

**LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES
POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES
E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA**

BRAGA, Juliana Nunes Borges¹

SOUZA, Fernando Machado de²

RESUMO: Este artigo científico tem por objetivo apresentar os resultados provenientes da pesquisa científica desenvolvida sob o tema “Limites do Exercício da Função Jurisdicional nas decisões políticas e administrativas: Princípio da separação dos Poderes e Deferência Administrativa”. Sob o prisma da temática proposta, analisou se a possibilidade de apreciação, por parte do Judiciário, de intervir no campo do executivo, onde este deriva atuar, contudo sua ineficiência enseja o posicionamento de demandas levadas ao poder judiciário. Hoje, o processo de judicialização de demandas de mérito do poder executivo, constituem no que a doutrina chama de subprincípio da deferência administrativa, nesse norte, veremos aplicabilidade desse princípio, sob o aspecto da separação dos poderes e o limite da função jurisdicional.

Palavras-chave: Separação dos Poderes; Judicialização; Chevron deference.

69

ABSTRACT: *This scientific article aims to present the results from the scientific research developed under the theme "Limits of Jurisdictional Exercise in Political and Administrative Decisions: Principle of Separation of Powers and Administrative Deference." From the point of view of the proposed theme, it was analyzed whether the Judiciary could intervene in the executive branch, where it derives its activity, but its inefficiency leads to the positioning of demands brought before the judiciary. Today, the process of judicialization of claims of merit of executive power, constitute what the doctrine calls the sub-principle of administrative deference, in this north, we will see applicability of this principle, under the aspect of the separation of powers and the limit of the jurisdictional function.*

Keywords: *Separation of Powers, Judicialization, Chevron deference.*

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados/MS – UNIGRAN. E-mail: ju.bbraga@hotmail.com

² Doutorando em Direito Constitucional. Mestre em Processo Civil. Especialista em Direito Administrativo e Direito Previdenciário. Docente no curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados/MS - UNIGRAN. E-mail: fernando.machado@unigran.br

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

1. INTRODUÇÃO

A apreciação de demandas, que são provenientes de lacunas do Poder Executivo por parte Poder Judiciário é uma forma, dentre outras, de controle do exercício do Poder político, isto é, o exercício de sua função jurisdicional, nesse contexto analisado, sob decisões políticas e administrativas. Contudo tais decisões não podem ser feitas a vontade pelo judiciário, isto criaria um controle jurídico excessivo de um poder sobre outro pode gerar efeitos sistêmicos indesejáveis.

Nesta orbita, surge o que a doutrina chama de deferência administrativa, que nas palavras de Fletcher "descrição de uma atitude ou disposição" (Fletcher, 2005, p. 69), conhecida também no cenário jurídico brasileiro, como princípio da deferência técnico administrativo ou subprincípio da deferência admirativa, que permite que um poder preste 'deferência ao outro', respeitando sua esfera de competência. A aplicabilidade da deferência administrativa se dá em litígios, que buscam discutir a eficácia, validade e aplicabilidade das normas provenientes das agencias regulamentadoras (Poder Executivo), onde o poder judiciário mediante provocação, precisa se posicionar.

Historicamente a definição de deferência administrativa, advém da suprema Corte Americana que estabeleceu um modelo de tese legal com vistas a determinar se deveria conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental a um estatuto legal regendo a atividade desta, o caso ficou conhecido como "CHEVRON", daí o que a doutrina chama como teoria de Chevron que é a aplicabilidade de deferência em searas de outros poderes, nessa interface: Executivo e Judiciário.

Pelo presente, e tendo o Judiciário como maior protagonista de aplicabilidade e cenário da teoria mencionada, indaga-se de qual forma o judiciário pode intervir e decidir, sob o prisma da deferência administrativa, qual o limite de sua função jurisdicional?!

