pelo desenvolvimento das autoridades administrativas independentes, as quais subvertem a ideia de uma gestão pública centralizada, hierarquizada e repleta de privilégios, por uma Administração policêntrica. O emanar do novo modelo de administração é justificado pela necessidade de dotar alguns setores da economia e da vida social de maior neutralidade, profissionalismo e qualificação técnica, em contraponto ao modelo unitário que era marcado por ser diretamente responsivo à lógica político-eleitoral²⁸⁵.

A modificação do entendimento sobre os fundamentos do direito administrativo exsurge em um contexto de crise da lei. Crise que pode ser analisada sobre dois ângulos: no estrutural, confunde-se com a crise de representação, de legitimidade dos parlamentos; no funcional, significa o esvaziamento de sua compreensão como a vontade geral, como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada²⁸⁶. A busca por leis mais abertas, que possibilitem ao intérprete a integração de seu conteúdo com dados da realidade, pelo exposto, decorre da crise de legitimidade de que ponderações apriorísticas sejam as mais eficientes formas de resolução de conflitos.

A crise da lei e o surgimento da Administração Pública policêntrica estão entre os substratos que deram a oportunidade para que as matérias administrativas sejam reinterpretadas a partir da noção de juridicidade administrativa. A partir do conceito oportunizado é possível defender, por exemplo, que a Constituição não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, como semelhantemente constitui um critério imediato na tomada de decisões pelo administrador²⁸⁷. A juridicidade administrativa pode ser compreendida, portanto, como um fruto da constitucionalização do direito administrativo.

²⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Págs. 20-21.

²⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 22

²⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 125

²⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 131

Explicado o contexto no qual estão inseridas as decisões das agências técnicas é possível adentrar ao mérito da deferência judicial. Conforme demonstrado em capítulos anteriores, a decisão das agências administrativas independentes permeiam os limites que catapultam a necessidade de ressignificação de diversas teorias tradicionais do direito constitucional – tais como, a teoria democrática e a teoria da separação de poderes – no tocante a este particular, avaliar o diálogo entre o Poder Judiciário e a Administração Pública necessita significar concomitantemente fornecer instrumentos para a métrica do grau de deferência judicial a ser prestada.

É cabível realizar, neste momento, um adendo, tendo em vista que a um leitor mais desavisado seria possível a pergunta do porquê de o diálogo entre o Poder Judiciário e a Administração Pública em matéria técnica presumir a necessidade de imiscuir-se sobre a deferência judicial. Conforme já outrora defendido nesta pesquisa, as agências administrativas independentes não representam, tão somente, a especialização e institucionalização da administração pública para tratar de questões técnicas complexas, mas também, a reinterpretção dos limites de exercício e de divisão do poder estatal.

As agências técnicas são um novo marco decisório e a sua subsistência e efetividade dependem diretamente do reconhecimento de seu papel jurídico e da respeitabilidade de suas decisões frente ao Judiciário, posto que foram arquitetadas para que detivessem maior potencial de avaliar os diversos bens e direitos tutelados. Existem, no entretanto, dois erros comuns nas críticas daqueles que são avessos à deferência judicial. O primeiro destes erros é o de afirmar que a deferência judicial apenas pode ser prestada para decisões que envolvam questões meramente técnicas, excluindo desta maneira qualquer possibilidade de que agências técnicas venham a causar qualquer interferência sobre as políticas públicas.

É certo que, considerada a legitimidade democrática, não é desejável que as políticas públicas sejam transferidas das decisões tomadas por políticos eleitos para a suposta sabedoria superior de agentes técnicos escolhidos para o exercício de administração, normatização e julgamento de específicas questões técnicas. De outro lado, ao considerar a absoluta impossibilidade de que as agências reguladoras provoquem qualquer interferência sobre as políticas públicas, o que os críticos na verdade desejam é esvaziar completamente qualquer poder decisório das agências²⁸⁸. Gustavo Binebojm escreve prudentemente quando afirma:

²⁸⁸ O professor Edilson Nobre chama atenção para que a independência política almejada por meio das agências técnicas é, tão somente, a independência dos rumos da política partidária. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. P. 78.

É claro que tal preordenação legal através de standards não reduz a atuação das agências à mera técnica, nem exclui totalmente a possibilidade da tomada de decisões de cunho político (ainda que não necessariamente de cunho político-partidário ou político-eleitoral) pelos reguladores. De fato, o dever de fundamentação técnica das decisões não inibe que conteúdos volitivos possam sempre existir na atividade regulatória. É diante da inexorabilidade de tal circunstância que se preconizam determinados mecanismos pontuais de controle externo à atuação das agências²⁸⁹.

O segundo erro é entender que apenas existe deferência judicial quando o juiz decide pela manutenção da decisão proferida pela agência técnica²⁹⁰. O conceito de deferência não é algo juridicamente consolidado e uniforme, sendo possível que a depender do analista a perspectiva sofra alterações pela diferença métrica²⁹¹.

A deferência judicial, de modo geral, caracteriza-se por ser uma decisão na qual o Poder Judiciário reconhece não ser dotado das capacidades que o tornariam apto a proferir o entendimento mais adequado ou eficiente na resolução de uma determinada questão. A deferência judicial pode dá-se por diversos motivos, entre eles, a ausência de legitimidade democrática por inanição das discussões sobre a temática no Parlamento²⁹², a ausência de capacitação técnica para entender vicissitudes de áreas específicas²⁹³.

A definição do vocábulo deferência tem como significado linguístico ter uma atitude de respeito e consideração; ter atenção a algo; ter interesse pelos assuntos alheios; complacência; condescendência; todos estes significados podem ser extraídos do dicionário

²⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 289.

²⁹⁰ A deferência do controlador não implica necessariamente a manutenção da decisão controlada. Ela corresponde a uma orientação respeitosa, a uma atitude de autorrestrição, face às ponderações realizadas pelo controlado. Mas esta atitude pode não ser suficiente para evitar a intervenção. Deferência não é incompatível com controle”. JORDÃO, Eduardo. Levando a deferência a sério. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 581..

²⁹¹ “A verificação empírica e a mensuração da deferência judicial, no entanto, envolvem dificuldades não negligenciáveis. Em primeiro lugar, porque a definição de uma postura intrusiva ou deferente requer a avaliação de variáveis complexas e multifacetadas. A intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma série de considerações subjetivas e até mesmo políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão, cuja conversão em dados objetivos se revela uma tarefa tormentosa”. JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Págs. 185-186

²⁹² Teoria do “second look” - MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Págs. 238-258.

²⁹³ Minimalismo judicial - MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Págs. 216-238. SUNSTEIN, Cass. Foreword: Leaving Things Undecided. **Havard Law Review**. V. 110. 1996. P. 51.

Michaelis da língua portuguesa²⁹⁴. De acordo com o citado dicionário, a origem etimológica da palavra vem do francês *déférence* e o desenvolvimento deste comportamento na tradição do país do iluminismo teve fortes repercussões no direito brasileiro.

O gérmen do controle judicial sobre os atos da Administração Pública se desenvolveu na correição dos atos administrativos. Originariamente poder-se-ia pensar na mitificação da discricionariedade, isto é, apenas os atos vinculados poderiam ser controlados pelo Poder Judiciário. Entre os séculos XVI a XVIII, discricionariedade expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*)²⁹⁵. Gustavo Binenbojm deduz do uso moderno deste termo que há uma ligação histórica entre a origem e a subversão do conceito, desta forma arremata:

Por atavismo histórico, ainda nos dias de hoje encontra-se o adjetivo ‘discricionário’ empregado como sinônimo de arbitrário ou caprichoso, ou para significar uma decisão de cunho puramente subjetivo ou político, liberta de parâmetros jurídicos de controle²⁹⁶.

No direito francês os primeiros movimentos de controle do ato discricionário datam do final do século XIX. *Ab initio*, o controle era exercido exclusivamente sobre a competência e a forma do ato administrativo, por serem consideradas características vinculadas do ato. Em 1875, o Conselho de Estado francês cria a ideia de desvio de poder (“*détournement de pouvoir*”), o que permitiu o controle sobre a finalidade do ato administrativo (Conseil d’Etat, 26 novembre 1875, Pariset). Aproximadamente quatro décadas depois, o citado órgão máximo da jurisdição administrativa francesa, no caso Gomel, passou a admitir o controle do motivo (Conseil d’Etat, 4 avril 1914, Gomel), e, em 1916, admitiu que o juiz ampliasse o controle sobre o motivo, possibilitando que fosse realizado controle sobre a existência real dos motivos alegados (Conseil d’Etat, 14 janvier 1916, Camino). Por fim, entre as décadas de 1960 e 1970, o Conselho de Estado fechou o cerco sobre a administração pública francesa e criou a ideia de erro manifesto de apreciação, para permitir um controle mínimo, limitado, sobre as escolhas discricionárias da administração (Conseil d’Etat, 15 février 1961, Lagrange)

²⁹⁴ DEFERÊNCIA. In: **Michaelis**, Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/defer%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

²⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 195

²⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 196

e a controlar a proporcionalidade do ato e a análise de custos e benefícios de uma decisão administrativa (Conseil d'Etat, 28 mai 1971, Ville Nouvelle-Est)²⁹⁷.

A atuação do Conselho de Estado francês alterou completamente o cenário do controle do atos da administração pública que passando do mito da discricionariedade chegou a estágio excessivamente revisional, em que o controlador tem poderes para substituir quase que integralmente a decisão do administrador público. Eduardo Jordão defende que estudar a história da jurisprudência francesa é fundamental, na medida em que as alterações que vieram a tomar efeito na França, mais cedo ou mais tarde, terminaram por chegar ao direito brasileiro²⁹⁸.

Assimilando-a como um dos primórdios movimentos de controle da administração pública, a decisão de relatoria da lavra do jurista Miguel Seabra Fagundes proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte é tida como a primeira a exercer o controle por intermédio da teoria do desvio de poder²⁹⁹. O direito brasileiro contemporâneo já tem como inconteste a assertiva de que não existe mais a limitação absoluta do controle dos atos administrativos discricionários, em especial a partir do advento da concepção de juridicidade, as possíveis dubiedades resultantes amoldam-se a limitação (intensidade) e aos parâmetros (critérios) que devem guiar este controle³⁰⁰. Diante do anteriormente exposto, é possível afirmar que a citada dicotomia (atos vinculados / atos discricionários) arrefeceu a sua importância, acinzentando os limites entre os conceitos. No entender de Gustavo Binenebojm³⁰¹, a dicotomia perdeu o seu sentido de existência sendo mais adequado pensar em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (exemplos dos pontos referenciais de delimitação dos âmbitos próprios da Administração e dos tribunais são encontrados na doutrina de Andreas Krell³⁰² que cita as figuras do conceito jurídico indeterminado, da margem de livre apreciação e da discricionariedade).

A influência da doutrina administrativista francesa que tradicionalmente influenciou a formação dos juristas dedicados ao direito público brasileiro tem diminuído a sua relevância

²⁹⁷ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Págs. 25-27

²⁹⁸ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 27

²⁹⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Acórdão de 28/07/1948, RF, 121:209-19

³⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 201

³⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Págs. 40-41

³⁰² KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos. 2 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2013. Págs. 20-40.

em favor da doutrina estadunidense. A família jurídica norte-americana partilha da tradição do *common law* e, desta maneira, os marcos mais relevantes de suas fases encontram-se delimitados em precedentes judiciais.

Provavelmente o mais relevante marco dos precedentes dos Estados Unidos no tocante ao controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário é o famoso caso *Chevron*, o qual, segundo Cass Sunstein³⁰³, até os dias atuais, segue sendo um paradigma. A adoção da doutrina *Chevron* pelo Judiciário implica na necessidade de fundamentação a respeito da possível deferência por intermédio da verificação de um procedimento em três passos, quais sejam: passo zero (“*step zero*”), O congresso encarregou as agências de oferecer interpretações com força de lei?; passo um, há lacuna ou ambiguidade no tratamento legislativo da questão?; passo dois, a agência ofereceu uma interpretação razoável da ambiguidade, baseando-se em escolhas políticas razoáveis?³⁰⁴. Ocasionalmente o Judiciário pode, diante da complexidade da questão política, econômica, social em questão, considerar que o grau de delegação legislativa não incluiu a resolução daquele específico problema, tal hipótese deve ser extremamente excepcional e aberta a diálogo posterior com o Legislativo e a própria agência a respeito de qual será a normatização adequada da questão³⁰⁵.

Eduardo Jordão chama atenção que nada obstante a tradição do teste *Chevron*, a jurisdição estadunidense buscando acrescer complexidade ao método de análise da decisão administrativa incluindo a contextualização do caso, incluiu o paradigma do caso *Mead* (*United States v. Mead Corporation*). A partir do caso *Mead*, para que o juiz decida sobre a aplicação ou não do paradigma *Chevron* deve previamente levar em consideração: (i) a natureza intersticial da questão jurídica; (ii) a expertise correspondente da agência; (iii) a

³⁰³ SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after “Chevron”. *Columbia Law Review*. V. 90, n. 8, p. 2071-2120, 1990.

