



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a371>

Data de submissão: 26/3/2024

Data de aprovação: 22/7/2024

Processo estrutural no controle da Administração Pública: entre a autocontenção e o ativismo¹

Structural injunctions in the judicial review of Public Administration acts: between self-restraint and activism

Proceso estructural en el control de la Administración Pública: entre la autocontención y el activismo

Fernando Menegat²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1066-8007>

E-mail: menegat@manicamenegat.com.br

Marcos Augusto Perez³

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2303-7696>

E-mail: marcos.perez@usp.br

Resumo

O presente artigo enfrenta a temática dos processos estruturais no que concerne ao controle judicial da Administração Pública. Metodologicamente baseado na revisão bibliográfica de artigos, normas jurídicas e decisões judiciais, com caráter de pesquisa explicativa, o artigo propõe a utilização do método estrutural como ferramenta processual útil e efetiva para o controle jurisdicional de casos complexos.

¹ MENEGAT, Fernando; PEREZ, Marcos Augusto. Processo estrutural no controle da administração pública: entre a autocontenção e o ativismo. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 233-281, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a371>.

² Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito do Estado e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. *Galileo Master Certificate* em *Carbon Finance* pelo *Renewable Energy Institute/European Centre of Technology*. Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo – UP/PR. Diretor Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Regulatório – IBDRE. Sócio fundador do Mânica Menegat Advogados, em Curitiba/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5888796050492074>.

³ Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Livre-Docente, Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Sócio fundador do Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados em São Paulo/SP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1894308368013716>.

Utilizadas de forma adequada, as técnicas estruturais permitem um controle equilibrado, superando a dicotomia “autocontenção” *versus* “ativismo” em direção a um parâmetro de controle deferencial incremental.

Palavras-chave

Processo estrutural; casos complexos; ativismo judicial; deferência; Chevron e Loper Bright.

Sumário

1. Introdução: o “processo estrutural”. 2. O controle jurisdicional da Administração Pública: entre a “autocontenção” e o “ativismo”. 3. O que Chevron e Loper Bright têm a ver com processos estruturais? 4. A inafastabilidade do controle jurisdicional – mesmo nos casos complexos. 5. A necessidade de criação de parâmetros para balizar o controle. 6. O método estrutural como parâmetro processual para o controle jurisdicional de casos complexos. 7. Conclusão: o controle jurisdicional da Administração Pública como controle deferencial incremental.

Abstract

This article addresses the issue of structural injunctions in the judicial review of Public Administration acts. Methodologically based on the bibliographical review of articles, legal standards and court decisions, with an explanatory research character, the article proposes the use of the hereby called “structural method” as a useful and effective procedural tool for the judicial review of complex cases. Properly used, structural injunction techniques allow balanced control, overcoming the “self-restraint” *versus* “activism” dichotomy, towards an incremental deferential control parameter.

Keywords

Structural injunctions; complex cases; judicial activism; self-restraint; Chevron and Loper Bright.

Contents

1. Introduction: the “structural injunctions”. 2. Judicial review of public administration: between “self-restraint” and “activism”. 3. What does Chevron and Loper Bright have to do with structural injunctions? 4. The indefeasibility of judicial review – even in complex cases. 5. The need to create parameters to operate judicial controlling. 6. The structural method as a procedure parameter for judicial review of complex cases. 7. Conclusion: judicial review of public administration as incremental deferential control.

Resumen

Este artículo aborda el tema de los procesos estructurales, específicamente en el control judicial de la Administración Pública. Basado metodológicamente en la revisión bibliográfica de artículos, normas jurídicas y decisiones judiciales, con carácter de investigación explicativa, el artículo propone el uso del método estructural como una herramienta procesal útil y eficaz para el control jurisdiccional de casos complejos. Las técnicas estructurales, utilizadas adecuadamente, permiten un control equilibrado, superando la dicotomía “autocontrol” versus “activismo”, hacia un parámetro de control incremental y deferente.

Palabras clave

Proceso estructural; casos complejos; activismo judicial; deferencia; Chevron y Loper Bright.

Índice

1. Introducción: el “proceso estructural”. 2. El control jurisdiccional de la administración pública: entre “autocontención” y “activismo”. 3. ¿Qué tienen que ver Chevron y Loper Bright con los procesos estructurales? 4. La inafastabilidad del control jurisdiccional – incluso en casos complejos. 5. La necesidad de crear parámetros para el control. 6. El método estructural como parámetro procesal para el control jurisdiccional de casos complejos. 7. Conclusión: el control jurisdiccional de la administración pública como control deferencial incremental.

1. Introdução: o “processo estrutural”

A expressão processo estrutural (tradução mais comumente utilizada para a expressão *structural injunction*) foi cunhada pelo direito norte-americano, há décadas, na tentativa de explicar uma nova postura e forma de atuação do Poder Judiciário. A locução tenta explicar aqueles casos em que o juiz é chamado a intervir em situações de ampla e reiterada violação de valores constitucionais, principalmente por instituições públicas que, mediante ações ou omissões sistemáticas, ofendem ou deixam de concretizar direitos fundamentais.

O caso apontado como pioneiro em retratar essa técnica jurídica é o chamado *Brown x Board of Education of Topeka*⁴, especialmente *Brown II*⁵, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) na década de 1950, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas estadunidenses e, em razão disso, orientou-se e supervisionou-se a reestruturação de todo o sistema educacional do país.

Brown x Board of Education passou a ser a matriz a partir da qual são identificados os chamados *hard cases*. Em razão de diversos fatores (históricos, socioeconômicos, jurídicos, políticos), o controlador jurisdicional se depara com a necessidade de intervir na inércia da burocracia estatal quando fortemente institucionalizada – para além, por vezes, de uma cultura social arraigada –, em um complexo contexto de descumprimento inercial de direitos fundamentais, notadamente dos chamados direitos fundamentais sociais.

Diante disso, a atuação e a decisão jurisdicional (dir-se-ia, entre os administrativistas, mais amplamente “decisão controladora”) não pode se limitar a olhar para os fatos passados ou presentes e, definindo quem está certo e quem está errado, declarar determinada situação como legal ou ilegal, para ordenar sua imediata correção. Ao invés disso, nesses casos, deve o controlador olhar também para o futuro, criando técnicas que lhe permitam intervir de maneira efetiva com o intuito de alterar a realidade institucional das estruturas reprodutoras da prática ilícita.

Nos processos estruturais, a fase de conhecimento (*liability stage*) costuma ser simples se comparada à implementação da sentença de mérito lançada ao seu término (*remedy stage*): em muitos casos, reconhecer a ilegalidade da situação de fundo é infinitamente mais fácil do que ordenar sua remediação. Tomando por exemplo a histórica decisão adotada no caso *Brown*, foi muito menos complicado para o Judiciário declarar a inconstitucionalidade da segregação racial nos estabelecimentos de ensino – para tanto, 13 folhas de papel bastaram – e muito mais árduo conseguir com que, na prática, escolas deixassem de ser segregacionistas. A complexidade que caracteriza os litígios estruturais muitas vezes não reside no mérito da discussão, mas na escolha (e posterior monitoramento) da(s) alternativa(s) mais eficaz(es) para implementar a decisão adotada.

⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483. May 17, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294. May 31, 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

Com o uso da locução “processo estrutural”, destarte, pretende-se essencialmente sublinhar uma formatação não ortodoxa para se pensar o desenvolvimento da relação jurídico-processual e o manejo das técnicas jurídicas em concreto. Isso porque a compreensão clássica liberal de processo, pautada na iniciativa das partes e na visão adversarial e (bi)polarizada da lide, adstringe a atuação do juiz de maneira estrita aos pedidos deduzidos pelo autor da ação, dentro dos estreitos limites do debate processual travado entre as partes. Ocorre que tal configuração da relação jurídico-processual e da atuação do controlador não funciona com efetividade para casos complexos, em que os efeitos da sentença serão multilaterais e irão se irradiar extra-processualmente, atingindo outras esferas e inúmeros interesses que não se fizeram representar no litígio.

Nesses casos complexos, a tutela não pode ser meramente retrospectiva e ressarcitória (voltada a analisar fatos passados e ressarcir danos ocorridos), devendo ser prospectiva e inibitória (alinhada para evitar que ilegalidades se mantenham e sejam reproduzidas no futuro). O controlador não se apresenta como um mero terceiro, neutro e desinteressado, devendo participar ativa e estrategicamente na condução do caso; e a estrutura subjetiva não é bipolar e adversarial, como se houvesse apenas duas partes, situadas em dois polos delimitados e opostos, duelando até que um vença e o outro perca.

Ademais, processos estruturais demandam intensa articulação entre as partes e o controlador, com forte incentivo ao diálogo e à formação de consensos para superar as eventuais irregularidades detectadas. Nos EUA, a doutrina tentou vivamente compreender os pontos nevrálgicos da transformação propiciada por esse novo modelo de adjudicação e das técnicas processuais de tutela passíveis de utilização pelos juízes nos casos concretos, partindo dos estudos seminais de Owen Fiss⁶ e Abraham Chayes⁷.