2. RESULTADO E DISCUSSÃO

2.1 O surgimento da teoria de Chevron e aplicabilidade

A doutrina consagrada de Chevron é um dos casos mais famosos julgados no âmbito do Direito Administrativo, a apreciação da decisão resultou em um modelo de

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

tese legal com vistas a determinar se deve conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade desta. Segundo o posicionamento dado pela Suprema Corte, cabe ao juiz inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; e existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a suposta vagueza da lei cabe apenas verificar se a solução posta pela agência regulamentadora é razoável.

A Suprema Corte Americana adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial às interpretações de lei da agência em duas etapas, vejamos as definições segundo Scallia e Merrill:

No primeiro passo, a questão a ser resolvida é se o Congresso falou diretamente; se a intenção do Congresso é clara, isso é o fim do assunto; tanto a Corte, bem como a agência devem dar efeito à intenção inequivocamente expressa do Congresso (SCALLIA, 1989, p. 511).

Os tribunais, para responder ao primeiro passo, usam as ferramentas tradicionais da interpretação da lei e perguntam se o Congresso tinha uma específica intenção em relação ao tema em questão (MERRIL, 2017, p. 255).

Na ausência de uma resposta afirmativa à primeira pergunta, a análise de Chevron move-se para o segundo passo: no entanto, se o tribunal determinar que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em discussão, o tribunal não vai simplesmente dar a sua própria interpretação sobre o estatuto, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa, Idem se posiciona no sentido de que:

Bem, se a legislação é silente ou ambígua quanto ao assunto específico, a questão para o tribunal é a de saber se a resposta da agência está baseada em uma interpretação permissível, ou seja, razoável (IDEM, p. 512).

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

A fórmula de dois passos era tudo ou nada quanto ao que foi interpretado pela agência. No primeiro passo, a interpretação era verificar a linguagem da lei, ou seja, a agência não teria nenhuma deferência, pois seria verificado se a interpretação estava de acordo com a previsão do Congresso. Claro, se a interpretação dada pela agência fosse coincidente com a do Congresso, a Corte defenderia a posição da

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

administração, nesse interim ainda adverte Idem que, *se o tribunal decidisse a questão no segundo passo, a agência obteria máxima deferência (IDEM, p. 256).*

Em Chevron, a Suprema Corte assentou o princípio de que os tribunais devem aceitar o controle dado pela autoridade administrativa no escopo de uma interpretação razoável nos casos de ambiguidade de uma legislação.

A Doutrina Chevron possui vantagens evidentes para a agilidade da administração pública, pois permite uma maior margem de manobra na interpretação do processo administrativo, na implementação das políticas de governo com a flexibilidade necessária, o que não teria com a calcificação do precedente judicial, Segundo Scalia:

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

De qualquer forma, as limitações legais existentes parecem garantir contra eventuais mudanças por puro capricho ou arbítrio e para que não venham a tornar ilegal uma ação da agência, a exemplo da necessária fundamentação para justificar a eventual alteração na interpretação e a obediência aos procedimentos fixados em lei, inexistindo, assim, motivo para deixar de valorar a nova interpretação sob a antiga orientação da agência. Ainda na explicação de Scalia:

Quando a agência altera a sua interpretação do estatuto legal, é o caso de admitir-se estar com uma posição equivocada da regra de Direito (got the law wrong) e ante novas informações ou mudanças sociais sob o impacto do processo político, desde que com as limitações discricionárias: Chevron, as I say, permits recognition of this reality. (IDEM, p. 519).

Logo, na jurisprudência norte-americana, com o caso de Chevron abriu enorme precedente para teoria da deferência administrativa, estabelecendo que havendo ambiguidade ou delegação legislativa para a agência, o judiciário então deverá intervir se a administração, representada por um agência regulamentadora tiver atuado contra *legem* ou de maneira irrazoável.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

2.2 Aplicabilidade da teoria de Chevron no judiciário brasileiro

O Direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição uma pelo qual o poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos (art. 5º, XXXV CF/88). Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição, em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos de Contencioso Administrativo, que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

Dessa definição salienta-se, que o judiciário tem o papel fundamental de dar a última palavra, deste intelecto, enseja-se o processo de judicialização, no caso do Brasil podemos citar vários exemplos de judicialização, como ocorre na saúde pública. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, ocorrendo então uma transferência de poder para as instituições judiciais em detrimento de outras instancias: Executivo e Legislativo.