³⁰⁴ BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina *Chevron*: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.03.pdf>. Acesso em 04 de julho de 2023.

³⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Lei e Leviatã*: resgatando o Estado Administrativo. Tradução de Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Contracorrente, 2021. Págs. 170-171.

“Em decisão recente do caso *West Virginia vs. EPA*, a Suprema Corte limitou a autoridade da Agência de Proteção Ambiental (Environmental Protection Agency’s - EPA) para regular as emissões de dióxido de carbono por usinas termelétricas já instaladas, movidas a carvão ou gás natural. Segundo o entendimento majoritário que prevaleceu na decisão, o Clean Air Act – principal lei federal de qualidade do ar dos Estados Unidos –, não autorizaria a EPA a “reestruturar o mercado de energia”. Com base na Doutrina das Questões de Impacto (Major Questions Doctrine), a Corte decidiu restringir o escopo de atuação da EPA, sob o fundamento de que o Congresso deveria fornecer diretrizes claras e objetivas, ao invés de delegar funções normativas à agência de maneira ampla”. GUERRA, Sérgio; GOMES, Lucas Thevenard; BORGES, Gabriela. Major Questions Doctrine: decisão da Suprema Corte coloca o tema da deferência novamente em pauta nos EUA. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/major-questions-doctrine-decisao-suprema-corte-coloca-tema-deferencia-novamente-pauta-eua>>. Acesso em 04 de julho de 2023.

importância da questão para a administração da legislação pertinente; (iv) a complexidade desta administração e (v) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo período de tempo³⁰⁶.

Consideradas todas as questões do caso *Mead*, caso o magistrado entenda que não é hipótese de aplicabilidade da doutrina *Chevron*, a jurisprudência norte-americana oferece como cabedal teórico a chamada deferência *Skidmore*, de acordo com a qual o grau de deferência a ser prestado depende do rigor evidenciado em sua análise, da validade do seu raciocínio, da sua coerência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir. Os critérios fornecidos pela doutrina *Skidmore* são notavelmente mais imprecisos e fornecem menor grau de previsibilidade das decisões o que implica em perda de segurança jurídica e maior contestação das decisões das agências administrativas. O resultado da imprecisão do método de análise da deferência é a reforma ou o abandono da metodologia pelos tribunais³⁰⁷. Nos exatos termos de Eduardo Jordão:

O trade-off entre precisão e operacionalidade não permite soluções fáceis ou perfeitas. Cabe a cada jurisdição examinar quando os custos marginais de um sistema em termos de operacionalidade já não se justificam diante dos benefícios gerados em termos de precisão³⁰⁸.

Em contraponto ao direito norte-americano com a doutrina *Chevron*, o direito brasileiro não tem uma marca legal ou jurisprudencial que seja amplamente reconhecida como o registro que delimite os critérios e hipóteses em que ocorrerá a deferência judicial. Raciocinar a respeito da deferência nos tribunais brasileiros, por conseguinte, permanece na planície da ideia de que é uma análise de uma postura adotada pelo Poder Judiciário em relação às decisões tomadas por outros poderes ou órgãos do Estado. Em outras palavras, envolve a ideia de que, em certas situações, os tribunais devem ser cautelosos e conceder deferência aos outros poderes, presumindo que suas decisões estão corretas e respeitam a Constituição.

A prestação jurisdicional ser adequada e eficiente é uma decorrência natural do princípio do devido processo legal, de maneira que, conforme já anteriormente defendido, este princípio sustenta a possibilidade de que o Judiciário, frente as decisões das agências técnicas,

³⁰⁶ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 391

³⁰⁷ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 393

³⁰⁸ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 407

busque analisar as características do caso concreto e a possibilidade ou necessidade de uma decisão deferente na situação em espeque. Sustentar a deferência judicial com base no devido processo legal, embora seja possível não é o caminho mais desejável. Isto ocorre porque a excessiva porosidade da norma impede *prima facie* a determinação de critérios minimamente objetivos para que o Judiciário afira a possibilidade ou a necessidade de que haja uma decisão deferente no caso concreto. Situado neste contexto, Eduardo Jordão defende que o artigo 22 da Lei de introdução às normas do direito brasileiro sirva como tal parâmetro. Na ilustração do citado autor:

O art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá prestar deferência a esta 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 razão

(...) Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo específico, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública³⁰⁹.

Conquanto não exista um precedente no direito brasileiro que possa ser considerado o marco intelectual da teoria da deferência, sobejam exemplos da aplicabilidade desta teoria em nosso ordenamento. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 4679 e 4874 são exemplos disto. Na ADI nº 4679, que tinha como objeto a constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa, o Supremo Tribunal Federal aplicou a citada doutrina e confirmou a constitucionalidade, nada obstante tenham ocorridos sérias ressalvas a técnica legislativa aplicada ao instrumento normativo. Exemplo singular das citadas reformas foi a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, o qual pontuou que a lei parecia ter sido feita por bêbados³¹⁰. A aplicabilidade da deferência judicial é tão mais relevante quanto maior for a discordância do julgador frente à escolha legislativa, de maneira que reste nítida a predileção pela *second-best*³¹¹, que será a seguir melhor explicada, em detrimento das predileções pessoais do árbitro da causa. A ADI nº 4874, por sua vez, tratou de questões relacionadas ao tabaco e da competência normativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, mais uma vez, com

³⁰⁹ JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB e as “dificuldades jurídicas” do gestor público. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 576.

³¹⁰ AGÊNCIA BRASIL. **Gilmar Mendes diz que Lei da Ficha Limpa foi “feita por bêbados”**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2016-08/gilmar-mendes-diz-que-lei-da-ficha-limpa-foi-feita-por-bebados>>. Acesso em 28 de junho de 2023.

³¹¹ VERMEULE, Adrian. **The system of the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2011.

acerto, o Supremo Tribunal Federal confirmou a competência da agência técnica e preferiu não impor restrições frente aos fundamentos da agência que motivadamente influenciaram decisões de política pública relativas ao campo da saúde coletiva. As ADIs nº 4679 e 4874, no entanto, não se propuseram a estabelecer parâmetros nacionais do modo a manusear a teoria da deferência judicial em nosso direito, tendo se contentando em aplica-la ainda que de maneira doutrinariamente muito rica diante da demonstração de farto conhecimento sobre os modos como tal teoria é desenvolvida em outros ordenamentos, em especial o estadunidense.

O método adequado para o lidar procedimental da deferência não parece ter uma solução perfeita. De modo geral, quanto mais complexo for o teste para averiguar o grau de deferência em relação a decisão emitida por terceira instituição em específica matéria técnica, mais incerto será o resultado pelas complexidades inseridas no sistema. De outro lado, no entanto, a simplificação do procedimento de justificação não constitui artifício suficiente a impedir que a sugestiva deferência encontrada nas decisões judiciais signifique tão somente a concordância com decisão com a qual já havia prévia simpatia. O lastro decisório, por advir de complexas sinapses da cognição humana, tende a ser mais complexo do que o arsenal de fundamentação a dispor, sendo certo que a utilização de estruturas simples para a determinação da intensidade do controle judicial não impede que, na prática, os tribunais integrem no seu raciocínio variáveis e ponderações nela não veiculadas³¹².

Sunstein e Vermeule anotam esse fenômeno da deferência oculta, nos seguintes termos:

(...) De acordo com os papéis do juiz Harry Blackmun, o juiz John Paul Stevens, relator da decisão, disse, na deliberação sobre o caso, ‘quando estou confuso, vou com a agência’. Essa é uma estratégia de tomada de decisão inteiramente racional para juízes generalistas que enfrentam leis regulatórias complexas e especializadas, que conhecem os limites do próprio conhecimento e sabem que as consequências de um erro judicial podem ser extremamente graves. Mais importante, esse tipo de deferência é difícil de controlar pela doutrina jurídica formal. Qualquer decisão, lei ou mesmo emenda constitucional da Suprema Corte seriam amplamente impotentes para eliminar esse tipo de deferência epistemológica, que opera nos bastidores, nos processos deliberativos internos do juiz. A escolha não é entre deferência ou nenhuma deferência; é entre deferência aberta ou oculta³¹³.

³¹² JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 383

³¹³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. Tradução de Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Contracorrente, 2021. P. 146.

Semelhantemente ao movimento de um pêndulo, os problemas enfrentados no controle dos atos da administração pública situam-se na ordem inversa, isto é, se outrora já ocorreu excessiva liberalidade para o arbítrio do administrador, nos nossos dias, o controlador (e o excesso de controle) é que desvirtuam a própria existência da institucionalidade³¹⁴. Vislumbrando um mundo ideal em que não haja qualquer possibilidade de equívoco nas decisões públicas, os órgãos controladores diversas vezes exacerbam o seu âmbito de competência por meio de interpretações extensivas e tolhem a possibilidade de que o administrador público utilize de sua expertise. A título exemplificativo, qualquer ato que tenha o potencial de ter sido exercido com abuso de poder é, de logo, judicializado e, devido a imediatidade do tempo, o risco de que seja proferida liminar suspendendo a efetividade do ato é muito alto, o que por tudo contraria a lógica da eficiência de que o nível ótimo de abuso de poder numa sociedade será sempre maior do que zero e o desenho de diversas instituições parte implicitamente deste pressuposto³¹⁵.

A lição de Vermeule, neste sentido, é muito valiosa, já que utilizar as regras legais contra representantes do Poder Executivo implica em elevados custos, parcela disto se deve a que quaisquer monitores institucionais criados para detectar e punir abusos também precisariam, em um ciclo vicioso, serem submetidos a monitoramento contínuo. Arrematando o autor americano que,

Os arquitetos do estado administrativo acreditavam que um governo que sempre forma julgamentos imparciais e que jamais abusa de seu poder fará muito pouco, com excessivo amadorismo e extrema lentidão. Nesse sentido, o estado administrativo está constantemente à procura de uma solução institucional que incorpore um nível ideal de abuso de poder³¹⁶.

Considerando todas as reflexões anteriormente expostas, a conclusão natural consiste em que a relação entre o Estado e a sociedade contemporânea é complexa e o exercício das atividades da administração pública exige uma virada pragmática do controle exercido. É certo que a sociedade precisará compreender quem é o árbitro para os conflitos eventualmente advindos e o mecanismo utilizado para tal julgamento, neste sentido, diante de uma sociedade

³¹⁴ “Administrador assombrado pelo controlador” – SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para cééticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014; “gestores perplexos” – REIS, Tarcila; MONTEIRO, Vera. Os tipos de gestores públicos. **Jota**. 13/09/2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>>. Acesso em 19 de maio de 2023; “direito administrativo do inimigo” – GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

³¹⁵ VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Revista De Direito Administrativo**, 278(3), 15–43. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80829>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

³¹⁶ VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Revista De Direito Administrativo**, 278(3), 15–43. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80829>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

policêntrica, um mecanismo de comparação da capacitação das instituições empiricamente e de troca de experiências e conhecimentos acumulados urge³¹⁷.

Expostas as problemáticas do controle exercido pelo Judiciário sobre a Administração Pública, é salutar retornar a ausência de um conceito uniforme para o que se denomina por deferência, para fazer constar que o fenômeno assim denominado consiste, neste trabalho, sobretudo em três distintos níveis de análise, quais sejam: (I) a deferência pelo discurso, a fundamentação da decisão adota um discurso de deferência em relação as agências reguladoras; (II) a deferência pelo resultado, contraste entre a decisão da agência técnica e a decisão judicial; (III) a deferência pela amplitude de controle, observação da amplitude do controle do tribunal, isto é, se limitado a questões procedimentais ou amplo e, portanto, adentrando também sobre os aspectos substantivos³¹⁸. É certo que há correlação entre as modalidades de deferência acima elencadas, no entretanto, não há correlação diretamente proporcional e obrigatória. O fundamento da assertiva dá-se de maneira satisfatória com a conclusão elucubrada por Eduardo Jordão e Renato Toledo, os quais em estudo empírico sobre o controle do TJRJ nas decisões da AGENERSA notaram que a presença de um discurso de deferência leva a um percentual maior de manutenção das decisões e em análise meramente formal do conteúdo, de outro lado, a existência de um discurso de deferência específico não implicava relevantemente em maior grau de manutenção das decisões ou de restrição cognitiva do magistrado³¹⁹.

A Constituição brasileira ao prever a inafastabilidade do controle judicial deu ao Poder Judiciário a centralidade da administração de qual o meio decisório mais efetivo/adequado para cada conflito, dos limites de autorrestrição voluntária ou legal ao meios decisórios aplicados aos jurisdicionados, além de incumbir-lhe da fiscalização sobre eventuais infringências aos direitos fundamentais previstos no texto da Carta Maior. A decorrência lógica da incumbência constitucional do Judiciário, no tocante ao controle dos atos da administração pública, é, por exemplo, que a escorreita execução de seu mister o fará impedir

³¹⁷ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 38

³¹⁸ As citadas manifestações da deferência judicial foram objeto de análise por Eduardo Jordão em: JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. Págs. 181-211

³¹⁹ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Apud*: JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 207

o autoflagelo administrativo decorrente da ausência de determinação do *locus* competente para julgamento e da sensação de vácuo de poder decisório.