⁶ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 5 ago. 2024; FISS, Owen M. Foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr93&id=19&print=section&div=12&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024; CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the burger court. **Harvard Law Review**, v. 96, n. 1, p. 4-60, Nov. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr96&id=22&print=section&div=13&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

No Brasil, Sérgio Arenhart⁸ destaca a importância de que, em processos estruturais: (i) seja superada a visão bipolar e adversarial tradicional dos processos judiciais; (ii) o juiz não esteja adstrito aos pedidos formulados pelas partes (princípio da demanda/congruência), não estando obrigado a decidir em favor de um ou outro, como se o processo tivesse vencedores e perdedores, dentro da lógica “procedência/improcedência”; (iii) a implementação ocorra de maneira planejada, dialógica e incremental, com provimentos judiciais em sequência, que vão gradualmente solucionando aspectos da lide – “provimentos em cascata” –, com uma “decisão-núcleo” seguida de ampla cadeia de decisões, em uma lógica de “tentativa-erro-acerto”; (iv) o cumprimento da sentença seja constantemente monitorado, com ampla margem de “gestão da decisão judicial”; e (v) haja flexibilização procedimental, inclusive com possibilidade de descentralização de funções judiciais, de modo que o juiz conte com o apoio de *experts* para auxiliá-lo a conduzir e gerir o processo; dentre outros temas⁹.

A noção de processo estrutural, portanto, demanda a superação de diversas premissas que marcaram o desenvolvimento original do processo civil. Instaura-se uma nova lógica e desenham-se diversas técnicas processuais heterodoxas, tanto para o conhecimento, como para a execução jurisdicional de *casos complexos*¹⁰.

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

⁹ Sobre a noção de processo estrutural, no Brasil e no mundo, aprofundar em: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017; JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023; PUGA, Mariela Gladys. **Litigio estrutural**. 2013. Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 6 ago. 2024; VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66023>. Acesso em: 6 ago. 2024; VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPODIVM, 2013; VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

¹⁰ Fugiria ao escopo do presente artigo verticalizar o que se reputa “caso complexo” para fins de incidência e aplicação das técnicas processuais estruturais. Aprofundar em: MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. p. 179-204.

2. O controle jurisdicional da Administração Pública: entre a “autocontenção” e o “ativismo”

A essa altura, parece claro que os processos estruturais possuem íntima relação com o tema do “controle da Administração Pública”. Não à toa, Lon Fuller¹¹ apontou, ao tratar do conceito de *policentrismo*, que “é no campo do Direito Administrativo que os problemas lidados por este artigo se tornam mais agudos”, visto que é nesse ramo que a solução de problemas policêntricos, por intermédio do Poder Judiciário, foi mais tentada.

Nesse diapasão, as ponderações que se desenvolveram acerca do controle judicial da Administração Pública nas últimas décadas, no Brasil e no mundo, repousaram basicamente sobre uma construção dicotômica autoexcludente. Para uns, em respeito à separação de Poderes e demais aspectos relacionados ao desenho constitucional, haveria necessidade de se impor grandes restrições ao controle judicial da atividade administrativa (e legislativa); para outros, dado o papel do Judiciário na interpretação e aplicação do Direito, deveria o controle jurisdicional realizar-se sem qualquer tipo de obstáculo, da forma mais larga possível.

Enquanto a primeira concepção foi enquadrada sob a denominação de “autocontenção judicial”, a segunda foi rotulada como “ativismo judicial”¹² – no Brasil, ganhou fama também a expressão “judicialização da política” para se referir à

¹¹ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 355, dec. 1978. Disponível em: https://classactionsargentina.com/wp-content/uploads/2020/07/fuller_the-forms-and-limits...-policc3a9ntricos.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹² A expressão “ativismo” surgiu pela primeira vez em um artigo jornalístico de 1947, de autoria de Schlesinger Jr., e ganhou fôlego nos EUA sobretudo por parte dos críticos de uma atuação judicial mais intensa, defensores da autocontenção. Sobre o tema, conferir: KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, Oct. 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024; MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1217-1256, Fall 2002. No Brasil, o ministro Luís Roberto Barroso sustenta que o ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”, associando-se a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, postura essa que se manifesta de diversas maneiras – aplicação direta da Constituição, declaração de inconstitucionalidade, imposição de condutas ou abstenções ao Estado, sobretudo em matéria de políticas públicas etc. (BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**: REDE, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 5 ago. 2024). A doutrina nacional já se empenhou com grande atenção ao tema: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014; JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Ativismo judicial e suas múltiplas definições. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 3, p.

postura jurisdicional contrária à autocontenção, sobretudo em casos envolvendo controle da Administração Pública e da atuação do Legislativo.

O duelo entre autocontenção e ativismo no controle judicial da atividade administrativa não é novo nem exclusivo da realidade brasileira: nos EUA, momentos históricos como o surgimento da teoria do controle judicial da constitucionalidade de leis (no caso *Marbury v. Madison*¹³), a análise jurisdicional de atos praticados no contexto do *New Deal* (a exemplo de *Panama Refining Co. v. Ryan*¹⁴ e daqueles que ficaram conhecidos como *Gold Clause Cases*¹⁵) e, ainda, a atuação judicial em casos envolvendo reformas estruturais (principalmente no setor prisional, como *Holt v. Sarver*¹⁶) também provocaram intensas discussões entre os partidários de uma ou outra postura.

Ao longo do tempo, com a maturação dos debates e dos sistemas constitucionais, consensos foram sendo criados entre as duas correntes, a ponto de serem criadas algumas *zonas de certeza de controle jurisdicional*.

No que toca ao controle da Administração Pública, o conceito doutrinário de *ato vinculado*, aliado ao princípio da legalidade, desempenhou importante papel: toda

710-731, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/62269>. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137. February 24, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

¹⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388. January 7, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/388/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

¹⁵ A locução abrange casos em que se discutiu a possibilidade do governo estadunidense regular aspectos do sistema monetário nacional, tais como a circulação de ouro e a previsão de “cláusulas ouro” em contratos públicos e privados: ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 294 U.S. 240. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/240/>. Acesso em: 7 ago. 2024; ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Nortz v. United States*, 294 U.S. 317. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/317/>. Acesso em: 7 ago. 2024; e ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Perry v. United States*, 294 U.S. 330. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/330/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

¹⁶ *Holt v. Sarver* refere-se, em verdade, a um conjunto de seis casos, dos quais os mais famosos são ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969). June 20, 1969. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 7 ago. 2024; ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Sarver*, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970). February 18, 1970. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 7 ago. 2024; ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Hutto*, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973). August 13, 1973. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/363/194/2254773/>. Acesso em: 7 ago. 2024 e ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Hutto*, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973). August 13, 1973. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/363/194/2254773/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

atuação administrativa que fosse estritamente vinculada à lei deveria ser praticada conforme os ditames legais, sob pena de, em casos desviantes, autorizar a incidência do controle jurisdicional para corrigi-la. Após a afirmação da competência do Judiciário para controlar atos e normas contrárias à Constituição (ou seja, a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade de leis e atos normativos), o reconhecimento do controle judicial de atos administrativos ilegais era mesmo uma questão de tempo.

O problema é que, para além dessa zona de certeza, a doutrina e a jurisprudência depararam-se (e se deparam até os dias de hoje) com muitas *zonas de incerteza*, relativas a casos em que não se sabe qual é a viabilidade, a possibilidade e a intensidade do controle judicial a ser exercido sobre a atuação administrativa. A zona de incerteza mais marcante reporta-se àqueles atos administrativos que, de acordo com a classificação doutrinária acima, não se enquadram como atos vinculados – ou seja, os *atos discricionários*.

Em verdade, é impossível contextualizar o estado da arte do controle judicial da Administração Pública no Brasil sem recorrer às discussões acerca do *controle da discricionariedade*, assunto que figurou como objeto de incontáveis estudos, provocando as mais intensas discussões entre os partidários da autocontenção ou do ativismo judicial.

Mais uma vez, partidários da autocontenção judicial viram nos atos discricionários um dos signos mais relevantes a caracterizar a necessidade de restrição do controle jurisdicional sobre a atuação administrativa. A discricionariedade era apontada, em uma visão mais radical, como estandarte a demandar total impedimento para o escrutínio judicial do caso: diante de um ato administrativo discricionário, o juiz deveria abster-se por completo de exercer jurisdição, dado que tais atos, por envolverem ponderações relativas à oportunidade e conveniência para sua prática (o “mérito administrativo”), seriam de competência exclusiva da Administração Pública.

De outro lado, defensores de uma postura judicial mais ativa afirmavam que o juiz não poderia, nem deveria, furtar-se à análise de atos administrativos, mesmo que discricionários, tendo enquanto premissa elementos como a inafastabilidade da jurisdição, a competência judicial para analisar atos conforme a Constituição, a eficácia normativa de princípios e outros fatores. O neoconstitucionalismo exerceu grande influência no desenvolvimento dessa corrente.