A ideia de judicialização é amplamente aceita no mundo todo, é o que se chama de ativismo judicial, que está associado a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, mesmo que para isto precise interferir na atuação dos outros dois poderes, em muitas situações sequer há conflitos entre os poderes e sim lacunas, espaços vazios que devem ser preenchidos, por esse ativismo.

Podemos sintetizar que o Brasil adota essa postura, ativista, isto porque, manifesta através de suas decisões, a aplicabilidade direta da constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se pesou em casos de vedação do nepotismo, outrossim, podemos citar ainda, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios flexíveis, que são exemplos de decisões referentes a verticalização das coligações partidárias e a cláusula de barreira, outro exemplo é a imposição de condutas ou abstenção delas nos casos de greve do serviço público, como exemplo as decisões sobre o direito a saúde.

A visualização de todas essas hipóteses torna nítido o deslocamento de juízes e tribunais que deixam de exercer sua função típica de aplicação do direito para cria-lo.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

Assim, a judicialização é um fato circunstancial e institucional do direito Brasileiro. E o ativismo é uma escolha de modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandido o seu sentido e alcance.

Posto isso, o Supremo Tribunal Federal, define nos litígios que versam sobre agências reguladoras (Poder Executivo) que a deferência administrativa, se faz pertinente, e caracteriza-a como um desdobramento da teoria de Chevron, procedendo sua aplicabilidade, defendendo que convém ao Judiciário emprega-la com a maior cautela possível, exercendo assim sua função jurisdicional, de modo atípico, prestando deferência a outro poder.

2.3 Análise de casos concretos – Protagonismo do (sub)princípio da deferência administrativa

No processo de n. 0008253-87.2011.4.03.6105³, a sentença da Justiça Federal de Campinas (SP) manteve decisão, já firmada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o questionamento versou sobre a proibição de bronzeamento artificial. A ação fora ajuizada por Dherma Tan Comércio de Cosméticos e Estética Ltda, contra a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, objetivando a declaração de nulidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 56, DOU, Seção I, de 11/11/2009, p. 43, que proíbe em todo território nacional o uso dos equipamentos para bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseada na emissão da radiação ultravioleta (UV), assegurando-lhe assim a continuidade de uso dos referidos equipamentos. Neste julgado o judiciário entendeu pela não aplicabilidade da deferência administrativa, levantada e argumentada pela parte autora assim manteve a decisão, conferindo validade a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 56, DOU, Seção I, de 11/11/2009, p. 43 ora discutida.

A análise do caso concreto levado ao judiciário discorre sobre uma decisão do Poder Executivo por meio da agência regulamentadora ANVISA, onde fora arguido à teoria de Chevron, que estabelece o uso da deferência administrativa nos casos ambíguos, imprecisos ou indeterminados das leis, onde o Poder Judiciário, prestar deferência às interpretações trazidas pelas agências regulamentadoras (Poder

³ Decisão sobre o julgado disponível em < <https://www.conjur.com.br/2012-out-16/sentenca-reafirma-validade-norma-proibe-bronzeamento-artificial> > Acesso em 20/09/2018.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

Executivo), segundo o Justice Stevens, o primeiro passo (first step) para a aplicação da doutrina Chevron seria a ambiguidade da lei. Se a lei contiver vaguidade ou indefinição, haverá espaço para que seu sentido dúbio seja apreciado. O segundo passo (step two) da doutrina Chevron seria a razoabilidade da regulamentação legal.