O presente capítulo terá como foco as questões tratadas pelas agências técnicas, buscando adentrar analiticamente sobre os mecanismos já a disposição do juiz estatal para tratar das diferenças institucionais na resolução dos litígios que lhe são postos em julgamento (diálogos institucionais e *amicus curiae*), além de oferecer novas ideias sobre presunções processuais que podem ser utilizadas como técnicas de instrução e julgamento destes processos (interpretação das regras procedimentais à luz das teoria das capacidades institucionais).

4.2. Valorização institucional e deferência: mecanismos de diálogo entre o Judiciário e a Administração Pública

4.2.1. *Diálogos Interinstitucionais: o Poder Judiciário, as agências técnicas e a cooperação jurisdicional interinstitucional.*

Qual a explicação lógica para destinar ao Poder Judiciário a missão singular de definir sentido aos textos legais? Seria ele o único destinatário dos textos normativos? Por certo que não. É inegável que o Poder Judiciário desenvolve um papel fundamental na garantia do Estado de Direito e na proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. No entanto, para cumprir efetivamente essa missão, o Judiciário não pode atuar isoladamente. As normas buscam definir o sentido do convívio social, dando fundamento para as expectativas de comportamento coletivo. Diante do exposto, é preciso compartilhar a missão de atribuir sentido as normas e, diante deste objetivo, a participação popular é o trivial, dado que os destinatários da norma são, por excelência, os intérpretes diários de seu sentido. Daniel Sarmento pontua,

em respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do direito – como economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado mais habilitado para assumir uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional. Nessa linha, vejo com reticências a

sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande da Constituição seria o Poder Judiciário³²⁰.

A inércia do Judiciário implica que a ele apenas deveriam ser levadas causas que provoquem desencontros de entendimento interpretativo, de maneira que sejam aptas a gerar confusão nas expectativas de comportamento social e, por conseguinte, desarranjos nas distribuições de recursos sociais. Além disto, o Judiciário necessita compartilhar a atribuição de sentido normativo com a interpretação do Executivo e, com maior razão, também com a do Legislativo. Desenvolvendo raciocínio em sentido semelhante, ainda que tendo como escopo de análise, tão somente, a norma constitucional, Marinoni argumenta:

Isso não pode acontecer não apenas porque a população tem o inalienável direito de discutir a solução da Corte, o que pode propiciar uma nova conduta legislativa ou mesmo a revogação do precedente constitucional, mas também em virtude da natureza e das características dos desacordos morais razoáveis. Esses, porque revelam disputas honestas e persistentes das pessoas que convivem em sociedade, são particularizadas por fatos e por valores que não só estão em discussão, mas que muitas vezes podem ser mais bem debatidos e esclarecidos³²¹.

O diálogo interinstitucional se apresenta, desta maneira, como um paradigma que deve orientar as relações entre o Poder Judiciário e outras instituições do Estado. É possível observar que o diálogo interinstitucional tem como marca a interação e a colaboração entre diferentes instituições do Estado, incluindo o Poder Judiciário, no exercício de suas funções. Neste íterim, há o envolvimento na troca de informações, experiências e pontos de vista, visando a construção de solução mais eficientes e legítimas para os problemas enfrentados pela sociedade.

O ato do Judiciário de abrir-se ao diálogo com as outras esferas da sociedade é benéfico e pode ser considerado uma espécie de uso virtuoso do poder. Impor a força da coisa julgada sobre a totalidade de um tema cujo debate ainda é socialmente insipiente prejudica o desenvolvimento político da coletividade, pois bloqueia o desenvolvimento do processo democrático. Tal assertiva é ainda mais verdadeira quando a decisão judicial em espeque é de ordem constitucional, isto porque o controle de constitucionalidade é mera delegação do

³²⁰ SARMENTO, DANIEL. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009. Págs. 38-40.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 140.

poder político ao ente Judiciário, não representando, portanto, uma alienação da soberania popular³²².

Marinoni sustenta que o problema de uma decisão judicial precipitada vai além do uso arbitrário da delegação constitucional (disto decorrendo por natureza o contramajoritarismo), perpassando, isto sim, a ausência de *accountability* do Judiciário no curso do processo decisório. Uma decisão adequada urge a participação adequada das pessoas interessadas e a devida atenção e justificativa dos decisores às alegações de fato e de direito³²³.

O diálogo interinstitucional tem entre os seus principais benefícios: a promoção da coerência e harmonia entre os poderes, os entes e os órgãos públicos, com vistas a evitar conflitos e tensões institucionais; a obtenção de informações técnicas e especializadas, o que permite uma tomada de decisão mais informada e fundamentada; o diagnóstico de soluções mais efetivas e adequadas para problemas complexos, levando em conta diferentes pontos de vista e experiências. De outra banda, são identificados, de logo, desafios ao citado diálogo interinstitucional para o Poder Judiciário, entre eles: a preservação da independência e imparcialidade do Judiciário, de modo que o diálogo não seja confundido com ausência de autonomia na aplicação da lei; a superação de resistências culturais e institucionais, que podem dificultar a abertura e a efetividade do diálogo entre as instituições; a precariedade nos canais e mecanismos adequados de comunicação e colaboração, no intuito de facilitar o diálogo interinstitucional de maneira eficiente e transparente.

Consideradas a importância do diálogo interinstitucional, seus principais benefícios e desafios, resta consignar que entre as várias razões para o desenvolvimento deste caminho não se pode deixar de citar: a teoria da separação de poderes – a qual, conforme explicitado em capítulos iniciais, desenvolve potencialidades institucionais para a obtenção de soluções mais eficientes – e a clemência da implementação das políticas públicas perante às decisão da Justiça. Conrado Hubner Mendes³²⁴ sistematiza as principais teorias do diálogo em a) diálogo no interior da decisão judicial (perspectiva endógena) – sendo exemplos virtudes passivas, minimalismo e virtudes ativas; e, b) diálogo como decorrência da separação de poderes (perspectiva exógena) – dividido entre o debate norte-americano [construção coordenada e o constitucionalismo popular mediato] e o debate canadense [o diálogo como sequência legislativa].

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 141

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 146

³²⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Sem qualquer sombra de dúvidas, nas questões que envolvam a necessidade de elevada expertise técnica, o diálogo interinstitucional demanda ainda maior esforço. É preciso estabelecer, de antemão, que o Judiciário é o responsável último por interpretar e aplicar a lei na resolução de conflitos, todavia, existem casos nos quais há o envolvimento de questões técnicas que requerem conhecimento especializado e, por prudência, é preciso reconhecer ser humanamente impossível que o Estado-Juiz detenha tal gama de expertise técnica.

O Judiciário, quando analisa questões técnicas complexas, pode e deve buscar o auxílio de especialistas, como os peritos e assessores técnicos, no intuito de lograr a instrução com informações e pareceres especializados. As demandas judiciais, no entanto, caminham para escopos a cada momento mais coletivos, que envolvam medidas de política pública e da escoreita distribuição de recursos. Neste segundo cenário, é essencial percorrer o caminho trilhado nesta pesquisa, isto é, recuperar a honorabilidade das decisões das agências técnicas construídas com escopos específicos normativamente.

As agências técnicas, como órgãos reguladores, institutos de pesquisa, agências governamentais ou especialistas em determinadas áreas do conhecimento, possuem expertise e conhecimentos técnicos que podem auxiliar o Judiciário na compreensão de aspectos específicos de um caso. Essas agências podem fornecer informações, pareceres, estudos e análises técnicas relevantes para embasar as decisões judiciais.

Os métodos intuitivamente mais profícuos para o diálogo interinstitucional e as agências técnicas são: as consultas formais, as audiências e perícias técnicas e a participação como *amicus curiae*. No processo judicial, é possível que o juiz realize consultas formais às agências técnicas, através da solicitação de pareceres ou opiniões técnicas, no intuito de obter assistência na análise de questões técnicas relevantes ao caso em julgamento. De igual modo, quando necessário, há a possibilidade de que o juiz busque junto às agências técnicas meios de levar a cabo a realização de perícias técnicas ou de audiências, por meio das quais especialistas de agências técnicas são chamados a depor e fornecer seus conhecimentos e esclarecimentos sobre a matéria em disputa, contribuindo para uma análise aprofundada. Por fim, no tocante à atuação das agências técnicas como ‘amigas das corte’, estas podem fornecer informações e perspectivas técnicas relevantes aos juízes antes da tomada de decisão. Todas as participações elencadas são meios de enriquecer o debate jurídico, proporcionando insights adicionais e especializados aos magistrados.

Existem diversos mecanismos processuais úteis à materialização do diálogo interinstitucional acima elencado, a participação processual como *amici curiae* é um deles. O Código de Processo Civil de 2015 buscou incrementar o rol de mecanismos disponíveis, entre

eles a previsão de uma cooperação processual mais robusta. É certo, no entanto, que o diálogo interinstitucional, por intermédio da cooperação processual, não encontra abrigo normativo restrito no citado Codex de ritos, mas também na Lei 9.784/99, Lei 13.848/2019 (a qual, especialmente no artigo 30, estabelece mecanismos de coordenação entre agências reguladoras e os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com o propósito de viabilizar o intercâmbio de experiências e informações, além da formulação de consultas mútuas no processo de elaboração de normas que possam afetar as condições dos setores regulados), Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (a qual, especialmente nos artigos 20 e 21, prevê o dever legal de consideração das consequências práticas da decisão).

O Conselho Nacional de Justiça regulamenta a cooperação judiciária, por intermédio da resolução nº 350, a qual afirma que a cooperação processual pode ser compreendida em dois complementares aspectos, quais sejam (art. 1º): cooperação ativa, passiva e simultânea entre os órgãos do Poder Judiciário, no âmbito das respectivas competências, observados o princípio do juiz natural e as atribuições administrativas; e, a cooperação interinstitucional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que possam, direta ou indiretamente, contribuir para a administração da justiça. Além das funções jurisdicionais, as oportunidades de cooperação judiciária abrangem igualmente atividades de natureza administrativa.

Considerado o escopo desta pesquisa, importa pontuar que os atos de cooperação poderão consistir na formulação de consulta dirigida a outro magistrado ou órgão do Poder Judiciário (incluindo comitês, comissões e grupos de trabalho instituídos em seu âmbito) ou, ainda, no caso de cooperação interinstitucional, a pessoa, órgão, instituição ou entidade externa ao Judiciário, solicitando manifestação ou opinião em resposta, facultada a participação do consultor no processo, a critério do juízo consulente (art. 6º, XXI).

A previsão da formulação de consulta nos termos do artigo 6º, XXI, da Resolução nº 350 do Conselho Nacional de Justiça é uma decorrência de alteração da normativa instituída por meio da Resolução nº 499 do CNJ. A resolução que instituiu a formulação de consulta fez constar expressamente entre os motivos de sua criação a necessidade de um meio de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e as agências técnicas, nos termos da resolução,

casos em que o Judiciário analisa questões simultaneamente submetidas à apreciação de outros órgãos e instituições, como autarquias fiscalizatórias, agências reguladoras, Tribunais de Contas, cuja solução depende de mecanismos de diálogo

para a compreensão mais adequada dos efeitos da decisão sobre o marco regulatório existente e as competências de todos os envolvidos³²⁵.

A citada resolução modificativa além de constar expressamente as razões do necessários diálogo interinstitucional indicou também que já existem casos, os quais foram reportados à Rede Nacional de Cooperação Judiciária do CNJ, em que a consulta por cooperação judiciária foi utilizada de maneira exitosa. A cooperação processual é instrumento hábil a permitir ou potencializar o diálogo do Judiciário com as agências técnicas, com especial relevo para as questões que envolvam disputas situadas em âmbitos de competência concorrente ou que exijam expertise técnica demasiadamente específica. O Judiciário caminha com acerto na medida em que estimula que os seus membros venham a exercer uma postura deferente nas circunstâncias acima descritas, considera a excelsa responsabilidade destinada ao julgador que deverá buscar solucionar o conflito com a pacificação social e a busca da máxima efetividade na distribuição dos recursos disponíveis socialmente e no ajuste das expectativas dos jurisdicionados.

4.2.2. *Amicus Curiae*

O *amicus* exerce papel primordial no fortalecimento da institucionalidade judiciária. Embora seja tradicionalmente associado a esclarecedor dos fatos, tal assertiva, em análise da construção normativa do direito brasileiro, não merece prosperar frente a sua natural ausência de parcialidade. O paranaense Luiz Guilherme Marinoni³²⁶ sustenta tal conclusão com a advertência de que é altamente equivocado invocar, na justificativa, um argumento de *amicus* para demonstrar um fato, também não sendo possível equiparar argumento de *amicus* e prova técnica sem violar o princípio da superabundância (fato alegado e discutido, necessita ser demonstrado, sob pena de insuficiência probatória). Marinoni³²⁷ defende que o papel exercido pelo *amicus* varia de acordo com a previsão normativa de sua respectiva participação, assim ocorrendo que, no direito francês, o instituto do *amicus* é regulado a partir das regras relativas às *verifications personnelles* do juiz, equiparando-se, em princípio, o *amicus* a um perito ou técnico, de outro modo, no direito estadunidense, o *amicus* pode esclarecer qualquer questão.