Ademais, relacionado ao tema do controle da discricionariedade, veio a reboque a discussão sobre o controle judicial de uma das posturas mais discricionárias

que a Administração Pública poderia ter no território dos direitos fundamentais (sobretudo sociais): a elaboração de *políticas públicas*¹⁷. Assim, enquanto, de um lado, defensores da autocontenção apregoam a absoluta impossibilidade de interferência do Judiciário no exame de políticas públicas, porquanto elas envolvem questões dotadas de elevadíssima discricionariedade; de outro lado, partidários do “ativismo” advogam não apenas a possibilidade, mas até mesmo o dever de o magistrado aferir a compatibilidade de políticas públicas face à Constituição e aos princípios constitucionais.

Veja-se que, em uma visão mais limítrofe, não apenas a correta execução de políticas públicas já existentes seria passível de controle jurisdicional (até porque, aqui, provavelmente estar-se-á diante de atos mais vinculados do que discricionários), mas a própria *concepção* de políticas públicas poderia ser alvo de escrutínio pelo magistrado – como maneira de concretizar os ditames constitucionais, o juiz estaria plenamente habilitado a determinar não apenas a correção de uma política pública aplicada de modo deficiente ou ineficiente, mas também a criação de uma política até então inexistente ou a alteração de aspectos de seu regime.

O refinamento teórico das discussões, nos países de *civil law*, desdobrou-se na verticalização de diversos pontos problemáticos: o que caracteriza um ato administrativo como vinculado ou discricionário? Quais elementos integram a discricionariedade do ato administrativo? Considerando que todo ato administrativo (mesmo os discricionários) possui elementos vinculados e, no vetor oposto, que atos vinculados podem ter algum aspecto de discricionariedade, como parametrizar os casos em que o juiz estaria ou não impedido de atuar, de acordo com a postura de autocontenção?

As doutrinas italiana e francesa, em destaque, aprofundaram, com ampla proficiência, o estudo do tema, abordando questões como a “discricionariedade técnica”, o controle de “atos políticos”, a relação entre o conceito de discricionariedade e a interpretação de “conceitos jurídicos indeterminados”, dentre outros que auxiliaram a complexificar cada vez mais o debate¹⁸.

¹⁷ Ainda que as categorias não sejam sinônimas, há grande relação entre elas: a concepção e implantação de políticas públicas pela Administração Pública envolve uma ampla cadeia de atos administrativos predominantemente discricionários. Além disso, ambos os temas comungam a preocupação com a legitimidade democrático-institucional e a capacidade técnica de juízes para decidir casos que deveriam, em tese, ser concebidos e decididos pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

¹⁸ Esses temas são enfrentados com profundidade em: PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 75-172 e p. 231-247.

Na doutrina e jurisprudência brasileiras, ao menos até a década de 90 do século XX, a corrente da autocontenção judicial dominou o cenário no que toca ao controle de atos discricionários. Foi quase unânime na jurisprudência, por muito tempo, o entendimento, repetido como mantra, de que não competiria ao Poder Judiciário, que não exerce função administrativa, controlar o mérito do ato administrativo¹⁹.

Mais recentemente, a partir da última década do século XX e início do século XXI, esse mantra começou a ser entre nós superado, com decisões judiciais admitindo a possibilidade de controle judicial de atos discricionários (e de políticas públicas). A paradigmática decisão do STF no julgamento da ADPF 45, proferida em 2004, atesta o fato, tendo sido reafirmada pela Corte em 2023 no julgamento do Recurso Extraordinário 684.612 (Tema 698).

3. O que Chevron e Loper Bright têm a ver com Processos Estruturais?

É interessante traçar aqui um paralelo. Fora do direito administrativo europeu continental, os países de *common law* também travaram discussões similares acerca da relação entre o Poder Judiciário e a atuação da Administração Pública. No entanto, isso ocorreu sem o recurso ao conceito de “discricionariedade” como referencial teórico.

Nos EUA, por exemplo, a problemática envolvendo o controle judicial de atos discricionários foi envolvida em outro debate, de igual riqueza teórica e jurisprudencial, realizado no contexto do controle judicial de atos e normas regulatórias expedidas por agências administrativas independentes (equivalentes às agências reguladoras brasileiras), responsáveis pela regulação de setores econômicos. Discute-se em que medida tais autoridades poderiam expedir atos com características normativas – tema que recebeu especial atenção da doutrina brasileira – e, principalmente, qual é a capacidade e competência de tais entidades no momento de interpretar as normas jurídicas editadas pelo Legislativo, que criavam suas respectivas estruturas e funções. Note-se que o debate reside não apenas na análise do “poder normativo” (capacidade de editar normas) da Administração, mas também de seu “poder hermenêutico”, ou seja, na aferição da capacidade e

¹⁹ Análise detida dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que conformaram a evolução da teoria da imunidade jurisdicional do mérito administrativo é feita em: PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 91-121.

competência das agências para interpretar o ordenamento jurídico, bem como na definitividade de tal interpretação e na possibilidade de o Judiciário controlá-la.

Disseminaram-se, nesse contexto, processos judiciais cujo objeto envolvia discutir se agências reguladoras haviam afrontado ou não os limites de sua competência legalmente definida e se a interpretação por elas feita acerca de normas legais que pautavam sua atuação era ou não razoável. Em tais casos, o Poder Judiciário deparava-se com normas administrativas que, de acordo com os autores que as questionavam, seriam ilegais à medida que a agência teria feito indevida interpretação ou aplicação dos *standards* definidos pelo legislador.

A definição desse relacionamento entre Jurisdição e Administração, analisando-se o *grau de deferência* devida e os parâmetros para o controle judicial de atos normativos da Administração, inspirou inúmeros autores a trabalharem, em um contexto mais geral, a relação entre as competências interpretativas e normativas dos Poderes Legislativo e Executivo em cotejo com a legitimidade e o alcance do *judicial review* sobre tais competências²⁰. Ademais, o tema pautou inúmeros debates nos EUA, sendo um dos mais profícuos relacionado à hipótese da chamada “ossificação”, uma espécie de “paralisia regulatória” propiciada por um controle judicial intenso e não deferente sobre as agências, que as desincentivaria a atuar de maneira informal e mais flexível, fazendo com que as agências tendessem a uma atuação rígida, formalista e nem sempre eficiente²¹.

²⁰ Aprofundar em: PIERCE JR., Richard J. *Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions*. *Vanderbilt Law Review*, v. 41, n. 2, p. 301-314, Mar. 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol41/iss2/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J. *Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources*. *Administrative Law Review*, v. 49, n. 1, p. 61-94, Winter 1997; PIERCE JR., Richard J. *What do the studies of judicial review of agency actions mean*. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 1, p. 77-98, 2010. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/856/. Acesso em: 6 ago. 2024; MOGENT, Eben; PIERCE JR., Richard J. *Sunstein's new canons: choosing the fictions of statutory interpretation*. *University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 4, p. 1203-1246, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss4/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A. *Political and judicial review of agency action*. *Texas Law Review*, v. 59, n. 7, p. 1175-1222, Oct. 1981; SUNSTEIN, Cass R. *Deregulation and the hard-look doctrine*. *Supreme Court Review*, p. 177-214, 1983; SUNSTEIN, Cass R. *Law and administration after Chevron*. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, Dec. 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12341&context=journal_articles. Acesso em: 6 ago. 2024; SUNSTEIN, Cass R. *On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action*. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 522-537, June 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol38/iss3/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024; MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. *The real world of arbitrariness review*. *University of Chicago Law Review*, v. 75, n. 2, p. 761-814, 2008. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5669&context=uclrev>. Acesso em: 6 ago. 2024; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. *University of Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

²¹ MCGARITY, Thomas O. *Some thoughts on deossifying the rulemaking process*. *Duke Law Journal*, v. 41, n. 6, p. 1385-1462, June 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent>.

Tamanha a importância desse tema para o direito administrativo estadunidense que, de acordo com diversos autores, os julgamentos da Suprema Corte acerca das possibilidades e dos limites do controle judicial de atos das agências consubstanciam as decisões mais importantes da história da Suprema Corte em matéria de Direito Administrativo, reconfigurando aspectos essenciais das relações entre o Judiciário e os demais Poderes. Para Cass Sunstein²², a origem do próprio direito administrativo nos EUA ocorreu no contexto de discussões atinentes ao controle judicial da regulação e da atuação de agências reguladoras.