No caso em comento o litígio versa sobre que a aplicabilidade ou não da deferência administrativa por se tratar de uma decisão do judiciário sobre algo já regulamentado pelo executivo, a interferência de um poder sobre o outro na forma da deferência técnico-administrativa. Infere-se que na pretensão apresentada o judiciário entendeu por sua não aplicabilidade ao caso concreto, no entanto há outros casos litigiosos que versam sobre o mesmo conteúdo, onde o poder judiciário se posiciona e se embasa na deferência administrativa, para se posicionar sobre decisões provenientes do executivo.

Nesse mesmo contexto, é possível encontrar diversos julgados sobre o tema que envolve o Executivo através de agências regulamentadoras e o Poder Judiciário, buscando demonstrar o caso concreto, analisa-se o julgado REsp Nº 1.171.688 - DF (2009/0242534-7)⁴, *in verbis*:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

(STJ REsp: Nº 1.171.688 - DF (2009/0242534-7), Relator MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de publicação: DJe: 23/06/2010)

A discussão tem início porque o art. 153, § 2º, da Lei n. 9.742/97 afirma que é a Anatel o ente responsável por resolver eventuais condições para interconexão (serviço realizado pelas empresas de telefonia) quando for impossível a solução pelos

⁴ Julgado na íntegra disponível em <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10502654&num_registro=200902425347&data=20100623&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 25/04/2019.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

próprios interessados, quais sejam, TIM6 e GVT7 (v. tb. Resolução Anatel n. 410/05). Abstraindo-se do significado de expressões técnicas, importa aqui a definição da competência da Anatel estabelecida pela lei. Na opinião do Relator Ministro Mauro Campbell⁸ cuida-se de dispositivo “quase óbvio, à luz da extrema especificidade e sensibilidade técnicas que cercam o tema”.

No caso principal, a empresa TIM entendeu que foi preterida em relação à GVT, o que se deu por decisão da Anatel sobre o valor de referência relativo às tarifas de telefonia, assunto que conta com o alto grau de discricionariedade técnica. Por isso permeiam o assunto também os princípios da deferência técnico-administrativa, da isonomia e da eficiência.

Na verdade, a contenda surgiu entre a GVT e a Vivo, mas como bem observou o Ministro Campbell, por uma questão de isonomia “a lógica do sistema de telecomunicações impõe que o valor de referência aí fixado seja estendido a todos os demais participantes de arbitragens similares (englobando, pois, a arbitragem entre a GVT e a TIM – parte recorrente)”. De acordo com o art. 152 da Lei n. 9.472/97, o *provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.*

Em primeiro grau, o magistrado, apreciando a demanda, fixou o tal valor (VU-M) 9 com base no valor apurado pela consultoria contratada pela GVT, e esse valor é diferente do que foi fixado pela Anatel. Já na orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao fazer incidir a principiologia da deferência técnico-administrativa, pareceu incongruente manter a liminar nos termos em que deferida, considerando a agência reguladora do setor de telecomunicações já fixou o VU-M que entende cabível - ainda que no âmbito da arbitragem "GVT vs. Vivo".

Verifica-se que o subprincípio da deferência foi utilizado como fundamento para derrubar a concessão do pedido liminar em primeiro grau. O subprincípio em comento foi aplicado numa situação em que a matéria era eminentemente técnica, envolvendo aspectos de diferentes disciplinas, como telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos. É justamente em situações que demandam uma decisão extremamente técnica que temos a diminuição da atuação do Judiciário, devendo ser grande a sua cautela.

Sem mencionar de forma expressa o subprincípio da deferência, o Superior

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

Tribunal, também em caso relativo à telefonia, assim ementou no acórdão o seus argumentos na defesa de decisões técnicas tomadas pela Anatel no REsp Nº 572.070 - PR (2003/0128035-1)⁵:

ADMINISTRATIVO. TELCOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de comunicações, nos termos da Lei n.9472/97 e demais disposições correlatas, visa favorecer o aprimoramento de serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o fito de propiciar eventuais interessados na prestação de serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, fornecer serviços adequados, eficientes, seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ: RESP nº 572.07. Relator: João Otávio de Noronha, Data de Publicação: DJ: 14/06/2004)