³²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 499, de 10 de maio de 2023**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original144942202305296474bb8622886.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2023.

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 833.

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Págs. 818-819.

A contribuição advinda da comparação do papel exercido pelos *amicus* em diversos ordenamentos jurídicos é fundamental, pois, o grau de relevância a ser destinado aos seus pedidos e arrazoados decorre deste local de participação. A participação do *amicus* no processo judicial busca acrescentar argumentos fáticos (conhecimento técnico especializado, posições morais em confronto político frente a uma determinada situação etc) ou jurídicos (interpretação diversa da aventada pelas partes no processo judicial) que possibilitem ao interveniente interferir nos caminhos do entendimento judicial a ser consolidado. Marinoni afirma que o *amicus* objetiva convencer o juiz, assim como as próprias partes, com a diferença de que não sofre os efeitos da coisa julgada³²⁸.

Reiterando, no direito brasileiro, a notoriedade do papel desenvolvido não ser o de parte processual decorre da já afirmada ausência de sujeição à coisa julgada. Luciano Saboia e Gabriel Fernandes³²⁹ concordam com tal análise e ponderam que se trata de intervenção excepcional, limitada aos casos de maior relevância, especificidade ou repercussão social, podendo contribuir judicialmente ao ampliar o leque de *input* do sistema a argumentos de alta relevância técnica, permitindo diversos influxos que podem interferir diretamente no convencimento do julgador.

O *amicus* no direito americano já ultrapassou a barreira de poder meramente apresentar peças escritas ou *briefs*³³⁰. Em contrapartida, o papel exercido pelo *amicus*, no direito brasileiro, ainda é excessivamente limitado, sendo suficiente refletir a restrição imposta pelo artigo 138, §1º, do Código de Processo Civil, através da qual veda-se expressamente a interposição de recurso. Ora, conforme visto, o *amicus* adentra ao processo na imediatidade de que seja formado, em matéria de seu interesse direto, precedente judicial, de maneira que a impossibilidade de que possa recorrer aos tribunais superiores no intuito de uniformizar nacionalmente a jurisprudência em direito federal ou constitucional é forte fator desincentivador para que as instituições sociais colaborem com o desenvolvimento argumentativo desde as instâncias ordinárias.

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 813.

³²⁹ CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de; DUTRA, Gabriel Fernandes Meireles. *Amicus Curiae* no processo civil: novas possibilidades. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 17. Volume 24. Número 1. Janeiro-abril de 2023 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. Págs. 322-339. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/72247/44612>>. Acesso em 30 de maio de 2023.

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 834.

O Poder Judiciário frequentemente se depara com situações para as quais a institucionalidade de seus membros não foi formatada para a adequada tutela. Neste cenário é que a intervenção do *amicus curiae*, conforme prevê Rodrigo Pinto, aperfeiçoa a interação do magistrado com a realidade social, política e econômica, na qual está inserido, pois o conscientiza dos anseios de grupos, os quais lhe são revelados por suas entidades representativas³³¹. A relevância, portanto, do *amicus curiae* se revela na certeza de que os juízes são apenas uma peça em um arranjo institucional plural e cooperativo e que, deste modo, as escolhas do Judiciário não podem ser analisadas como se as habilidades, limitações e o exercício das competências de juízes e tribunais se dessem em um vazio institucional. Em outras palavras ao surgirem tensões interinstitucionais, as competências do Poder Judiciário precisam ser analisadas comparativamente às de outras instituições também capazes de oferecer respostas para os mesmos problemas³³².

A intervenção do *amicus curiae*, ainda que intuitivamente, leva em consideração a dinamização do potencial da instituição judiciária competente a emitir o juízo jurídico sobre a tutela do direito em litígio. Um dos indícios de que o *amicus curiae* leva em consideração o desenvolvimento das capacidades institucionais é que, enquanto o instituto ainda dava seus primeiros passos no direito brasileiro, as primeiras hipóteses de seu cabimento referiam-se à CVM (Comissão de Valores Mobiliários), por causa do artigo 31 da Lei 6.385/1976, nos processos que discutam matéria objeto de sua competência; e ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), por causa do artigo 118 da Lei 12.529/2011, nos processos que discutiam questões relacionadas ao direito da concorrência. Alerta-se para a questão de que ao afirmar que o *amicus curiae* levava em consideração as capacidades institucionais do Poder Judiciário, incorremos nos equívocos levantados por Fernando Leal e Diego Werneck, quais sejam a banalidade, a redundância e o absurdo³³³, tendo em vista que a consideração sobre as Capacidades Institucionais, nestes tempos primórdios, era realizada ao largo das necessárias verificações empíricas.

Diante do exposto é ínsita a necessidade de que o exercício do papel do *Amicus Curiae* decorra de uma análise pormenorizada de suas capacidades institucionais. Por tal motivo é que, dentre outros, desenvolveu-se o artigo seminal da professora Eloísa Machado de Almeida

³³¹ PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de processo**. vol. 151 p. 131.

³³² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em < <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

³³³ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em < <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

que analisou o instituto do *amicus curiae* em acordo com a citada teoria. A análise realizada pela professora Eloísa de Almeida teve em conta três espécies de condições as quais o *amicus* se submete no Supremo Tribunal Federal, sendo elas: as condições de acessibilidade, as condições de admissibilidade e as condições de influenciar no processo³³⁴.

A análise das condições de acessibilidade toma em consideração três fatores, quais sejam: o custo, o prazo para manifestação e a necessidade de advogado. Por seu turno, a análise das condições de admissibilidade, consideram: a relevância da matéria, a representatividade dos postulantes e a inovação dos argumentos. Por último, a análise das condições de influenciar no processo, consideram: a disponibilidade aos Ministros dos argumentos trazidos pelo *amicus*, a possibilidade de sustentação oral e de apresentar recursos as decisões que envolvam o instituto³³⁵.

O estudo realizado pela professora Eloísa de Almeida, deste modo, acresce em relevância na medida em que a participação do *amicus curiae* no STF em pelo menos um processo estava na taxa de 13% no período entre 1999 e 2005 e chegou a 30% no período entre 2006 e 2014 e, pelo ritmo de desenvolvimento, não é absurdo supor que chegaremos aos patamares da Suprema Corte norte-americana que na década de 1990 alcançava o índice de 85% das ações³³⁶.

Por todo o quanto afirmado, importa destacar que os estudos desenvolvidos pela professora Eloísa de Almeida³³⁷ concluíram assertivamente pela necessidade de que o *Amicus Curiae* não seja compreendido meramente como um partícipe de menor relevância dentro da formação do convencimento dos Tribunais, em especial, dos Tribunais Superiores. Berky Pimentel, analisando decisões de 2005 a 2011 do Supremo Tribunal Federal chegou a idêntica conclusão, isto é, de que os *amicus* costumam ser completamente ignorados ou retratados apenas no relatório, com menções nos votos em apenas 35% (trinta e cinco por cento) dos

³³⁴ DE ALMEIDA, Eloísa Machado. Capacidades institucionais dos *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 10. N. 1. Rio de Janeiro. Jan/Mar 2019. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-678.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

³³⁵ DE ALMEIDA, Eloísa Machado. Capacidades institucionais dos *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 10. N. 1. Rio de Janeiro. Jan/Mar 2019. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-678.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

³³⁶ DE ALMEIDA, Eloísa Machado. Capacidades institucionais dos *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 10. N. 1. Rio de Janeiro. Jan/Mar 2019. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-678.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

³³⁷ DE ALMEIDA, Eloísa Machado. Capacidades institucionais dos *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 10. N. 1. Rio de Janeiro. Jan/Mar 2019. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-678.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

casos³³⁸. O corolário natural da participação é a consideração dos argumentos suscitados e a motivação das razões pelas quais tais fundamentos foram ou não acatados na decisão final³³⁹.

O professor Marinoni compreende em sentido semelhante ao defender que,

se há alguma pretensão de legitimar democraticamente as decisões constitucionais, há que se aferir se o processo assegura a paridade e a efetividade da participação, se aqueles que participam realmente representam as pessoas e os grupos e, sobretudo, se os seus argumentos são plenamente ouvidos e devidamente valorados pela Corte³⁴⁰.

Eloísa elencou desafios a serem superados, tais como a delimitação do momento adequado para a intervenção do *amicus*, a instituição de critérios ainda que minimamente objetivos para a admissão do *amicus* superando possíveis arbitrariedades do relator. É certo que, fundamentado na exigência do artigo 926 do Código de Processo Civil, isto é, de que a jurisprudência deve ser uniformizada, de modo estável, íntegro e coerente, a delimitação da capacidade institucional dos diversos postulantes a *amicus* deve ter em conta critérios que dialoguem entre os diversos relatores das ações, no intuito de que sejam evitados graves atentados a uma jurisdição isonômica.

Estudos empíricos, como os anteriormente citados da Eloísa Machado e do Berky Pimentel, sobre o potencial de colaboração do *amicus* no conhecimento das causas judiciais e no ganho de institucionalidade e participação social são essenciais para o desenvolvimento adequado desta intervenção judicial. A análise precisa considerar critérios como os já anteriormente listados e, quando possível, aferir os graus de representatividade, idoneidade, respeitabilidade e autoridade.

A intervenção do *amicus* em causas que exigem elevada expertise técnica em sua resolução é atributo de primeira ordem e, no âmbito da administração pública, pode ser incentivada através de juízes que chamem tais órgãos a colaboração em ato de ofício. Solicitar a colaboração de pessoa, órgão ou entidade da administração pública ou de seus quadros de ofício é ato raro nos julgamentos perante as instâncias de 1º ou 2º grau, porém totalmente

³³⁸ SILVA, Berky Pimentel da. *Amicus Curiae*: é fonte legitimadora democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal? Curitiba: CRV, 2020. P. 88

³³⁹ O estudo empírico corroborou, neste sentir, o coro de diversos estudiosos brasileiros, tais como: DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae* – Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Controle de Constitucionalidade pelo STF** – Participação e Democratização por meio de Audiências Públicas e do *Amicus Curiae*. Curitiba: Juruá, 2015; SILVA, Berky Pimentel da. *Amicus Curiae*: é fonte legitimadora democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal? Curitiba: CRV, 2020.

³⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 814.

louvável e consonante com a previsão normativa do caput do artigo 138 do Código de Processo Civil.

4.2.3. *A teoria das capacidades institucionais*

A tutela adequada é um valor que permeia a construção de todo o sistema multiportas de resolução de conflitos. Os preceitos fundamentais do processo – como a persecução da decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável (art. 4º, do CPC/15), os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da eficiência – são fundamentais na compreensão do paradigma processual deste tempo, isto é, um processo democrático e, portanto, desenvolvido em contraditório de forma cooperativa³⁴¹. É no contexto de busca pela tutela adequada que o sistema multiportas é incluso como um dos focos centrais do debate processual, posto que, conforme leciona Álvaro de Oliveira, a busca pela tutela adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa para a aplicação da tutela coexistencial³⁴².

Não obstante a previsão constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, a compreensão do acesso à justiça não pode tornar os indivíduos reféns de uma jurisdição estatal ineficiente ou, pior ainda, inadequada. O acesso à justiça deve, portanto, ser compreendido como o acesso à ordem jurídica justa através de espaços estatais ou não³⁴³.

Realizada a ressalva, é preciso frisar que, no contexto do sistema multiportas, a ideia é que exista alguma ‘porta’ adequada para a resolução de cada conflito que surge socialmente. É conclusão lógica desta busca pela adequação entre conflito e procedimento de resolução que um dos meios que necessita se posicionar como adequado é o da resolução através do Estado-Juiz, em específico, através dos juízes e tribunais que compõe o Poder Judiciário. Ao longo do tempo, surgiram diversas teorias que ao tratarem da adequação entre tutela e procedimento de resolução consideraram que tanto mais adequado é o procedimento, quanto melhor for a consequência social dos frutos esperados de sua resolução. As citadas teorias foram agrupadas

³⁴¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 15

³⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 23

³⁴³ VELAME, Glauber Rocha; SANTANA, Samene Batista Pereira. Justiça multiportas: da alternatividade ao princípio da adequação. **Revista Eletrônica da FAINOR**, Vitória da Conquista, v.2, n.1, p. 62-85, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://ep01.fainor.com.br/revista_integrart/index.php/integrart/article/view/76>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

e juntas foram alcunhadas como pertencentes a linha de pensamento das teorias do consequentialismo jurídico³⁴⁴.