Nesse sentido, diversas teorias foram construídas na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA ao longo do século XX para retratar a postura do Judiciário no controle de atos normativos em um contínuo e imbricado processo de construção e reconstrução. Os maiores destaques atribuem-se à paradigmática doutrina *Skidmore* (cunhada no caso *Skidmore v. Swift & Co*, de 1944)²³ e à célebre decisão

cgi?article=3189&context=djl. Acesso em: 6 ago. 2024; McGARITY, Thomas O. The Courts and the ossification of rulemaking: a response to Professor Seidenfeld. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 525-558, 1996. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/tlr75&id=541&print=section&div=27&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024; MELNICK, Shep. Administrative law and bureaucratic reality. **Administrative Law Review**, v. 44, n. 2, p. 245-260, 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin44&id=259&print=section&div=20&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J. Rulemaking ossification is real: a response to testing the ossification thesis. **George Washington Law Review**, v. 80, n. 5, p. 1493-1503, July 2012. Disponível em: <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/04/80-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1493.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J. Seven ways to deossify agency rulemaking. **Administrative Law Review**, v. 47, n. 1, p. 59-95, Winter 1995. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin47&id=69&print=section&div=9&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024; JORDAN, William S. III. Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking? **Northwestern University Law Review**, v. 94, n. 2, p. 393-450, 2000; SEIDENFELD, Mark. Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 483-524, Feb. 1997. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1021&context=articles>. Acesso em: 6 ago. 2024; SEIDENFELD, Mark. Why agencies act: a reassessment of the ossification critique of judicial review. **Ohio State Law Journal**, v. 70, n. 2, p. 251-321, 2009. Disponível em: https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/articles/article/1008/&path_info=Seidenfeld__Why_Agencies_Act__A_Reassessment_of_the_Ossification_Critique_of_Judicial_Review__70_Ohio_St._L._J._251__2009__from_oslj_archives_.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

²² SUNSTEIN, Cass R. Deregulation and the hard-look doctrine. **Supreme Court Review**, p. 182, 1983.

²³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Skidmore v. Swift & Co.**, 323 U.S. 134. December 4, 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/>. Acesso em: 7 ago. 2024. Em *Skidmore*, a Suprema Corte afirmou que o Judiciário deveria levar em conta as escolhas administrativas e julgá-las de acordo com seu poder de persuasão (*persuasiveness*), seguindo parâmetros como a importância e complexidade da questão e o fato de ter a agência conferido ou não ao caso a devida atenção e cuidado (*careful consideration*). A validade da decisão da agência, assim, seria analisada a partir da “completude das evidências consideradas, da validade de sua argumentação, de sua consistência com decisões anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe confirmam poder de persuasão”. A doutrina *Skidmore* possuía forte ligação com o *arbitrary and capricious standard*, posteriormente positivado no *Administrative Procedure Act* (APA, de 1946) para balizar o controle de atos administrativos, visto que, com base nela, o

de *Chevron* (criada no julgamento de *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, de 1984)²⁴. Houve ainda outros casos importantes para denotar a evolução do pensamento da Suprema Corte sobre o tema, tais como *Chenery* (*SEC v. Chenery Corp.*)²⁵ e *Mead* (*United States v. Mead Corporation*)²⁶.

juiz examinava todo o percurso e a motivação da agência ao exarar a decisão/norma submetida ao crivo do Judiciário. O contexto propiciado por *Skidmore* ficou conhecido como *hard look doctrine*.

²⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC**, 467 U.S. 837. June 25, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 7 ago. 2024. Trata-se da decisão mais citada da Suprema Corte dos EUA. Em *Chevron*, foi construído o famoso “teste de duas etapas” (*two-step test*): (i) se a norma legal que embasa a atuação da agência possui redação clara e inequívoca, denotando de maneira evidente a intenção do Congresso ao editá-la, então o juiz (assim como a agência) está adstrito a tal norma e deve interpretar a atuação da agência à luz do texto legal; (ii) se, contudo, a norma em questão é omissa ou possui redação ambígua, admitindo margem de interpretação e de atuação da agência, o papel do juiz, então, é o de analisar se a atuação da agência está pautada em uma interpretação razoável do estatuto legal. Obviamente a interpretação de cada um desses *steps* é fortemente contestada na doutrina: embora boa parte dos autores defenda que *Chevron* demarca uma visão mais deferencial do controle judicial sobre as agências, ao contrário da *hard look review*, há aqueles que sustentam que tanto o *step 1* quanto o *step 2* de *Chevron* permitem – ou mesmo incentivam – um controle judicial não tão deferente assim. O então Ministro da Suprema Corte Stephen Breyer é um dos mais fortes críticos da doutrina. Em artigo publicado pouco tempo depois do caso ser julgado, afirma que *Chevron* não enuncia qualquer “padrão deferencial” do Judiciário em face das agências, ao contrário da visão comumente propalada (BREYER Stephen. Judicial review of questions of law and policy. **Administrative Law Review**, v. 38, n. 4, p. 363-398, 1986. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin38&id=381&print=section&div=33&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024). A opinião é compartilhada por: FOOTE, Elizabeth V. Statutory interpretation or public administration: how Chevron misconceives the function of agencies and why it matters. **Administrative Law Review**, v. 59, n. 4, p. 673-724, Fall 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008155. Acesso em: 5 ago. 2024; MASHAW, Jerry L. Norms, practices, and the paradox of deference: a preliminary inquiry into agency statutory interpretation. **Administrative Law Review**, v. 57, n. 2, p. 537-542, Spring 2005; PIERCE JR., Richard J. Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions. p. 301-314; PIERCE JR., Richard J. Political control versus impermissible bias in agency decisionmaking: lessons from Chevron and Mistretta. **University of Chicago Law Review**, v. 57, n. 2, p. 481-520, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss2/6/>. Acesso em: 6 ago. 2024; MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy: an empirical investigation of Chevron. **University of Chicago Law Review**, v. 73, n. 3, p. 823-881, Summer 2006. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol73/iss3/1/>. Acesso em: 6 ago. 2024; MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. p. 761-814.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **SEC v. Chenery Corp.**, 318 U.S. 80. February 1, 1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/>. Acesso em: 7 ago. 2024. O caso serviu como espécie de antessala para a doutrina *Skidmore*, criada no ano seguintes, e para os standards do APA, de 1947. Nele, decidiu-se que a aferição da razoabilidade do processo de tomada de decisão (*reasoned decisionmaking*) da agência por parte do Judiciário deveria levar em conta os motivos que fundamentaram a atuação da agência ao tempo da ação, e não o contexto do momento do controle, evitando-se, assim, um controle judicial anacrônico e descontextualizado.

²⁶ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **United States v. Mead Corp.**, 533 U.S. 218. June 18, 2001. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/>. Acesso em: 7 ago. 2024. Nele, restou limitada a aplicação da doutrina *Chevron*, definindo-se que determinados atos regulatórios não mereceriam o grau deferencial mais alto do *two-step test*.

Mais recentemente, o tema voltou à evidência na Suprema Corte que, no julgamento do caso *Loper Bright (Loper Bright Enterprises v. Raimondo)*²⁷, superou a doutrina *Chevron* e o *two-step test*, afirmando que o Poder Judiciário deve ter amplos poderes de revisão de atos praticados por Agências Reguladoras, mesmo em casos discricionários e/ou que envolvam interpretação de normas legais de textura mais aberta.

Essa sucessão de diferentes teorias no tempo demonstra que, ao contrário do que parece, o percurso jurisprudencial nos EUA não se deu de maneira uniforme e progressiva: a Suprema Corte ora avançava, ora retrocedia; ora enunciava uma nova teoria, ora modernizava a teoria anterior; ora encavalava uma teoria em outra, ora repristinava uma teoria já abandonada etc²⁸. Muitas críticas são endereçadas por estudos acadêmicos à postura da Suprema Corte, seja pela análise das “doutrinas” derivadas de precedentes específicos, seja pela análise contextual acerca de qual é, afinal, o entendimento prevalecente da Corte sobre o tema, em cada época, e o relacionamento das diferentes “doutrinas” ou precedentes entre si²⁹.

É curioso perceber como a teoria jurídica e a jurisprudência norte-americanas deixaram de aproveitar essas ricas discussões acerca do controle judicial da regulação administrativa – e os *standards* criados jurisprudencialmente como parâmetros de controle – para transportá-las ao campo do controle judicial de

²⁷ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S.____. June 28, 2024. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/22-451/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

²⁸ ROSSI, Jim. Redeeming judicial review: the hard look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry. *Wisconsin Law Review*, n. 4, p. 763-838, 1994. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=904215. Acesso em: 6 ago. 2024; ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. *William and Mary Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1105-1147, Apr. 2001. Disponível em: <https://typeset.io/pdf/respecting-deference-conceptualizing-skidmore-within-the-3zlttx12r8.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

²⁹ BRESSMAN, Lisa Schultz. How *Mead* has muddled judicial review of agency action. *Vanderbilt Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1443-1494, Oct. 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=faculty-publications>. Acesso em: 5 ago. 2024; FOOTE, Elizabeth V. Statutory interpretation or public administration: how Chevron misconceives the function of agencies and why it matters. p. 673-724; GRAHAM, Ann. Searching for Chevron in muddy waters: the Roberts Court and judicial review of agency regulations. *Administrative Law Review*, v. 60, n. 1, p. 229-272, 2008. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Searching-for-Chevron-in-Muddy-Waters-The-Roberts-Court-and-Judicial-Review-of-Agency-Regulations.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024; MAY, Randolph J. Defining deference down: independent agencies and Chevron deference. *Administrative Law Review*, v. 58, n. 2, p. 429-454, Spring 2006. Disponível em: <https://freestatefoundation.org/wp-content/uploads/2019/12/DefiningDeferenceDown-Spring-2006.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024; MAY, Randolph J. Defining deference down, again: independent agencies, Chevron deference, and Fox. *Administrative Law Review*, v. 62, n. 2, p. 433-450, Spring 2010. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Defining-Deference-Down-Again.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024; SHANE, Peter M. Ambiguity and policy making: a cognitive approach to synthesizing Chevron and Mead. *Villanova Environmental Law Journal*, v. 16, n. 1, p. 19-34, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=elj>. Acesso em: 6 ago. 2024; ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. p. 1105-1147.

políticas públicas, temática que se acendeu vivamente a partir de *Brown* e dos demais processos estruturais. Ao contrário, a temática do controle judicial de políticas públicas, que surge nos EUA no bojo dos *civil rights cases*, posteriormente atrelados aos processos estruturais, parece ter ignorado a similaridade de contexto em relação às discussões travadas no âmbito do controle judicial de atos regulatórios e assim acabou sendo balizada, na doutrina e na jurisprudência, pela visão binária extrema (autocontenção absoluta *versus* ativismo total), perdendo-se a oportunidade de transplantar para tais casos, ainda que com adaptações, os critérios definidos, por exemplo, em *Skidmore* ou *Chevron*.