São vários os precedentes que seguiram a linha de entendimento do último acórdão, mas sem mencionar o subprincípio da deferência de forma expressa. Observa-se que o conteúdo é exatamente o mesmo e vem sendo cada vez mais adotado. Em síntese: o Poder Judiciário reconhece que em determinada matéria é a agência que detém legitimidade para decidir, sendo o mérito da decisão o

⁵ Julgado na íntegra disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1183519&num_reg%20istro=200301280351&data=20040614&tipo=5&formato=PDF Acesso em 25/04/2019.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

reconhecimento do Judiciário pelo próprio Judiciário que prestar deferência às agências está em maior consonância com os fundamentos da República do que efetivamente julgar a lide, apenas por entender que o juízo está adotando critérios igualmente razoáveis. Na doutrina, em que pese não ser o foco do presente trabalho, Alexandre Santos, constata e alerta que:

Sobretudo em matérias técnicas e nas quais houve um eficiente debate em consultas e audiências públicas, o Judiciário tem buscado preservar a decisão da agência, desde que razoável. O judiciário não pode substituir a interpretação razoável da agência reguladora pela sua, por que também seja plausível. Trata-se do Princípio da Deferência do Poder Judiciário para com as decisões administrativas. (ARAGÃO, Alexandre Santos, 2003, p.442)

É válido destacar que essa “autocontenção” judicial envolve as opiniões dos auxiliares do juízo, pois ainda é o Judiciário que estaria dando desfecho à disputa científica. E isso não é o mesmo que tornar a decisão administrativa imune ao controle judicial, apenas reconhece que as limitações da ciência tornam qualquer decisão naturalmente criticável, mas não inválida.

No que tange ao tema, vemos a aplicabilidade da deferência administrativa em demandas de controle concentrado no recente caso concreto ocorrido no segundo semestre do ano de 2018, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 292⁶ e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 17⁷, o Estado, representado pelo Poder Judiciário, em sua mais alta conjuntura, por se tratar do Supremo Tribunal Federal, debateu e julgou acerca do direito à educação a regra da idade mínima escolar para ingresso no ensino fundamental, que fora fixada pelo Poder Executivo, com base nas diretrizes definidas pela Lei 9.394 de 20 de Dezembro de 1996 e na resolução da CNE/CEB n. 1, de 14/10/2010.

De um lado a ADPF nº 292, rejeitada pela corte, com embasamento a violação dos preceitos fundamentais ligados à educação previstos na constituição, nos incisos I e IV do art. 208, segundo o qual violava o princípio da acessibilidade à educação infantil e da isonomia ao acesso à educação, questionando a fixação de 6 (seis) anos de idade completo até a data de 31 de março do ano vigente, para que pudesse ocorrer a matrícula no ensino fundamental, o que está previsto na resolução da CNE/CEB n. 1, de 14/01/2010.

Em contrapartida a ADC nº 17, julgada procedente, buscava constitucionalizar e

⁶ [ADPF 292/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 30.5.2018. \(ADPF-292\)](#) Acesso em 23/04/2019.

⁷ [ADC 17/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 30.5.2018. \(ADC-17\)](#) Acesso em 23/04/2019.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

sanar a discussão em torno da regra contida no art. 208, V da Constituição Federal, que divergia acerca da diretriz fixada nos art. 24, II, 31 e 32 caput da Lei 9.394 de 20 de Dezembro de 1996.

Aceita e conhecida a ADC, fora levantado a questão da fixação dos 6 (seis) anos de idade completos, enquanto boa parte do pleito entendia não ser possível fixar data para corte etário, como requisito impeditivo a matrícula da criança no ano que completa a idade exigida, outra parte entendeu que os 6 (seis) anos de idade devem ser completos até 31 de março, como prevê a resolução da CNE/CEB n. 1, de 14/01/2010.