O professor Luis Fernando Schuartz define o consequentialismo jurídico como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explicita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas³⁴⁵. Tal compreensão faz entender o porquê de os juízos consequentialistas exibirem uma estrutura dual, com cada elemento que os compõe (isto é, o descritivo e o normativo) estando sujeito a diferentes condições de racionalidade que, em conjunto, definem os critérios de adequação do juízo como um todo³⁴⁶. A análise das consequências das decisões jurídicas como argumento concernente para o processo decisório do Poder Judiciário possui diversas formas de manifestação – quais sejam, a análise econômica do direito, o pragmatismo jurídico etc. –, todavia, neste tópico textual, cumpre compreender qual a compreensão advinda da teoria das Capacidades Institucionais.

A relevância da teoria das capacidades institucionais é assinalada por Luis Schuartz, em termos singulares, tendo em vista a percepção de que, em países como o Brasil, no qual os recursos públicos são escassos e, por assim dizer, as verbas destinadas a fazer cumprir a legislação são insuficientes para o atendimento a contento em todos os setores, finda por ser inafastável a necessidade de considerar as capacidades institucionais dos órgãos chamados a aplicar o ordenamento jurídico. Inafastável de tal forma que as teorias que não incorporem as condições institucionais de aplicação, soem ridiculamente ingênuas ou perigosamente assemelhadas a uma legitimação ideológica³⁴⁷. A chamada análise das capacidades

³⁴⁴ “Estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença”. PIROZI, Maurício José Machado. **Consequentialismo judicial** – Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 59, n° 187, p. 19-33, out./dez. 2008. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

Alertas importantes sobre as consequências da adoção do consequentialismo jurídico encontra-se em: CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 2016; CHRISTOPOULOS, Basile. **Judiciário não pode ser refém das consequências das suas decisões**. *CONJUR*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequentialismo#sdfootnote5sym>>. Acesso em 17 de agosto de 2019

³⁴⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequentialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 248, maio/ago. 2008, pp. 130- 158.

³⁴⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequentialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 248, maio/ago. 2008, pp. 130- 158.

³⁴⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequentialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 248, maio/ago. 2008, pp. 130- 158.

institucionais representam, assim, instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais³⁴⁸.

A teoria das Capacidades Institucionais tem seu marco de origem³⁴⁹ normalmente associado ao artigo *Interpretation and Institutions* de Cass Sunstein e Adrian Vermeule e, segundo Leonardo Coelho, pode ser resumidamente compreendida como a busca por determinar qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa³⁵⁰ e considerando as situações empiricamente verificáveis. O professor Leonardo Ribeiro admoesta que uma das consequências advindas da citada teoria é a doutrina da deferência judicial (*intelligible principles doctrine*). A deferência judicial decorreria, no entender do multicitado professor, de uma construção da Suprema Corte norte-americana e teria como significado a ideia de que tendo havido um processo judicial administrativo e uma fundamentação adequada para a escolha da Administração na produção do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável³⁵¹.

Dentre os juristas brasileiros que partilham do construto teórico da teoria em questão destacam-se os professores Fernando Leal e Diego Werneck, os quais delimitaram em três as premissas básicas de quem argumenta levando a sério tal teoria. As premissas são expostas nos seguintes termos, (I) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (II) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e

³⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 227

³⁴⁹ Consideram-se textos germinais da Teoria das Capacidades Institucionais: SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: Michigan Law Review, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003; VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: an Institutional Theory of Legal Interpretation**, Harvard, 2006; e Schuartz, **Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo**, Revista de Direito Administrativo, 245, 2007, p. 96-127.

³⁵⁰ RIBEIRO, Leonado Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto através de um novo véu?. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Vol. 22. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.03.PDF>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

³⁵¹ RIBEIRO, Leonado Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto através de um novo véu?. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Vol. 22. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.03.PDF>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

incertezas; (III) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo³⁵².

Os professores Fernando Leal e Diego Werneck, considerando as premissas que baseiam a teoria das Capacidades Institucionais, ponderam, ademais, pela doutrina da segunda melhor decisão. “The theory of second best”³⁵³, isto é, de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisa possível vinculado a implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a decisão que tenda a gerar factualmente consequências que ao máximo independam de externalidades³⁵⁴.

A multicitada teoria das capacidades institucionais possui o seu grau de relevância elevado sobremaneira quando as questões em análise são de natureza técnica, tais quais as que são submetidas às agências administrativas independentes. A capacidade institucional para a resolução das questões aventadas estão comumente situadas diante de uma dualidade institucional.

De um lado, a experiência prática de desaconselhamento da interferência do Poder Judiciário em esfera estranha ao exame da legalidade, já que as razões de ordem técnica, estranhas ao conteúdo jurídico do ato, merecem muito melhor solução através de organismos próprios que possam apreciar se os meios empregados pela Administração Pública foram os

³⁵² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em < <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

³⁵³ “My target here is first-best conceptualism: the attempt to deducing operating-level rules of interpretation directly from high-level conceptual commitments - for example, commitments to democracy, or the rule of law, or constitutionalism, or an account of law authority of the nature of legal language. All such deductions fail, because intermediate premises about the capacities and interaction of legal institutions are necessary to translate principles into operational conclusions. An inescapable problem for first-best conceptualism is the possibility of second-best effects. Interpreters situated in particular institutions make mistakes when implementing any first-best account, and the rate of mistakes will vary with changes in the decision-procedures the interpreters use, as will the cost of reaching decisions. There is no decision-procedure for implementing any high-level interpretative commitment that is best a priori, or that can be deduced from conceptual commitments. The best decision-procedure will vary with the facts about institutional capacities and systemic effects. The upshot is that conceptualism can never provide a full account of the operating-level interpretative procedures that judges should use. The normative theory of legal interpretation turns upon empirical questions and factual findings”.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: an Institutional Theory of Legal Interpretation**, Harvard, 2006. P. 2

Analisar também: VERMEULE, Adrian. **System effects and the Constitution**. Harvard Law Review. Prefácio. Vol. 123, Issue 1, November 2000. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/print/vol-123/system-effects-and-the-constitution/>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

³⁵⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em < <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

mais adequados, a justiça, a oportunidade e a conveniência do ato³⁵⁵. Do outro lado, há a situação institucional das agências reguladoras que nem sempre é adequada ao seu objetivo original. Conforme alerta Leonardo Coelho Ribeiro, o sistema regulatório brasileiro vem sendo deteriorado, por meio de um processo que tem sido denominado de *institutional by pass*³⁵⁶, isto é, um contorno institucional para que a vontade política prevaleça sobre a vontade reguladora (independente e isenta)³⁵⁷. Rafael Freitas³⁵⁸ afirma que, no Brasil, ainda há a cultura de ausência de cálculo dos riscos regulatórios das normas emanadas, o quê, por consequência, tende a gerar a expropriação normativa.

Considerando todo o anteriormente exposto, cabe salientar que o desenho institucional das agências técnicas no Brasil possibilita que o diálogo entre a jurisdição administrativa e a judiciária seja desenvolvido, quando citada a teoria das capacidades institucionais nos tribunais superiores, via de regra, por meio de um comportamento autocontido. Os argumentos que sustentam o comportamento detectado orbitam no fundamento de que na áreas em que há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre

³⁵⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

³⁵⁶ São exemplos desse processo: (i) a indicação de dirigentes providos de pouca perícia no setor regulado; (ii) o exercício demasiado e intrusivo de interferência em suas decisões técnicas pelos órgãos de controle; (iii) a manutenção da estrutura regulatória apenas no plano formal, em contrapartida ao esvaziamento paralelo de seu espaço decisório e de influência na conformação e direção do setor regulado no plano real/material; e (iv) a adoção de mecanismos de *endorregulação*, transferindo funções regulatórias para empresas estatais e outras entidades da Administração Pública. Outro fator está nas frequentes deficiências existentes nos mecanismos fiscalizatórios das agências reguladoras, devido aos próprios caixas comprometidos e ao número insuficiente de servidores para cumprir a função. Há notícias de que as dez agências reguladoras nacionais operam com um déficit de pelo menos 3 mil profissionais.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto através de um novo véu?. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Vol. 22. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.03.PDF>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

³⁵⁷ RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto através de um novo véu?. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Vol. 22. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.03.PDF>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

³⁵⁸ A expropriação normativa é a falha do processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB), resultando na Responsabilização do Estado por ato lícito, em razão da violação da equânime repartição de encargos sociais.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Expropriações normativas**. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. 216 f.

múltiplas e complexas variáveis políticas³⁵⁹, o Judiciário não seria detentor da expertise suficiente para alcançar os mecanismos eficientes na resolução dos conflitos.

O fundamento argumentativo de quem adota a teoria das capacidades institucionais possui, segundo Fernando Leal e Diego Werneck³⁶⁰, ao menos três pressupostos, quais sejam:

(i) pressupostos institucionais estruturais (funcionalismo e especialização), deste modo,

o argumento das capacidades institucionais pressupõe uma determinada concepção de separação de poderes e de desenho institucional, segundo a qual diferentes funções devem ser alocadas, tanto quanto possível, para o nível de governo ou da sociedade que possa exercê-los melhor³⁶¹

(ii) pressupostos epistêmicos (falibilidade potencial e contingência das ‘capacidades’), sendo assim, é preciso reconhecer, portanto,

(i) uma margem insuperável de incerteza na determinação da correção das escolhas institucionais para promover (no futuro) determinados fins relevantes e, como uma das causas importantes para essa incerteza, (ii) as limitações e vieses cognitivos a que estão submetidas as instituições em razão da sua conformação normativa e das condições fáticas sob as quais exercem as suas competências³⁶²

(iii) pressupostos metodológicos (consequencialismo), neste sentido, respeitando, as regras do direito positivo, deve considerar qual a instituição possui melhores condições de gerar as melhores soluções para o caso concreto, pondera-se, todavia, que o sentido de melhores não é o do tipo ideal no qual são desconsideradas as contingências que impossibilitam tal tomada de decisão ou acabam por gerar um grau muito elevado de efeitos secundário negativos e, por tal motivo, a relevância da adoção da estratégia do “*second-best*”, conforme já anteriormente explicado.

As vantagens da teoria das Capacidades Institucionais, conforme Fernando Leal e Diego Werneck, são a empiria, a comparação e o foco no resultado agregado³⁶³, de maneira

³⁵⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 18 de maio de 2023

³⁶⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

³⁶¹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

³⁶² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 18 de maio de 2023

³⁶³ LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento das ‘Capacidades Institucionais’. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, p. 192, 2016. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24293/Dois_problemas_de_operacionalizacao_do_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 de agosto de 2019

que uma decisão judicial para que adote adequadamente tal substrato teórico necessita ter em conta uma perspectiva centrada no caso concreto, nos meios utilizados para a resolução da disputa, nas condições de julgamento e funcionamento da agência técnica que logrou sustentar sua decisão em determinado sentido. Um caminho possível para tanto é a consulta constante aos diversos estudos doutrinários empreendidos no bojo das mais relevantes agências administrativas independentes do país, tal qual a observação analítica de estudos empíricos sobre as capacidades institucionais do CADE³⁶⁴ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e do CARF³⁶⁵ (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, utilizando argumentos referentes a capacidade institucional, permanece perene quanto a deferência do Poder Judiciário frente as decisões das agências reguladoras³⁶⁶. A argumentação utilizada é a de que o dever de deferência do Judiciário frente às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (I) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (II) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatório administrativa. De tal forma que a complexidade das questões regulatórias se diferencia das questões comumente enfrentadas pelo Poder Judiciário, questões para as quais a sua institucionalidade está previamente construída³⁶⁷.

³⁶⁴ O CADE disponibiliza em seu site institucional as informações relevantes sobre sua estrutura e competência (<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>), além de que juristas dedicados ao direito concorrencial prescrevem e interpretam os citados dados estatísticos, como: SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V. 1. 415p.

³⁶⁵ Exemplos de análises empíricas da institucionalidade do CARF: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: uma análise do sistema tributário do Brasil**. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/cni_carf_book.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2019; CGU; TCU. **Relatório de Auditoria nº 201504306**. Auditoria conjunta CGU e TCU – Avaliação de integridade do CARF. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/7938.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2019; BASTOS, Ricardo Victor Ferreira. **O CARF como meio de exercício da jurisdição: uma análise crítica à proposta de extinção do órgão**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170120-04.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2019; DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins; DA SILVA, Daniel Souza Santiago. Dez sugestões institucionais para o CARF. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dez-sugestoes-institucionais-para-o-carf-22042015>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

³⁶⁶ ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016.

³⁶⁷ “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas”.

POSNER, Richard A. "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework". In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13. *Apud*: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário 1.083.955, Rel. Min.

A jurisprudência do Supremo Tribunal corrobora o entendimento de Adrian Vermeule para quem o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos³⁶⁸. A aceitação da teoria das Capacidades Institucionais é bem-vinda e digna de louros, no entanto, a sua aplicabilidade necessita de maior temperança, no intuito de que sejam evitadas as aplicações inadequadas, como a banalidade, a redundância, o absurdo (ou a desvinculação absoluta com o direito positivo)³⁶⁹.