Com efeito, muitos dos problemas debatidos pela doutrina em relação à postura a ser adotada pelas Cortes em casos estruturais possuem forte paralelo com a atuação judicial no controle da regulação administrativa, de modo que a discussão sobre o controle judicial das agências deveria ter sido examinada pelos estudiosos dos processos estruturais e poderia ter auxiliado a doutrina e a jurisprudência a acelerar o aprimoramento dos parâmetros de atuação jurisdicional nesses casos. Não à toa, Robert Goldstein³⁰ sugere que, para aferir a suficiência da atuação judicial em casos estruturais, deveria ser aplicado raciocínio similar ao da *hard look doctrine*.

De toda sorte, a análise da história jurisprudencial dos EUA, em matéria de controle judicial de atos e normas regulatórias, revela uma riqueza acadêmica muito similar àquela dos países continentais europeus no que concerne ao controle judicial da discricionariedade administrativa, ainda que com enfoque diferenciado. Trata-se de análise útil para a compreensão do estado da arte do tema, que inclusive permite traçar interessantes paralelos com a realidade brasileira.

Ademais, note-se como, independentemente da origem e do rumo tomado pelas discussões, os países de *civil law* e *common law* partilharam constatações e preocupações comuns no que diz respeito aos dois extremos do pêndulo do controle judicial de atos discricionários (autocontenção e ativismo), à medida que, em ambos, a autocontenção foi a teoria prevalecente durante boa parte dos séculos XIX e XX. Inclusive os argumentos alegados para tal prevalência foram semelhantes: a separação de Poderes, que impediria ao Judiciário substituir-se à opção feita pelo Legislativo e Executivo; a legitimidade democrática, que impediria juízes não eleitos democraticamente de revisarem a análise de oportunidade e conveniência feita por

³⁰ GOLDSTEIN, Robert D. A *swann* song for remedies: equitable relief in the burger court. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 13, n. 1, p. 72-74, Winter 1978. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hcrcl13&id=9&print=section&div=7&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

agentes eleitos pelo povo; a análise comparativa institucional, de acordo com a qual o Poder Judiciário não teria capacidade técnico-operacional institucional para lidar com questões que não envolvessem exclusivamente questões legais; dentre outros.

Todavia, como se percebe, a evolução jurisprudencial ocorrida nos EUA, sobretudo dos anos 1950 em diante, apresenta um importante *turning point*: a partir da doutrina *Skidmore*, a jurisprudência da Suprema Corte não mais reproduziu o argumento da autocontenção absoluta, como se ao Judiciário fosse vedado aferir o mérito de atos e normas regulatórias. Partindo de tal decisão e das doutrinas que lhe sucederam, a jurisprudência foi aos poucos se preocupando com a criação e consolidação de critérios para balizar o controle judicial de tais casos, que não mais eram vistos como totalmente imunes à jurisdição.

Assim, enquanto no Brasil a jurisprudência permaneceu, até o início dos anos 2000, vinculada ao dogma da impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo, a doutrina e a jurisprudência dos EUA há muito tempo têm se preocupado (ainda que sem uma resposta definitiva) com a criação de critérios para parametrizar o controle judicial da discricionariedade. Em outros termos: ao passo que o Brasil conviveu por muito tempo com a *deferência absoluta* do Judiciário à ação administrativa discricionária, os EUA têm reconhecido apenas uma *deferência relativa*, com criação de critérios cuja aferição serviria para medir o grau de interferência judicial devida sobre a atuação da agência em cada caso.

Mais recentemente, os EUA parecem entrar em uma tendência de certa radicalização do controle jurisdicional sobre a atuação das agências, conforme revela o *overrule* do precedente fixado em *Chevron* no julgamento de *Loper Bright*. Estariam os EUA ingressando em um inédito (e potencialmente prejudicial) cenário de *indeferência absoluta* do Poder Judiciário em temas envolvendo o controle da Administração Pública e de suas Agências?

4. A inafastabilidade do controle jurisdicional – mesmo nos casos complexos

No atual estágio de desenvolvimento jurídico e civilizacional, não parece adequado cogitarem-se bolsões de imunidade absoluta da Administração Pública ao controle jurisdicional – a exemplo da tese da imunidade jurisdicional da discricionariedade administrativa. A inafastabilidade do controle jurisdicional, inclusive sobre a

Administração Pública, é garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição, e se mostra essencial para a concretização de direitos fundamentais, sobretudo de índole social, em um país ainda em desenvolvimento como o Brasil. Diante disso, por mais que críticas possam ser feitas à maneira pela qual, na prática, o controle jurisdicional é por vezes exercido, ou aos critérios utilizados (ou que deixam de sê-lo) por magistrados para exercerem controle sobre a Administração Pública, tais críticas não podem levar ao extremo de serem criados – ou resgatados – novos espaços obscuros de total imunidade da Administração Pública em relação ao controle jurisdicional.

É verdade que o Judiciário pode não ser a arena mais adequada para solucionar casos complexos, policêntricos e preñes de questões extrajurídicas, no entanto, ante o tratamento insuficiente – ou a ausência de qualquer tratamento – de tais casos pelos demais Poderes, ou ante o fracasso de eventuais tentativas de autocomposição entre as partes para dirimir controvérsias na via extrajudicial, restará apenas a busca pelo Judiciário como *ultima ratio* para solucionar o litígio e superar bloqueios político-institucionais ruminantes.

Não se trata de conferir um poder absoluto aos juízes, mas, sim, de garantir que, nas situações em que os demais Poderes agirem em desconformidade com o ordenamento jurídico, desatendendo suas obrigações por inabilidade, dolo, medo, recalcitrância ou outra razão injustificada, ou quando forem falhas as tentativas de autocomposição para solução do litígio, tenham eles (os juízes) a capacidade de interferir na situação de fundo com o objetivo de desequilibrar o *status quo*, figurando como *powerbrokers* – na feliz expressão de Colin Diver³¹.

Ademais, mesmo em uma visão puramente pragmática, parece difícil sustentar o afastamento do Judiciário do controle sobre casos jurídico-administrativos complexos. Ora, tão ingênuo quanto crer piamente na capacidade, no discernimento e na competência de juízes para solitariamente resolver tais casos, é crer que (i) os Poderes Executivo e Legislativo, apenas por serem detentores de maior legitimidade democrática, dão conta de atender aos anseios da população, de concretizar todos os ditames constitucionais e de solucionar todas as controvérsias em que se envolvem por conta própria; bem como que, (ii) no atual momento jurídico-cultural da sociedade brasileira, o Poder Judiciário aceitaria ser alijado de qualquer papel no

³¹ DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb. 1979.

que concerne à avaliação de casos mais complexos que ensejam a concretização de direitos fundamentais.

É improvável que, na contemporaneidade, legatários de uma constituição material, juízes aceitem agir apenas para declarar mecanicamente o direito relacionado aos fatos, de acordo com a letra fria da lei (conforme a visão do juiz enquanto *bouche de la loi* de Montesquieu), olvidando a necessidade de que sua atuação em casos complexos – sobretudo na fase de implementação – funcione também para a concretização de tais direitos. Como afirmam Daniel Brinks e Varun Gauri, “[...] é tarde para questionar se os tribunais deveriam intervir em políticas públicas para assegurar direitos, porque já o fazem diariamente; a pergunta mais importante agora é como devem fazê-lo”³².