A resolução do debate ficou por conta do voto-vista proferido pelo Ministro Marco Aurélio, ao julgar procedente a ADC nº 17, ao entender ser possível fixação de corte etário no ano em que a criança completa idade exigida para ingresso no ensino fundamental, concluindo assim, pela improcedência da ADPF 292, e assegurando a constitucionalidade dos arts. 2 e 3 da resolução 1/10, e 2º, 3º e 4º da resolução 6/10, editadas pelo conselho nacional de educação.

Dentre as funções jurisdicionais a ser exercida pelo Judiciário, tais como o controle de constitucionalidade, ora debatido, nesta recente decisão acerca de um direito fundamental, como a idade mínima para ingresso no ano letivo, que integra o rol da educação pertinente aos direitos sociais, é que se vislumbra a atuação jurisdicional do Estado, que tem como função, *expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2006, p. 145).*

Outrossim, com o desfecho da lide, vemos a atuação do poder Judiciário, numa demanda anteriormente discutida e posicionada pelo Poder Executivo, a interferência de um poder sobre o outro, não fere o princípio da separação dos poderes, uma vez que, isto se dá para assegurar a segurança jurídica, visto que com a propositura da ADPF 292 e da ADC nº 17, o Poder Judiciário fora provocado, a fim de resolver o conflito, ora arguido.

A deferência administrativa, possibilita que isto ocorra, posto que ela defende que os poderes gozem todos de igual poder, não tendo que se falar em hierarquia, o que pode gerar conflitos entre os poderes e não havendo regra clara para solucionar tal embate, a regra da deferência administrativa, que justifica que um poder preste “deferência ao outro”, respeitando sua esfera de competência.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

2.4 Inafastabilidade do judiciário e autonomia dos três poderes

Deve-se destacar que a doutrina de Montesquieu foi objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nem mesmo aplicada em sua inteireza. Assim, não existe uma separação de poderes, porque varia muito sua inserção em cada direito positivo e momento histórico. Sem o caráter dogmático do princípio da separação dos poderes, ele poderá ser interpretado como uma mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma saudável divisão de trabalho e um impedimento à concentração das funções estatais.

O princípio da separação dos poderes não pode levar à conclusão de que cada um dos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente elencadas – legislativa, executiva e judicial. Tampouco dele pode se extrair que todas as funções do Estado sempre se resumem à essa classificação.

O sistema de divisão e limitação dos poderes pode ser identificado também na configuração de unidades de decisão e órgãos coletivos. É porque o sistema se desenvolveu a partir de vários pontos de vista, não apenas na conhecida e tradicional divisão de acordo com as funções mais importantes: legislativo, executivo e judicial.

A separação de poderes deve ser vista hoje pelo viés do pluralismo existente na sociedade, que significa levar as reclamações ou o apoio à apreciação de diferentes instâncias da máquina estatal. No lugar da fórmula do século XIX, de uma separação taxativa entre os poderes, encontramos um sistema bem mais complexo.

O quadro de separação de poderes é mais alargado, representando uma função positiva no estado moderno. Um dos principais aspectos dessa nova concepção da separação dos poderes é o aparecimento de órgãos auxiliares dos poderes supremos, muitos de relevância constitucional e não criados pelas leis, dotados de independência no exercício de suas funções, como os Tribunais de Contas e o Banco Central.

Deve ser discutido o caráter absoluto da ideia "clássica" da separação dos poderes, pois, atualmente, é notável a complexidade e a autonomia das competências conferidas aos órgãos e entidades, o que não contraria a divisão de funções estabelecida pela Constituição. E é a Constituição que deve constituir o mais importante parâmetro da admissibilidade ou não do exercício de variadas funções pelo mesmo órgão ou entidade pública.

As competências das quais as agências reguladoras independentes são dotadas, na realidade, fortalecem o Estado de Direito. Isso ocorre porque são retiradas

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas. Como resultado, tem-se a mitigação da concentração de poderes na Administração Pública central, o que reforça a separação de poderes no seu sentido mais amplo, que é o de promover a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos que exercem certas atividades ou são por elas atingidos.