4.3. Aplicabilidade da deferência pelo Estado-Juiz: contribuições operacionais

São insofismáveis as inúmeras dificuldades operacionais na aplicabilidade da teoria da deferência. Isto ocorre, em primeiro lugar, porque o significado múltiplo do termo e o grau de sua aplicação perpassa por análise métricas dotadas de subjetivismo inevitável, mas também porque há pouco ou nenhum escrito indicativo de caminhos de segurança na aplicabilidade da teoria da deferência que sirvam eficazmente ao manejo cotidiano do Poder Judiciário.

Nada obstante as muitas láureas tecidas a respeito do consequencialismo, da teoria da deferência, da teoria das capacidades institucionais e de outras semelhantes a estas, a efetividade da aplicação destas teorias depende diretamente da capacidade prática que o Judiciário tenha de executá-las. Considerado o exposto, compete a doutrina fornecer cabedal instrumental apto a facilitar que os membros do Poder Judiciário adotem um comportamento deferente frente à complexidade dos fatos concretos e, deste modo, potencializem os ganhos institucionais decorrentes do desenho normativo estabelecido no arcabouço político e jurídico.

Diante do contexto acima delineado, importa, nesta pesquisa, chamar atenção para institutos processuais que costumeiramente são aplicados pelos agentes regulados pelas agências técnicas como meios de fugir da efetividade imediata das decisões que contrariem os seus interesses, em especial dos *players* mais poderosos social ou economicamente. Neste sentido, importa tecer considerações a respeito das tutelas antecipadas, do ônus probatório e da fundamentação do provimento sentencial.

Diversos estudos confirmam o anteriormente afirmado, entes estes estudos, chama-se atenção para o levado a efeito por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim

Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 28/05/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340341922&ext=.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

³⁶⁸ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251.

³⁶⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 18 de maio de 2023

de Azevedo e Tércio Sampaio Ferraz Jr, os quais em um artigo de análise das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), observaram uma situação em que, apesar do elevado número de confirmações das decisões coletadas, havia um tempo excessivo para o trânsito em julgado das decisões, com uma média de tramitação de 36 meses. Além disso, era comum os juízes de primeira instância concederem medidas liminares para suspender a eficácia da medida regulatória³⁷⁰.

Germano Cardoso analisando o estudo acima elencado acabou por concluir que a pesquisa dos citados autores poderia ser resumida sinteticamente na conclusão de que as tentativas de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e o CADE perpassa por um processo demasiadamente lento e dotado de grave insegurança jurídica³⁷¹. A conclusão de Germano – com a qual afirma-se, de logo, nada obstante um caminho de avanços como os elencados em capítulos anteriores, há total concordância – decorre de algumas deformidades do sistema judiciário, advindas de uma cultura insipiente de colaboração entre juízos ou entre estes e órgãos/entidades externas, a ausência de formação continuada aos magistrados e servidores entre outros.

Os problemas perceptíveis através do estudo multicitado serão, em poucas linhas, a seguir delineados, quer sejam conjunturais ou estruturais³⁷². Em regra, os casos levados a efeito pela análise das agências técnicas são complexos e demandam grande período de tempo para análise nos gabinetes do Poder Judiciário, dispêndio de recursos humanos não disponível devida ao comumente elevado acervo das estruturas judiciárias.

A complexidade da causa e a ausência de estrutura física e de pessoal para dar conta de tais questões, assim também o estabelecimentos de métricas de produtividade que não consideram a qualidade e a complexidade do trabalho produzido, funcionam como estímulos para que os problemas enfrentados pelas agências técnicas não estejam na ordem do dia, em relação a prioridade na prolação de decisões, e, por conseguinte, tenham o devido tempo de tramitação prorrogado no tempo. Ademais, tendo em conta a comum ausência de capacidade institucional das varas judiciárias para lidar com a complexidade técnica das questões aventadas nas causas que envolvam potenciais incorreções nos julgamentos das matérias objeto das agências técnicas, além do comportamento já tradicional de que em causas que envolvam conhecimento especializado o juízo se socorra de especialistas, os membros do

³⁷⁰ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

³⁷¹ CARDOSO, Germano Bezerra. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionariedade**: análise sob a perspectiva institucional. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. P. 124.

³⁷² MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

Judiciário tendem a produzir prova pericial em todos os processos levados ao seu conhecimento.

Neste ínterim, importa pontuar que, de modo geral, a produção da prova pericial poderia ser despicienda, já que é ato dispendioso em recursos financeiros e de tempo, podendo ser suficientemente substituído, ao menos na maioria das ocasiões, por assessoria técnica especializada junto ao Tribunal. Intuito que, em conformidade com o artigo 464, §2º, do CPC, isto é, a possibilidade de substituição da perícia por prova técnica simplificada nas hipóteses em que o ponto controvertido for de menor complexidade, torna recomendável a constituição de corpo técnico próprio do tribunal para tais casos, em especial quando tal prova for necessária em processos tipicamente repetitivos. A constituição de corpo técnico especializado nos Tribunais para o auxílio em matérias de caráter repetitivo é importante medida de auxílio aos magistrados e de construção de uma cultura colaborativa e institucional para a resolução de controvérsias. Ela possibilitará maior confiança entre o exercente do poder jurisdicional judicial e o técnico responsável pela emissão do parecer, além de facilitar o mapeamento de litígios repetitivos e, por tudo, desencorajar a recalcitrância.

Não fossem suficientes as questões anteriormente aventadas, outras, estas de natureza processual, costumeiramente assombram os processos. A primeira destas questões é a delimitação de qual o âmbito do escopo da revisão judicial, como já anteriormente trazido a lume, os magistrados com frequência não possuem inteireza de discernimento a respeito de qual o limite adequado de autorrestrrição na análise jurídica sobre as decisões advindas das agências especializadas. De igual modo, questões de competência territorial e sobre o grau de especialização das varas regulamentadas nos diversos Tribunais do país somam para protelar o trânsito em julgado do conflito de interesses levado ao Judiciário.

Todas as questões acima suscitadas servem como fatores desestabilizantes nas expectativas sociais sobre as decisões judiciais e, portanto, podem ser tratadas como fatores que dão azo à insegurança jurídica. Considerado o cenário descrito, Maranhão, Azevedo e Ferraz Jr concluem pela existência de quatro fatores para tal deformidade sistêmica: i) parâmetros indefinidos sobre a concessão de medidas liminares; b) multiplicidade de recursos frente as decisões judiciais das primeiras instâncias que analisam as questões das agências técnicas; c) multiplicidade de ações com o mesmo objeto, diante da falta de critérios sobre a competência territorial e/ou funcional para o julgamento dos casos; d) dúvidas sobre o escopo da revisão judicial. A miscelânea de fatores apresentada tem como consequência decisões judiciais que padecem por, ao menos, os seguintes caracteres: i) sobrevalorização de questões

processuais; ii) falta de expertise técnica; iii) viés privatista; iv) insensibilidade às razões regulatórias e refúgio no formalismo.

As questões encontradas no trabalho de Maranhão, Azevedo e Ferraz Jr foram, em maior ou menor medida, replicadas na análise empírica empreendida por Wang, De Palma e Colombo, ocorrendo que estes últimos concluíram:

os dados sugerem, portanto, um cenário muito mais complexo acerca do controle da regulação pelo Judiciário, que predica a presença de outros critérios que vão além daqueles trabalhados em sede doutrinária. Assim, tais teorias mostram-se na prática insuficientes para que o juiz delibere sobre a manutenção ou a invalidade da atividade regulatória³⁷³.

A doutrina jurídica diante de tão grande desafio necessita dedicar-se a apresentar possíveis comportamentos desejáveis aos decisores que eventualmente vejam-se imbuídos a lidar com a situação no exercício do poder jurisdicional, através do Judiciário. A presente pesquisa, considerado o arcabouço de tudo o quanto até aqui defendido, arvora-se a sugerir ao menos três comportamentos como caminhos facilitadores a tal tarefa. Os caminhos a seguir elencados, consideradas em contrastes todas as dificuldades expostas, servirão como balizas para as tutelas provisórias, a distribuição do ônus probatório e o necessário zelo na fundamentação das sentenças judiciais.

A normatização das tutelas de urgência está, em maior ou menor medida, prevista no Código de Ritos, por intermédio de quatro distintos elementos, a saber: a probabilidade do direito, o perigo de dano, o risco ao resultado útil do processo e as chances de irreversibilidade da medida. O entendimento adotado nesta pesquisa é o de que, a contrário senso dos dados empíricos acima elencados, o deferimento de tutelas de urgências contrário as decisões emanadas das agências técnicas não deveria ser uma constante no Poder Judiciário.

Diversos fatores militam no sentido de que a causa ao chegar ao Poder Judiciário já foi objeto de ampla análise dos fatores jurídicos em questão, de igual modo, em relação as possibilidades de danos imediatos aos *players*. Wang, De Palma e Colombo pontuam:

Qual o valor do processo administrativo na formação da convicção do juiz? O processo administrativo é a arena de diálogo entre as partes interessadas na regulação e o instrumento de formação racional da decisão, não podendo o ato ser considerado como advindo de um momento único. Os atos regulatórios são dotados

³⁷³ WANG, Daniel Wei Liang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2010. P. 314.

de maior valor quando advindos de ambientes nos quais houve maior permissão para a participação administrativa, por meio de audiências e consultas públicas³⁷⁴.

Ao ponderar que as questões levadas ao Poder Judiciário já foram alvo de amplo debate, com a intensa participação das partes envolvidas, deferir tutela provisória para descumprimento da medida determinada pela agência aparenta ser um desserviço. É importante olhar em retrospectiva: enquanto a agência técnica para decidir necessitou ponderar diversos posicionamentos, tramitar adequadamente procedimento administrativo, com o tempo necessário para o amadurecimento da questão, o julgador que defere tutela provisória em sentido inverso, quando muito teve a oportunidade de deparar-se repentina e inadvertidamente com a questão. A cognição sumária, por sua própria natureza, não permite que seja formado juízo completo sobre a causa. O resultado da perspectiva noticiada é passível de ser encontrado nos estudos empíricos anteriormente elencados, qual seja o de que, conquanto sejam inúmeras as tutelas provisórias deferidas, o provimento final com frequência coaduna com a decisão adotada pela agência técnica.

Por todos os motivos anteriormente expostos, defende-se que o deferimento de tutela provisória em sentido contrário ao decido pelas agências técnicas consiste, com frequência, em medida açodada que potencializa a insegurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio. Nada obstante as considerações tecidas, o julgador da causa permanece sendo o responsável pela garantia de que as suas decisões não implicarão na impossibilidade de julgamento da questão ao final do processo, de modo que excepcionalmente nas hipóteses em que o indeferimento da tutela de urgência implique no imediato perecimento do direito, então muito provavelmente existirão fundadas razões para o deferimento da tutela cautelar (arts. 305 e ss do CPC).

A norma adjetiva civil divide o ônus da prova (art. 373 do CPC) de maneira que incumbirá: (I) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (II) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A distribuição do ônus da prova, no entretanto, é de viés dinâmico, isto é, pode ser alterada, considerando as condições fáticas da causa, para o polo oposto da demanda, por estes termos já ponderou Miguel Kfourir:

as regras que determinam a posição da parte litigante – autor ou réu – dos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por

³⁷⁴ WANG, Daniel Wei Liang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2010. Págs. 312-313.

decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico³⁷⁵.

Considerando que o rito processual contemporâneo adota sem maiores contestações a distribuição dinâmica do ônus da prova, importa ponderar para qual dos sujeitos processuais recairá a obrigação probatória. O ponto de vista defendido nesta pesquisa é o de que o caminho mais adequado foi aquele definido para as decisões do Tribunal Marítimo, a respeito das quais há certo consenso de que consistem em decisões de elevada expertise técnica e consistem, per si, em instrumento probatório apto a sustentar a decisão emitida pelo respectivo tribunal. O sujeito processual que objetiva desconstituir a decisão é que necessitará apresentar instrumentos probatórios aptos a lhe fazer lograr êxito em seu desiderato.

Pelo didatismo do viés exemplificativo elenca-se ensinamento doutrinário de lavra da professora Carla Gilbertoni³⁷⁶, para quem as decisões do Tribunal Marítimo possuem validade como prova técnica essencial para o julgamento do caso e são presumidas como corretas – juris tantum, devido à expertise especializada do colegiado em assuntos de sua competência. Os ensinamentos da doutrinadora prosseguem no sentido de que, na eventualidade menos favorável, somente um laudo pericial adicional poderia invalidar essa decisão; caso contrário, o Poder Judiciário teria dificuldade em alterar ou anular a decisão, desde que o processo tenha sido conduzido de forma regular.

Por fim, porém de igual relevo, vale tecer considerações a respeito da fundamentação de provimentos sentenciais que não se prestem a adotar a deferência como fundamento de sua decisão. A ausência de deferência na decisão judicial em relação às agências técnicas não pode se sustentar na mera menção retórica à autonomia funcional da magistratura ou no livre convencimento motivado, isto porque tais normas não significam salvo conduto para que sejam proferidos entendimentos judiciais completamente alheios ao sistema social no qual os poderes do Estado estão constituídos.