Aliás, é curioso que seja o Judiciário acusado de “ativista”, com brados de invasão nos demais Poderes e usurpação de funções políticas, quando boa parte dos casos paradigmáticos em que o Judiciário é chamado a intervir, sobretudo em matéria de políticas públicas, é proveniente de provocação dos próprios partidos políticos³³. Vale citar a provocativa lição de Edilson Vitorelli³⁴, para quem, em verdade, processos estruturais faz com que nos defrontemos com fatos da vida presente das instituições democráticas: (i) juízes emitem mais juízos de índole legislativa do que gostariam de admitir e do que a teoria da separação de Poderes clássica poderia permitir; (ii) todos

³² BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por uma justiça dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. E-book (p. 277-303). Em sentido similar, Feeley e Rubin constatarem que juízes já estão há muito tempo exercendo o que denominam de *judicial policy making* e que proibir os juízes de dizer que estão se empenhando em tais tarefas não significa que, na prática, eles pararão de fazê-lo: juízes seguirão fazendo política, em determinados casos de maneira insincera, até que um discurso legal em favor de parâmetros para o *judicial policy making* seja desenvolvido – essa é, afinal, a proposta da obra de referidos autores (FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state**: how the courts reformed America's prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 338-339).

³³ REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, n. 5, p. 1534, June 2007; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

³⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 389-390. Reconhecendo que o papel interpretativo do magistrado em determinados casos envolve alta dose de critérios político-valorativos: ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 506-509; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, n. 21, p. 14, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 5 de ago. 2024; COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 457.

os valores constitucionais são sujeitos a limitações concretas; (iii) por mais desconfortáveis que sejam as duas primeiras constatações, não há como escapar ao processo estrutural quando as circunstâncias fáticas se impõem. Assim, continua o autor, seria mais produtivo que doutrina e jurisprudência “se debruçassem sobre as condições para que a reforma estrutural se realize, ao invés de negar que ela esteja ocorrendo, ou afirmar que se trata de mera interpretação ou concretização da Constituição ou das leis”.

Como se vê, o direito público atual não difunde a existência de espaços de vedação absoluta ou qualquer outra espécie de imunidade severa e excludente ao exercício de controle jurisdicional sobre atos, contratos, processos ou normas administrativas. Ao revés, parte-se da premissa de que ao Poder Judiciário é dado controlar toda e qualquer espécie de ação administrativa, com profundidade e intensidade – ou seja, a premissa adotada é a da *ampla sindicabilidade jurisdicional do agir administrativo*, aí incluso o agir discricionário. Não há como subtrair do Poder Judiciário o exame de casos envolvendo a Administração Pública e o manejo do direito administrativo, mesmo que tais casos se enquadrem como “complexos” na expressão aqui utilizada.

5. A necessidade de criação de parâmetros para balizar o controle

A premissa fixada acima não pode levar à conclusão de que se autoriza ao Poder Judiciário exercer controle sobre a Administração Pública de maneira ilimitada, sem qualquer tipo de critério ou baliza. Endossar a ampla sindicabilidade jurisdicional da atuação da Administração Pública e de litígios envolvendo o direito administrativo significa apenas defender que não há nenhuma forma de ação administrativa imune ao controle externo, o que não significa que o controle sobre ela possa ser exercido de maneira livre e não criteriosa pelo controlador.

O que não se pode admitir é que o avanço sobre a discricionariedade ocorra de maneira aleatória, sem critério e a partir da aplicação de concepções pessoais do julgador a respeito dos princípios gerais retirados do ordenamento, de modo que a discricionariedade do administrador seja pura e simplesmente substituída pela arbitrariedade do controlador – tão ou mais nociva para a implementação de

direitos constitucionais quanto o abuso de poder³⁵; Seria mesmo odioso exigir da Administração Pública uma atuação pautada na técnica e na ciência para posteriormente permitir que o controle jurisdicional sobre as decisões administrativas seja pautado unicamente na vontade revestida de retórica jurídica de um juiz. Se a Administração Pública deve responder pela tecnicidade e cientificidade de suas decisões, o controlador deve responder pela invalidação irrefletida de uma decisão administrativa que foi devidamente baseada em processo administrativo na técnica, na ciência e na devida ponderação dos interesses envolvidos.

A premissa fixada, portanto, não subsidia uma atuação judicial descontrolada e solipsista, mas apenas desloca o foco do raciocínio subsequente: o desafio não mais envolve a criação de teorias ou critérios que intentem blindar a Administração Pública do controle jurisdicional, mas passa a se estabelecer as balizas, ou seja, os parâmetros que conduzirão a atuação do Poder Judiciário ao controlar a Administração Pública (sobretudo em casos jurídico-administrativos complexos), de modo que o controle jurisdicional não se torne disfuncional.

Não há que se falar, desse modo, em espaços ou válvulas de *absoluta* deferência jurisdicional em relação ao agir administrativo, devendo-se, isso sim, militar pela fixação de parâmetros materiais e procedimentais que permitam ao controlador aferir a regularidade jurídica da ação controlada, sem que a decisão consista em mera substituição da opinião técnico-política do administrador público pela opinião pessoal do controlador. Tais parâmetros devem ser cogitados em duas perspectivas:

- (i) em um sentido *formal-material* (considerando-se aqui todos os chamados requisitos ou elementos de validade da decisão administrativa), com o intuito de perquirir quais critérios devem ser adotados pelos controladores, de maneira objetiva, para definir os limites de sua atuação na aferição da regularidade da conduta administrativa controlada – ou seja, a preocupação aqui é em estabelecer “o que” os controladores devem levar em conta ao examinar o caso, a ponto de definirem os limites de exercício de sua competência controladora;
- (ii) em um sentido *procedimental*, objetivando analisar qual é o percurso processual a ser trilhado pelo controlador na aplicação dos critérios materiais anteriormente definidos, havendo necessidade, assim, de se fixar um método processual adequado para o controle sobre tais questões – ou seja, a preocupação aqui é em estabelecer “como” os controladores devem conduzir o processo no caso.

³⁵ Sobre o tema, aprofundar em: PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

São olhares que se complementam, sobretudo em razão da natureza adjetiva do processo jurisdicional: os parâmetros processuais jurisdicionais devem ser cogitados tendo em mira sua aptidão para viabilizar e catalisar, da melhor forma possível, a incidência dos parâmetros formais-materiais definidos no primeiro passo. Caso contrário, o processo arrisca converter-se em mero diletantismo inútil, ou, o que é ainda pior, em mecanismo a dificultar o exercício do controle.

Contudo, enquanto a primeira das duas perspectivas (material) já foi alvo de intensos estudos desde a doutrina clássica até a contemporânea³⁶, a segunda (procedimental) ainda não mereceu a mesma atenção, por mais que muitas das discussões ainda hoje acesas na doutrina – como aquela acerca dos limites à intervenção judicial no mérito de decisões administrativas discricionárias – possam ser bem resolvidas no campo processual, mediante aplicação de técnicas que permitam ao juiz aferir a juridicidade da conduta administrativa e conduzir a sua correção, sem que sua decisão seja vista como uma mera substituição do “desejo do administrador” pelo “desejo do julgador”.

Nesse ponto, vale anotar que, desde o seu berço, a teorização jurídica do processo estrutural preocupou-se com o estabelecimento de técnicas procedimentais necessárias e adequadas à implementação de decisões judiciais em casos envolvendo o controle de casos complexos (em destaque, o controle judicial de políticas públicas). Desde os primeiros casos em que o Judiciário norte-americano demarcou sua competência para controlar políticas públicas, o reconhecimento dessa competência material foi imediatamente acompanhado do desenvolvimento de técnicas processuais para que essa função não restasse configurada apenas como uma competência vazia, desenvolvimento que se assemelha ao de outros países³⁷.

³⁶ V.g., conferir: PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. p. 275-287; PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**; JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

³⁷ É o que se extrai da análise comparada feita por Eduardo Jordão. Ao se debruçar sobre algumas inovações promovidas para dar conta do controle de atos administrativos regulatórios, o autor aponta que uma das respostas dadas para aprimorar o controle judicial sobre tais circunstâncias foi justamente a criação (na jurisprudência ou mesmo na via legislativa) de “ritos judiciais diferenciados” para controle de matérias específicas. O autor cita como exemplos a instituição do *rito abbreviato* no direito italiano, em 2000; os “saltos jurisdicionais” criados em 2010, na França, bem como a utilização de técnicas de modulação temporal de efeitos das decisões; a adoção de regras temporárias (*interim rules*) e de envio da questão à autoridade regulatória por parte do juiz para reanálise da matéria (*remand without vacation*) nos EUA; e, por fim, a utilização, pelos próprios Tribunais, de técnicas, instrumentos e mecanismos típicos da autoridade administrativa reguladora – tal como a consulta pública (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. p. 255-262).

De nada adiantaria reconhecer a necessidade de que o magistrado se utilize de parâmetros materiais na perquirição da conduta administrativa, caso não se vincule o magistrado à condução de um procedimento próprio para tanto. Em outras palavras, exemplificando: de que adiantaria impor, como critério ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, a análise da condução de um efetivo, completo e isento processo administrativo por parte da Administração Pública se o juiz pudesse realizar tal análise por meio de um processo jurisdicional falho, parcial e mal instruído? Os mesmos critérios que devem servir para que a Administração amolde suas escolhas discricionárias à legalidade também deveriam servir ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa³⁸. Não se examina a racionalidade da Administração Pública por intermédio de um processo jurisdicional irracional.