Nesta perspectiva, o princípio da separação dos poderes deve ser hoje integrado pela proteção das garantias individuais e pela imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, além do "sistema de freios e contrapesos" entre os diversos órgãos e entidades estatais.

As agências reguladoras independentes são um dos vários instrumentos dos quais o Estado pode dispor para desenvolver suas atividades regulatórias. Mesmo suas decisões, no entanto, pelo texto da Constituição, poderão sofrer o controle mais comum e, ao mesmo tempo, que envolve mais controvérsias: aquele exercido pelo Poder Judiciário. Isso decorre da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não pode excluir qualquer violação ou ameaça de lesão a direito de apreciação pelo Poder Judiciário.

Tal controle decorre, como já explanado, do direito fundamental de ação, direito subjetivo de exigir a prestação jurisdicional do Estado. Como visto, nada impede que para se concretizar a segurança jurídica e a democracia, o Judiciário aplique o subprincípio da deferência sempre que a discussão trazida à sua apreciação se der em torno de norma técnica proveniente de Agência Regulador.

81

3. CONCLUSÃO

Pelo presente exposto e analisado ao longo da pesquisa, conclui-se que o princípio da deferência administrativa contempla a possibilidade de análise jurisdicional de decisões ou normas regulamentadoras advindos do executivo, em uma de suas formas como das agências reguladoras ou legislativo vemos essa possibilidade seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Isso tudo, haja vista a hermenêutica sistemática dada aos princípios constitucionais que guiam a Administração Pública. Ao adentrar no mérito das decisões administrativas, analisando se cabe ou não intervenção a pretensão proposta, não está o juiz tomando o papel do administrador, mas cumprindo o dever, de ofício, de resguardar os preceitos constitucionais.

LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

É necessário que, diante da nova ordem constitucional, os pensadores do Direito passem a vislumbrar que as decisões administrativas devem, necessariamente, respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por isso, se emprega nos julgados abstraídos sobre o tema, que é tão importante cautela na hora da aplicação do princípio, cautela esta que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo, como bem se posicionou o Judiciário.

Sendo assim, conclui-se que há limites para que o Poder Judiciário exerça sua função jurisdicional interferindo nas funções típicas de outros poderes, já que este, contudo possui legitimidade, uma vez que, está pautado na deferência administrativa, como garantidor da lei. Assim se houver causa, poderá proceder a sua aplicação, de modo preciso e cuidadoso.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Clarissa Cardoso; FIDALGO, Carolina Barros. **As Agências Reguladoras Independentes e o papel da ANP**. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, n. 01, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. **O devido processo legal administrativo comparado – uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 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.22.05.PDF>, acesso em: 12/08/2018.

AUTOS ESTUDOS. **Ato Administrativo: Princípio da deferência**, disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=53331>>, acesso em: 20/09/2018.

BARROS, Sergio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático**. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Augstin Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo - RDA, n. 240, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

**LIMITES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NAS DECISÕES
POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES
E DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA**

Juliana Nunes Borges Braga; Fernando Machado de Souza

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22.ed., São Paulo/SP, Malheiros editores, 2006.

CONJUR. **Decisão mantém proibição de bronzamento artificial**, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-16/sentenca-reafirma-validade-norma-proibe-bronzamento-artificial>>, acesso em: 20/09/2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.ed., São Paulo/SP, Malheiros editores, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2007.

PERLINGEIRO, Ricardo. **O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar**. Revista de Processo, São Paulo, ano 40, v. 239, p. 293-331, jan. 2015.

PINTO, Livia Maria de Almeida. **Subprincípio da Deferência nos Tribunais Superiores**, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/LiviaMariadeAlmeidaPinto.pdf>, acesso em: 20/09/2018.>

SCALIA, Antonin. **Judicial deference to administrative interpretation of law**. Duke Law Journal, Durham, NC, v. 38, n. 3, p. 511-521, June 1989.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.