O artigo 489, §1º do CPC, nos termos do professor Fredie Didier, relaciona alguns exemplos de situações em que a decisão, porque deficientemente justificada, considera-se não fundamentada³⁷⁷. Considere-se de fundamental relevância, inclusive para fortalecer a adoção da teoria da deferência no direito brasileiro, que seja instituída reforma legislativa para a

³⁷⁵ KFOURI, NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. P. 137.

³⁷⁶ GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 258-259

³⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. P. 326

inclusão de inciso no citado instrumento legislativo para fazer constar hipótese que faça referência expressa às agências técnicas. De outra banda, o entendimento aqui adotado é o de que, com fundamento no art. 489, §1º, IV, do CPC, é possível concluir que nas hipóteses em que o julgador desconsiderar os fundamentos expostos no processo administrativo da agência técnica ou na norma por ela emanada, sem ponderar a respeito das consequências práticas da decisão, inevitavelmente estar-se-á diante de decisão judicial não-fundamentada e, portanto, nula.

A ponderação a ser realizada pelo Poder Judiciária necessita ser ao menos semelhante a que se exige do julgador da agência técnica, isto é, é preciso deixar clara a compreensão a respeito do direito a ser aplicado, do sistema da administração pública, do microssistema das relações sociais atingido pela questão, das limitações do órgão julgador e das potencialidades quanto a sua capacidade institucional.

4.4 Conclusões parciais

As agências técnicas têm o potencial de funcionar como um novo marco decisório, uma vez que suas concepções estão relacionadas à busca por uma maior capacidade institucional na tomada de decisões sobre questões relevantes que exigem conhecimento técnico especializado. No entanto, o exercício de seu papel institucional está intrinsecamente ligado à relação entre a respeitabilidade de suas decisões e a segurança jurídica que o Judiciário promove por meio de um diálogo respeitoso. O caminho considerado mais adequado é aquele percorrido pelas teorias da deferência judicial. Essas teorias são frequentemente criticadas por dois equívocos.

O primeiro equívoco é a afirmação de que a deferência judicial só pode ser aplicada a decisões que envolvam questões puramente técnicas, excluindo assim qualquer possibilidade de as agências técnicas exercerem qualquer interferência nas políticas públicas. É certo que a legitimidade democrática favorece que as decisões sejam tomadas prioritariamente por políticos eleitos. No entanto, ao considerar a ideia de que as agências reguladoras são completamente incapazes de influenciar as políticas públicas, os críticos desejam, na verdade, esvaziar completamente o poder decisório das agências.

O segundo equívoco é entender que a deferência judicial existe apenas quando o juiz decide manter a decisão proferida pela agência técnica. O conceito de deferência não é juridicamente consolidado e uniforme, podendo variar dependendo da perspectiva do analista. Em geral, a deferência judicial caracteriza-se por ser uma decisão em que o Poder Judiciário

reconhece que não possui as habilidades necessárias para emitir o entendimento mais adequado ou eficiente na resolução de uma determinada questão.

A consulta a dicionários de uso comum pode fornecer diversos significados para o termo "deferência", incluindo ter uma atitude de respeito e consideração, prestar atenção a algo, demonstrar interesse pelos assuntos alheios, ter complacência ou condescendência.

Nos Estados Unidos, o precedente mais relevante em relação à teoria da deferência é, sem dúvida, o famoso caso Chevron. A adoção da doutrina Chevron pelo Judiciário implica na necessidade de fundamentação em relação à possível deferência, por meio da verificação de um procedimento em três etapas: passo zero ("step zero"), o Congresso incumbiu as agências de fornecer interpretações com força de lei?; passo um, há lacuna ou ambiguidade no tratamento legislativo da questão?; passo dois, a agência apresentou uma interpretação razoável da ambiguidade, baseada em escolhas políticas razoáveis? Ocasionalmente, diante da complexidade da questão política, econômica ou social em questão, o Judiciário pode considerar que o grau de delegação legislativa não inclui a resolução desse problema específico. Essa hipótese deve ser extremamente excepcional e aberta ao diálogo posterior com o Legislativo e a própria agência sobre qual será a regulamentação adequada para a questão.

Por outro lado, o direito brasileiro não possui um marco legal ou jurisprudencial amplamente reconhecido que delimite os critérios e hipóteses em que ocorrerá a deferência judicial. A reflexão sobre a deferência nos tribunais brasileiros, portanto, permanece na ideia de que se trata de uma análise de uma postura adotada pelo Poder Judiciário em relação às decisões tomadas por outros poderes ou órgãos do Estado. Em outras palavras, envolve a ideia de que, em certas situações, os tribunais devem ser cautelosos e conceder deferência aos outros poderes, presumindo que suas decisões estão corretas e em conformidade com a Constituição.

O método adequado para lidar com o procedimento da deferência não parece ter uma solução perfeita. De maneira geral, quanto mais complexo for o teste para determinar o grau de deferência em relação a decisões emitidas por terceiras instituições em uma matéria técnica específica, mais incerto será o resultado devido às complexidades inseridas no sistema. Por outro lado, a simplificação do procedimento de justificação não é suficiente para impedir que a deferência sugerida nas decisões judiciais signifique simplesmente concordância com uma decisão para a qual já existia uma simpatia prévia. A fundamentação das decisões, proveniente de complexas conexões da cognição humana, tende a ser mais complexa do que o conjunto de fundamentos apresentados. Assim, o uso de estruturas simplificadas para

determinar a intensidade do controle judicial não impede que, na prática, os tribunais incorporem em seu raciocínio variáveis e ponderações não expressamente mencionadas.

A subjetividade na análise do que constitui deferência é perceptível, inclusive porque a análise pode ocorrer por diferentes métricas, incluindo: (I) deferência pelo discurso, em que a fundamentação da decisão adota um discurso de deferência em relação às agências reguladoras; (II) deferência pelo resultado, que contrasta a decisão da agência técnica com a decisão judicial; (III) deferência pela amplitude de controle, observando-se a extensão do controle exercido pelo tribunal, ou seja, se limitado a questões processuais ou amplo o suficiente para abranger também aspectos substanciais.

É inegável a existência de várias dificuldades operacionais na aplicação da teoria da deferência. Isso ocorre, em primeiro lugar, devido ao significado múltiplo do termo e ao grau de sua aplicação, que envolvem análises métricas permeadas por inevitável subjetivismo. Além disso, há poucos ou quase nenhum material indicando caminhos seguros para a aplicação eficaz da teoria da deferência que possam ser efetivamente utilizados no cotidiano do Poder Judiciário.

Diante do exposto, cabe à doutrina fornecer um conjunto de instrumentos adequados para auxiliar os membros do Poder Judiciário a adotarem um comportamento deferente diante da complexidade dos fatos concretos. Dessa forma, será possível potencializar os ganhos institucionais decorrentes do desenho normativo estabelecido no âmbito político e jurídico.

Os métodos mais produtivos e intuitivos para o diálogo interinstitucional e a colaboração das agências técnicas são as consultas formais, as audiências e perícias técnicas, e a participação como *amicus curiae*.

As consultas formais consistem em solicitar manifestação ou opinião de pessoas, órgãos, instituições ou entidades externas ao Judiciário, permitindo a participação desses consultores no processo, a critério do juízo consulente (conforme estabelecido no artigo 6º, XXI, da Resolução nº 350 do Conselho Nacional de Justiça). A realização de audiências e perícias técnicas também é um método valioso, permitindo que especialistas apresentem seus conhecimentos e pareceres técnicos para auxiliar o tribunal na tomada de decisões em questões que exigem expertise específica.

Ademais, em conformidade com o artigo 464, §2º, do CPC, isto é, a possibilidade de substituição da perícia por prova técnica simplificada nas hipóteses em que o ponto controvertido for de menor complexidade, entende-se por recomendável a constituição de corpo técnico próprio do tribunal para tais casos, em especial quando tal prova for necessária em processos tipicamente repetitivos. A constituição de corpo técnico especializado nos

Tribunais para o auxílio em matérias de caráter repetitivo é importante medida de auxílio aos magistrados e de construção de uma cultura colaborativa e institucional para a resolução de controvérsias. Ela possibilitará maior confiança entre o exercente do poder jurisdicional judicial e o técnico responsável pela emissão do parecer, além de facilitar o mapeamento de litígios repetitivos e, por tudo, desencorajar a recalcitrância.

Além disso, nos casos em que a resolução requer alta expertise técnica, a intervenção de *amici curiae* é um atributo fundamental. No âmbito da administração pública, os juízes podem incentivar a colaboração desses órgãos por meio de convocações oficiais. Embora seja raro nos julgamentos de primeira e segunda instâncias, solicitar a colaboração de órgãos ou entidades da administração pública, ou de seus especialistas, é totalmente louvável e está de acordo com a previsão do artigo 138 do Código de Processo Civil.

Além dos meios de diálogo interinstitucional já mencionados, é importante incentivar abordagens para as decisões mais comuns e que já possuem uma cultura consolidada nos tribunais brasileiros. Nesse sentido, são relevantes as disposições relacionadas às tutelas provisórias, à distribuição do ônus probatório e à necessidade de uma fundamentação adequada nas sentenças judiciais.

O deferimento de tutelas de urgência contrariando as decisões emanadas das agências técnicas não deveria ser algo frequente no Poder Judiciário. É recomendável que as decisões das agências técnicas sejam consideradas como instrumentos probatórios capazes de sustentarem-se por si mesmas, funcionando como uma espécie de presunção de veracidade das condições fáticas e de adequação da fundamentação jurídica nelas estabelecidas. Com base no art. 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil, é possível inferir que, nos casos em que o julgador desconsiderar os fundamentos expostos no processo administrativo da agência técnica ou nas normas por ela emitidas, sem ponderar sobre as consequências práticas da decisão, inevitavelmente estaremos diante de uma decisão judicial não fundamentada e, portanto, nula.

5 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea é marcada por uma diversidade de problemas complexos, que frequentemente exigem um alto nível de conhecimento especializado para serem adequadamente solucionados. O sistema de resolução de conflitos no Brasil também reflete essa pluralidade, oferecendo diversas oportunidades para a busca de meios apropriados que resultem na pacificação social com justiça para os inúmeros casos apresentados.

Dentre os métodos apropriados para lidar com conflitos que demandam expertise técnica, destaca-se a submissão à jurisdição administrativa exercida pela Administração Pública, por meio de agências técnicas. Essa abordagem visa garantir a efetividade na resolução de questões complexas, permitindo que os órgãos especializados atuem com base em seus conhecimentos e competências específicas.

Embora seja controverso, o reconhecimento da existência de uma jurisdição administrativa no direito brasileiro encontra respaldo em várias previsões normativas, como a teoria democrática, o estado de direito, a separação de poderes e a inafastabilidade jurisdicional. O princípio democrático demanda que a jurisdição vá além da simples resolução de conflitos individuais e legitime o exercício do poder através de abordagens dialógicas que considerem o uso de expertises técnicas e institucionais incorporadas no ordenamento jurídico.

O estado de direito busca garantir a certeza jurídica, que é ampliada por meio de um relacionamento respeitoso e dialógico entre as diferentes instâncias de tomada de decisão e exercício do poder. Nesse sentido, a separação de poderes, em uma interpretação adequada às necessidades contemporâneas, valoriza a especialização funcional e institucional.

Com relação à inafastabilidade jurisdicional, fica evidente que a atitude respeitosa do Poder Judiciário em relação aos julgamentos realizados pelas agências técnicas não viola, de forma alguma, a função essencial desse Poder. Pelo contrário, fortalece o exercício da jurisdição, ao reconhecer o papel institucional atribuído a cada entidade envolvida.

O conceito de jurisdição é influenciado por vários fatores, incluindo o momento histórico e o sistema jurídico analisado. É verdade que mesmo no caso da arbitragem, que é um debate mais amadurecido, ainda não há um consenso definitivo sobre sua natureza jurisdicional. Dessa forma, é compreensível que a determinação da jurisdicionalidade do julgamento das agências reguladoras também seja um assunto controverso, dito de outro modo, a definição precisa de se as agências técnicas exercem função jurisdicional é algo incerto e sujeito a mudanças, dependendo da perspectiva do analista.

No entanto, essa falta de consenso não diminui a importância de refletir sobre o caráter jurisdicional das decisões das agências administrativas independentes. Essa reflexão é valiosa, pois nos ajuda a tomar consciência da relevância das decisões emitidas por esses órgãos. Independentemente de se enquadrarem ou não como jurisdicionais, as decisões das agências têm impacto significativo na sociedade e na vida dos cidadãos, o que torna essencial analisar e compreender o papel dessas instituições em nosso sistema legal.

Ainda que não haja um consenso absoluto sobre a natureza jurisdicional dessas instituições, é fundamental continuar refletindo sobre suas atribuições e responsabilidades para garantir um sistema justo e eficiente de resolução de conflitos e tomada de decisões no âmbito administrativo.