Felizmente, a necessidade de se desenvolverem parâmetros processuais para o controle judicial de casos complexos envolvendo a atuação da Administração Pública tem sido ventilada em alguns estudos no Brasil³⁹.

6. O método estrutural como parâmetro processual para o controle jurisdicional de casos complexos

Casos complexos devem ser perquiridos pelo Poder Judiciário mediante o desenvolvimento de um rito procedimental com contornos processuais próprios, um método processual idôneo que permita aos controladores exercerem suas funções com efetividade e segurança jurídica. Em nossa visão, esse rito processual deve reunir as características atribuídas aos processos estruturais, ou seja, deve ser conduzido pelo *método estrutural*, que configura baliza procedimental útil para parametrizar o controle judicial da Administração Pública.

O método estrutural aplica-se com grande pertinência no que atine ao controle das relações jurídico-administrativas complexas, servindo de moldura adequada

³⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. p. 294.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo**, v. 9, n. 103, p. 11-12, set. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites. Acesso em: 5 ago. 2024, p. 20; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163, p. 173-174.

para enquadrar a forma de se exercer controle jurisdicional dentro do atual contexto do direito administrativo. Com a utilização de medidas estruturais, qualifica-se o processo de controle, catalisando-se a construção de canais que permitam o fluxo de informações e dados que informarão o controlador e o auxiliarão a decidir tendo visão do entorno e das potenciais consequências de sua decisão – dados e informações que o controlador não pode ignorar, a teor da decisão do STF no julgamento da ADI 6.421 e dos demais ajuizadas em face da Medida Provisória n.º 966/2020.

Em primeiro lugar, a utilização de técnicas estruturais não importa violação da função de outros Poderes – a não ser que se enxergue na separação de Poderes uma carta branca para que o Executivo ou o Legislativo descumpram a Constituição ou abandonem seus compromissos em relação à efetivação dos direitos fundamentais. Afinal, respeitados os parâmetros materiais e processuais divisados para balizar sua atuação, o juiz deve ter a capacidade de ditar se a atuação administrativa é regular ou não e, em caso de irregularidade, orientar sua correção, função inerente à jurisdição de controle.

Grande parte do problema repousa não tanto na fase de conhecimento, e, sim, na fase de implementação, haja vista que, na formatação processual tradicional, o juiz se vê obrigado a emitir comandos unilaterais e impositivos, determinando que, para a correção da situação irregular reconhecida, o réu adote a conduta X no prazo Y, sob pena da sanção Z. É aqui que violações mais graves à separação dos Poderes se manifestam, e é aqui que a utilização de técnicas estruturais se revela mais promissora.

Ora, uma das características nodais do método estrutural é o fato de ser pautado no diálogo e na construção de consensos entre o juiz e as partes, permitindo que o litígio seja conduzido sem a tradicional oposição binária entre os dois polos da relação processual. Mesmo que o réu – no caso, a Administração Pública – seja responsabilizado pela ação discutida na causa, o método estrutural revela a importância de se conferir a ele próprio a oportunidade de divisar estratégias e planos para correção e superação da situação ilegal. Na fase de implementação da decisão no contexto do método estrutural, a Administração Pública deixa de ser mera expectadora derrotada, destinatária de ordens a serem cumpridas de maneira impositiva, e passa a ser uma peça-chave no planejamento do cumprimento da decisão e no fornecimento de dados e informações ao juízo, aos demais polos do processo e a terceiros interessados.

Longe de pretender substituir-se à Administração Pública e de agir de maneira solitária e impositiva, o Judiciário dialoga e conta com ela para a superação da

situação tida por irregular. Eventuais descumprimentos por parte da Administração Pública não são automaticamente tomados pelo juiz como desobediência, mas são contextualizados no cenário do problema complexo que se pretende corrigir. Idêntico raciocínio vale para os particulares quando no polo passivo de casos jurídico-administrativos complexos.

Respeitosamente, a separação dos Poderes não pode ser lida no século XXI de maneira anacrônica, como há séculos⁴⁰, mediante uma “visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade infinitamente mais complexa”⁴¹. A divisão estanque de funções e a compreensão dos Poderes como opositores, em um entendimento mais radical da teoria da tripartição de poderes, foi temperada há muito tempo, por exemplo, pela noção de *checks and balances*. No entanto, mesmo essa visão já não representa a realidade dos dias de hoje, em que Poderes assumem funções atípicas e sua interação não se volta apenas ao exercício de controle recíproco. A separação de Poderes deve ser revisitada, de modo a contemplar também um viés oposto ao que a nomenclatura “separação” indica, passando a ser lida não apenas enquanto apartação, mas também enquanto articulação entre Poderes, os quais não precisam estar sempre em pé de guerra, apartados e opostos; eles podem também unir-se e articular-se, contanto que mantenham autonomia e sistemas de controles recíprocos. Esse tema foi muito debatido nos EUA no rico contexto do controle judicial da atuação das agências reguladoras⁴².

⁴⁰ Sobre o tema: ACKERMAN, Bruce. The New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-725, Jan. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3117354&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024; GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 108-146); MENDES, Conrado Hubner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 147-173); MENDES, Conrado Hubner. Not the last word, but dialogue: deliberative separation of powers 2. *Legisprudence*, v. 3, n. 2, p. 191-246, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 589.

⁴² McGARITY, Thomas O. Some thoughts on deossifying the rulemaking process. p. 1385-1462; JORDAN, William S. III. Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking? p. 439; ROSSI, Jim. Redeeming judicial review: the hard look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry. p. 836; SCHOENBROD, David. From Chevron to consent of the governed. *Regulation*, v. 41, n. 4, p. 34-39, Winter 2018-2019. Disponível em: https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=fac_articles_chapters. Acesso em: 6 ago. 2024.

São reflexões como essa que inspiraram Roberto Gargarella a defender o que denomina de “constitucionalismo dialógico”⁴³, debatendo-se, com intensidade crescente no Brasil, o tema dos diálogos institucionais como maneira de interpretar a tripartição dos Poderes nos dias contemporâneos⁴⁴.

Ora, o processo judicial, quando aplicado o método estrutural, torna-se uma arena adequada para propiciar a ocorrência de diálogos institucionais acerca da matéria debatida no caso. Em verdade, a abertura do processo à ocorrência de diálogos institucionais foi uma das técnicas estruturais mais efetivas utilizadas pelo Judiciário, nos EUA, para conduzir litígios de reforma estrutural. Nesses casos, abriam-se canais de comunicação entre o juiz e as autoridades representantes da Administração Pública e das instituições a serem reformadas, com o intuito não apenas de aportar dados e conhecimentos técnico-científicos ao processo, mas principalmente de planejar a implementação da reforma determinada. Diálogos institucionais reforçam, ao invés da independência, a complementaridade entre os Poderes, potencializando a prevalência da decisão pelo órgão de função típica.

Assim, uma releitura da separação de poderes, aliada à noção de diálogos institucionais e superação da noção de “última palavra”, reconhece no Judiciário uma arena capaz de promover e articular debates, potencializando que cada Poder participe e se faça ouvir no processo. Trata-se de larga contribuição do método estrutural no controle de casos jurídico-administrativos complexos, à medida que técnicas estruturais foram muito usadas como forma de estimular consensos e diálogos entre as partes e os polos do processo.

Em segundo lugar, quanto à questão da (falta de) legitimidade democrática do Judiciário para decidir casos complexos, sobretudo quando envolvem questões relativas a políticas públicas ou atos discricionários, trata-se de argumento também superável mediante utilização do método estrutural. Ora, uma das maiores preocupações no desenvolvimento de técnicas estruturais voltou-se à necessidade de ampliar a legitimidade e participação processual, permitindo (ou melhor, incentivando e até

⁴³ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. p. 108-146.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. p. 139-308; MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; MENDES, Conrado Hubner. Not the last word, but dialogue: deliberative separation of powers 2. p. 191-246; MENDES, Conrado Hubner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. p. 147-173; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-228, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 6 ago. 2024.

mesmo obrigando) que o juiz integrasse a sociedade na condução do feito – fosse diretamente, mediante realização de audiências e consultas públicas, por exemplo, fosse indiretamente, a partir da admissão de *amici curiae* representantes de diversos segmentos sociais. Na fase de cumprimento de sentença, diversos casos práticos envolveram a constituição de painéis ou comitês compostos por representantes da sociedade civil ao lado de especialistas da matéria e representantes do Poder Público, com o objetivo de monitorar e opinar sobre os planos e a evolução das fases de cumprimento.

Tudo isso não significa, é claro, que o juiz decidirá o caso a partir de argumentos políticos de caráter majoritário, dada a necessidade de que atue em sentido técnico-jurídico; no entanto, a incorporação da sociedade ao processo permite ao juízo que, no tocante a aspectos como reflexividade e responsividade, pondere de maneira mais precisa todos os impactos jurídicos e extrajurídicos da decisão a ser expedida no processo.