A deferência judicial desempenha um papel relevante ao permitir o diálogo entre as instituições. O conceito de deferência ao longo desta pesquisa foi abordado em pelo menos três aspectos: (i) deferência pelo discurso; (ii) deferência pelo resultado; e (iii) deferência pela amplitude do controle. No entanto, não parece haver uma solução perfeita para determinar o procedimento adequado para uma postura deferente. O direito americano pode contribuir com doutrinas como a *Skidmore* e a *Chevron*, entre outras. Já no direito brasileiro, não existe um precedente definido para orientar os parâmetros a serem seguidos em tais situações, havendo sugestões na doutrina de que o artigo 22 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro seja utilizado.

De fato, a deferência judicial ocorre quando o Poder Judiciário reconhece que não possui todas as habilidades técnicas ou especializadas para tomar a decisão mais apropriada ou eficiente em relação a uma questão específica. Nesse sentido, o Judiciário pode optar por conceder deferência a outras instituições ou especialistas que possuam maior expertise na matéria em questão.

No contexto mencionado, a aplicabilidade da deferência judicial pode ser fortalecida quando consideramos uma teoria que leve em conta as consequências práticas das decisões tomadas. Ou seja, ao analisar as implicações reais e práticas das resoluções emitidas por outras instituições, o Poder Judiciário pode optar por acolher as decisões dessas entidades quando se acredita que elas possuem maior conhecimento ou experiência no assunto.

Essa abordagem permite que o Judiciário atue de forma mais ponderada, reconhecendo que, em certos casos, outras instâncias podem tomar decisões mais embasadas e adequadas, especialmente quando a expertise técnica ou a experiência específica são cruciais para a resolução de determinados problemas. Dessa forma, a deferência judicial pode ser um

mecanismo valioso para garantir uma abordagem mais completa e eficaz no tratamento de questões complexas que exigem conhecimentos específicos.

A teoria das capacidades institucionais, como uma vertente do pensamento consequencialista, oferece um interessante arcabouço teórico para o propósito mencionado. Essa abordagem permite uma percepção mais aprofundada, pois se concentra na análise das capacidades específicas das instituições, revelando seus limites funcionais e suas possibilidades.

A análise das capacidades institucionais desempenha um papel importante ao indicar os fatores estruturais que influenciam o funcionamento das instituições. Entre esses fatores, destacam-se o funcionalismo, que se refere à função específica que cada instituição desempenha dentro de um sistema maior, a especialização, que reconhece as competências específicas de cada órgão ou entidade, e a falibilidade potencial, que leva em consideração que todas as instituições têm limitações e podem cometer erros.

Além disso, a teoria das capacidades institucionais também considera a contingência das capacidades, ou seja, a ideia de que as instituições podem se adaptar e evoluir ao longo do tempo, bem como o consequencialismo, que destaca a importância de avaliar as consequências práticas das decisões tomadas pelas instituições.

Ao incorporar esses elementos em sua análise, a teoria das capacidades institucionais fornece uma abordagem robusta para compreender o funcionamento e a eficácia das instituições, o que pode ser especialmente relevante quando se trata de questões complexas que exigem conhecimentos especializados e decisões embasadas em resultados práticos.

O paralelo entre a teoria das capacidades institucionais e a teoria da deferência pode fornecer diretrizes valiosas para a busca de comportamentos processualmente desejáveis, permitindo que a eficiência seja alcançada com uma divisão equitativa de custos ao longo do processo judicial. Nesse sentido, é possível estabelecer práticas cooperativas no âmbito processual, como a utilização da consulta ou do *amicus curiae*, o que possibilita a contribuição de especialistas externos no esclarecimento de questões técnicas complexas.

Além disso, a constituição de corpo técnico próprio dos Tribunais também é uma medida sugerida pela pesquisa, o que permitiria que o Judiciário contasse com especialistas internos para auxiliar na análise de casos que envolvam conhecimentos específicos.

Outros mecanismos propostos incluem a presunção referente à prova e à tutela liminar, o que poderia facilitar o tratamento de questões técnicas complexas, garantindo decisões mais fundamentadas.

Em última análise, a ideia é promover um diálogo interinstitucional respeitoso, onde o Judiciário reconheça as capacidades e competências das agências e órgãos especializados, permitindo que decisões técnicas sejam tomadas por aqueles que possuem o conhecimento necessário. Essa abordagem pode resultar em uma distribuição mais equitativa de responsabilidades e custos, ao mesmo tempo em que promove uma maior eficiência no processo judicial.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, BRUCE. **La nueva división de poderes**. Tradução de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer AGU AC-051, anexado ao Parecer N° AGU/MS04/2006**: Definição acerca dos instrumentos da supervisão ministerial e da possibilidade de provimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

AGÊNCIA BRASIL. **Gilmar Mendes diz que Lei da Ficha Limpa foi “feita por bêbados”**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-08/gilmar-mendes-diz-que-lei-da-ficha-limpa-foi-feita-por-bebados>>. Acesso em 28 de junho de 2023.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU n° AC-51**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42129/40820/86532>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**: uma análise do sistema tributário do Brasil. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/cni_carf_book.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

BASTOS, Ricardo Victor Ferreira. **O CARF como meio de exercício da jurisdição**: uma análise crítica à proposta de extinção do órgão. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170120-04.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

BATISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: o ocaso anunciado? **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.03.pdf>. Acesso em 04 de julho de 2023.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: antecedentes históricos e principais aspectos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 p. 25 - 46 jan./dez. 2007.

BRASIL. **Ato institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.349.453/MS.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7693/1/STJ%20REsp%201349453%20Recurso%20Repetitivo.pdf>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183/DF.** Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266240>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 631.240/MG.** Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>

CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: Introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Germano Bezerra. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionariedade**: análise sob a perspectiva institucional. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. P. 124.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de Poderes: da Concepção clássica à Noção Contemporânea. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, Janeiro/Abril 2017.

Disponível em: <
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf>.

Acesso em 16 de fevereiro de 2021

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. 3ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. Págs. 26-27.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Vol I. Padova: Cedam, 1936. P. 44

CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de; DUTRA, Gabriel Fernandes Meireles. *Amicus Curiae* no processo civil: novas possibilidades. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 17. Volume 24. Número 1. Janeiro-abril de 2023 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. Págs. 322-339. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/72247/44612>>. Acesso em 30 de maio de 2023.

CGU; TCU. **Relatório de Auditoria nº 201504306**. Auditoria conjunta CGU e TCU – Avaliação de integridade do CARF. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/7938.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2019;

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação processual ordinária de cognição. Vol. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1943. Vol II.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: os conceitos fundamentais e a doutrina das ações. Vol. I. Tradução por J. Guimarães Menegale. Livraria Acadêmica – Saraiva: 1942.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Judiciário não pode ser refém das consequências das suas decisões**. CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo#sdfotnote5sym>>. Acesso em 17 de agosto de 2019

CHRISTOPOULOS, Basile. *Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

CONSANI, Cristina Foroni. Separação dos poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 123-149, jan./abr. 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 499, de 10 de maio de 2023**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original144942202305296474bb8622886.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2023.

CRETELLA JR, José. **Prática do Processo Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed. rev. e atual., 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática?** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. P. 116.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Prefácio de Fernando Limongi. Tradução de Celso Mauro Paciornik. 1ª ed. 4ª reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2022.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antoni Fabriis LT, 2008.

DE ALMEIDA, Eloísa Machado. Capacidades institucionais dos *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 10. N. 1. Rio de Janeiro. Jan/Mar 2019. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-678.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins; DA SILVA, Daniel Souza Santiago. **Dez sugestões institucionais para o CARF**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dez-sugestoes-institucionais-para-o-carf-22042015>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA, 1776. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0->

cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em 13 de fevereiro de 2021.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2021

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae** – Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 213-223, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. P. 37.

DIVER, Colin S. Judge as political powerbroker – superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. Volume: 65 Issue: 1 Dated: (FEBRUARY 1979) Pages:

43-106. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/1072646?origin=crossref>>. Acesso em 31 de maio de 2023

DOS REIS, Clóvis Mendes Leite Reimão. O processo administrativo contemporâneo: legitimidade, controle e eficiência da atividade administrativa brasileira. **XVIII Revista do CEPEJ**. Págs. 155-198. Disponível em: < <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20187>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12^a ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editor JusPodivm, 2020.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Expropriações normativas**. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. 216 f.

GARAIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006..

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **Democracia e as crises do sistema democrático: e agora, quem poderá nos defender?** Disponível em: <https://www.academia.edu/38416792/Democracia_e_as_crisis_do_sistema_democr%C3%A1tico_e_agora_quem_poder%C3%A1_nos_defender>. Acesso em 14 de outubro de 2021

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA, Sérgio; GOMES, Lucas Thevenard; BORGES, Gabriela. **Major Questions Doctrine: decisão da Suprema Corte coloca o tema da deferência novamente em pauta nos EUA.** Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/major-questions-doctrine-decisao-suprema-corte-coloca-tema-deferencia-novamente-pauta-eua>>. Acesso em 04 de julho de 2023.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

GUTMANN, Any; THOMPSON, Dennis. O que significa a democracia deliberativa? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, p, 23

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist papers.** Edited by Isaac Kramnick. London: Penguin Books, 1987. P. 319/320

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.** Belo Horizonte, ano 12, nº 47, pp. 209-230, out/dez 2014.

JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre Controle da Administração Pública.** São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 9. Ed., 2013.

KFOURI, NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. P. 137.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade Administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos**. 2 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2013. Págs. 20-40.

LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento das ‘Capacidades Institucionais’. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, p. 192, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24293/Dois_problemas_de_operacionalizacao_do_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 de agosto de 2019

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Ediciones Ariel: Barcelona, 1965.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. P. 22

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Coleção Teoria e Filosofia do Direito. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2008. P. 22

MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 149, dez. 2012.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** – Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MARRARA, Thiago (Org.), **Direito administrativo: transformações e tendências (org.)**. São Paulo: Almedina, 2014.

MARTINS, João Victor Ruiz; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. Economia do compartilhamento, assimetria informacional e regulação econômica consumerista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 34-52, jul./dez. 2016. p. 37.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993.

MEDAUAR. Odete. Administração Pública: do ato ao processo. Artigo. **Fórum Administrativo- Direito Público- FA**, Belo Horizonte, ano 9, n.100, 2009.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Michaelis, Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/defer%C3%A2ncia/>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Edição brasileira. Trad. Jean Melville. São Paulo: Marin Claret, 2002. P. 169 e 172

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do espírito das leis**. Introdução e notas de Gonzague Truc; traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. P. 148

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 223, p. 8, jan./mar. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., rev. e atual, 1998.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1.ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Controle de Constitucionalidade pelo STF** – Participação e Democratização por meio de Audiências Públicas e do *Amicus Curiae*. Curitiba: Juruá, 2015;
SILVA, Berky Pimentel da. ***Amicus Curiae***: é fonte legitimadora democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal? Curitiba: CRV, 2020.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. P. 325.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. **Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica, para uso das faculdades de direito do Brasil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Garner, 1901.

PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de processo**. vol. 151.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial** – Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 59, nº 187, p. 19-33, out./dez. 2008. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

RAMALHO, Joaquim Ignácio. **Praxe Brasileira**. 2ª ed. São Paulo: Duprat, 1904.

REIS, Tarcila; MONTEIRO, Vera. Os tipos de gestores públicos. **Jota**. 13/09/2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

RIBEIRO, Leonado Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto através de um novo véu?. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Vol. 22. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.03.PDF>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V. 1. 415p.

SARMENTO, DANIEL. O neoconstitucionalismo no Brasil. **In**: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 248, maio/ago. 2008, pp. 130-158.

Schuartz, **Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo**, Revista de Direito Administrativo, 245, 2007.

SILVA, Berky Pimentel da. *Amicus Curiae*: é fonte legitimadora democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal? Curitiba: CRV, 2020.

SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: **Michigan Law Review**, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after “Chevron”. **Columbia Law Review**. V. 90, n. 8, p. 2071-2120, 1990.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. Tradução de Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Contracorrente, 2021. Págs. 170-171.

SUNSTEIN, Cass. Foreword: Leaving Things Undecided. **Havard Law Review**. V. 110. 1996. P. 51.

VELAME, Glauber Rocha; SANTANA, Samene Batista Pereira. Justiça multiportas: da alternatividade ao princípio da adequação. **Revista Eletrônica da FAINOR**, Vitória da

Conquista, v.2, n.1, p. 62-85, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://ep01.fainor.com.br/revista_integrart/index.php/integrart/article/view/76>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: an Institutional Theory of Legal Interpretation**, Harvard, 2006.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Revista De Direito Administrativo**, 278(3), 15–43. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80829>>. Acesso em 19 de maio de 2023.

VERMEULE, Adrian. **System effects and the Constitution**. Havard Law Review. Prefácio. Vol. 123, Issue 1, November 200. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/print/vol-123/system-effects-and-the-constitution/>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

VERMEULE, Adrian. **The system of the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2011.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (Orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Massachussets: Blackwell Publishing, 2009. P. 267-282

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge, Massachusetts and London. England: Havard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, p. 433-468, 2013.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 17-53, set/dez. 2020.

WANG, Daniel Wei Liang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. **In** SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2010. P. 314.