Outrossim, nota-se que todos os argumentos acima, acerca da noção de separação de Poderes, também se aplicam aqui com grande pertinência. Dado que o método estrutural viabiliza a articulação entre os Poderes mediante construção de diálogos entre o juiz, os representantes da Administração Pública e até mesmo o Legislativo para a resolução do problema, o déficit democrático da atuação jurisdicional também se contorna à medida que a marcha processual é determinada, não por comandos judiciais unilaterais, mas por determinações progressivas e incrementais pautadas no resultado desse diálogo interinstitucional entre os Poderes, do qual participarão representantes dos demais Poderes, eleitos pelo voto popular. A atuação jurisdicional não é substitutiva, mas supletiva da omissão dos demais Poderes.

Com isso, a atuação do Judiciário no controle de casos complexos dependentes da atuação do Executivo e do Legislativo – em destaque, nos cenários envolvendo políticas públicas – se legitima na condição de “último guardião”, não podendo vedar-se ao Judiciário que intervenha quando claramente reconhecida a omissão ou insuficiência de ação dos demais Poderes⁴⁵. Em verdade, tão fantasioso quanto crer

⁴⁵ Nesse sentido, por exemplo: NAGEL, Robert F. Separation of powers and the scope of federal equitable remedies. *Stanford Law Review*, v. 30, n. 4, p. 718, Apr. 1978. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2109&context=faculty-articles>. Acesso em: 6 ago. 2024; TIDMARSH, Jay. Unattainable justice: the form of complex litigation and the limits of judicial power. *George Washington Law Review*, v. 60, n. 6, p. 1778, 1991-1992. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/763/. Acesso em: 6 ago. 2024; VALLE, Vanice Lírio do. Desafios à jurisdição em políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 509; DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 73-79.

na absoluta competência e neutralidade política do Poder Judiciário ao julgar casos concretos é crer na plena suficiência da representatividade democrática e capacidade técnica dos demais Poderes para resolver todas as incumbências que lhes são postas.

A intervenção jurisdicional será tanto mais legitimada, assim, quanto mais grave e duradoura for a omissão e incapacidade do Executivo e Legislativo de resolverem questões pela via do processo político-administrativo e legislativo, supostamente mais responsivos ao argumento da legitimidade democrática. Tornou-se célebre, nesse sentido, a frase de Archibald Cox: “a necessidade de ação judicial é mais forte nas áreas do direito em que os processos políticos se provam inadequados, não por falta de poder legislativo, mas porque o problema é negligenciado pelos políticos”⁴⁶.

Por fim, quanto à questão da capacidade institucional, trata-se de ponto bem contornado com a utilização do método estrutural. É um tanto intuitivo reconhecer que o Judiciário, de modo isolado, não tem condições de proferir decisões aptas a solucionar casos complexos. Se os demais Poderes, após anos de contato com o problema, não foram capazes de solucioná-lo de maneira efetiva, é certo que algumas folhas de papel e um juiz, por mais bem intencionados que sejam, também não o resolverão.

O argumento da falta de capacidade institucional do Judiciário para solucionar casos complexos envolve, assim, dois elementos principais: (i) o reconhecimento de que o ferramental jurídico do magistrado não é o bastante para a compreensão global de casos complexos e para cogitar os caminhos para eventual correção do problema detectado, havendo necessidade de aportar ao processo conhecimentos técnico-científicos que extravasam a área do Direito, ampliando o senso de realidade do controlador; e (ii) o reconhecimento de que o magistrado e as ferramentas jurisdicionais à sua disposição, isoladamente, não são suficientes para implementar os passos necessários para solução do litígio e correção do problema, havendo necessidade de contar com o apoio das partes e terceiros para a implementação da decisão. Quanto a esse segundo ponto, a idoneidade do método estrutural para atingi-lo já parece estar suficientemente demonstrada a partir das considerações acima, ao se aprofundar o argumento dos diálogos institucionais e da ampliação da legitimidade democrática do processo mediante audiências públicas e alargamento dos contatos com partes e terceiros.

⁴⁶ COX, Archibald. Foreword: constitutional adjudication and the promotion of human rights. *Harvard Law Review*, v. 80, n. 1, p. 91, Nov. 1966.

Quanto ao primeiro ponto, trata-se de mais um dos grandes trunfos da utilização do método estrutural. Ora, diversas técnicas estruturais foram cunhadas em casos concretos justamente para viabilizar a construção de canais de comunicação aptos a permitirem o influxo de dados e conhecimentos técnico-científicos de outras áreas do conhecimento, com o intuito de auxiliar o magistrado a compreender o problema para melhor decidir. Novamente, nesse ponto, a realização de audiências e consultas públicas serviu muito a esse propósito em casos concretos, assim como a admissão de *amici curiae* representantes de segmentos técnico-profissionais e científicos da área discutida na causa.

No entanto, talvez a principal técnica estrutural utilizada na prática jurisprudencial estadunidense para contornar esse problema tenha sido a nomeação de *special masters* (tanto na fase de conhecimento quanto no cumprimento de sentença), bem como a constituição de painéis formados por especialistas (ao lado da sociedade civil, como dito acima) para funcionarem como auxiliares do juízo. Os *special masters* figuraram como interessantíssimo mecanismo de abertura do processo judicial ao recebimento de aportes técnico-científicos fundamentais para a solução da causa. Veja-se que, diferente da produção de prova pericial, que possui escopo bastante delimitado e que se resume, na maior parte das vezes, a um simples laudo, o acompanhamento do feito por *special masters* e painéis de especialistas faz com que não apenas todos os passos do processo sejam acompanhados de reflexões de natureza técnico-científicas, como a própria realização de atos processuais seja conduzida não pelo juiz, mas pelos técnicos apontados. Trata-se de técnica que rompe paradigmaticamente com a predominância do juiz solitário, no processo tradicional, sobretudo nas fases probatória e de cumprimento da decisão.

Não se trata, assim, de analisar a capacidade institucional sob o prisma da atuação individual do juiz, mas, sim, a partir da consideração de que, constatada pelo magistrado a necessidade de correção de um problema complexo, ele deverá conferir margem à Administração Pública para adotar as escolhas e ações necessárias à superação de tal situação, agindo apenas quando os agentes estatais se demonstrarem recalcitrantes ou inábeis. Ademais, a participação de *experts* e o contraditório ampliado municiam o juiz com dados que podem se mostrar relevantes para a tomada de decisões seguras, dando-lhe informação técnica suficiente para uma adequada avaliação dos problemas e soluções disponíveis, encorajando a participação

das partes e de terceiros⁴⁷. Com isso, supera-se a crítica da falta de capacidade institucional e, a reboque, garante-se maior legitimidade à atuação jurisdicional.

Destarte, a utilização do método estrutural, considerando as diversas técnicas disponíveis e/ou passíveis de criação no caso concreto, viabiliza uma ampla superação das críticas tradicionais daqueles que se opõem mais radicalmente à intervenção jurisdicional em casos envolvendo atos discricionários, políticas públicas e demais questões complexas. Como bem afirma Edilson Vitorelli, o processo estrutural representa, em verdade, a mais branda modalidade de intervenção jurisdicional em políticas públicas, visto que permite uma atuação “de modo ordeiro, racional e dialogado, tanto com o gestor quanto com a sociedade”⁴⁸, de sorte que “se a judicialização é inevitável, a melhor forma de fazê-la é pela via estrutural”⁴⁹. Mesmo autores que se enveredaram para uma perspectiva de análise empírica anotaram que a condução de processos estruturais não ocasiona a violação de princípios como a separação dos Poderes, o federalismo e a legalidade⁵⁰.

Boa parte das críticas relativas à capacidade do Judiciário para resolver problemas complexos opera em uma lógica muito similar à de Lon Fuller em sua obra seminal: o processo judicial tradicional, por ser de índole adjudicatória, bipolar e retrospectiva, não daria conta de resolver demandas complexas⁵¹. Ocorre que, ao contrário de reputar o Judiciário como incapaz, em absoluto, de solver questões complexas em razão da natureza do processo judicial tradicional, talvez a resposta esteja justamente no outro elemento da equação: repensar o rito do processo judicial, para que deixe de reproduzir as características da tradição adjudicatória bipolar e retrospectiva.

Assim, discussões acerca da separação dos Poderes, da legitimidade democrática ou da capacidade técnica dos órgãos de controle para examinar questões complexas relativas à atuação da Administração Pública, embora sejam relevantíssimas, não constituem *per si* óbices para o exercício do controle. A importância de tais discussões

⁴⁷ GOLDSTEIN, Robert D. *A swann song for remedies: equitable relief in the burger court*. p. 46-47; VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. p. 187-188; VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 106-107.

⁴⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 126.

⁴⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 126.

⁵⁰ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state**: how the courts reformed America's prisons.

⁵¹ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. p. 353-409.

reside no fato de que, a partir delas, passa-se a compreender e demandar que o controle seja exercido de modo que (i) supere o déficit democrático da atuação do controle externo em relação à legitimidade dos agentes dos demais Poderes, bem como (ii) permita ao controlador inteirar-se por completo das questões técnico-científicas e demais fatores de complexidade envolvidos na causa.

A aplicação do método estrutural garante ambos, promovendo uma espécie de “legitimação pelo procedimento”⁵² – considerando que todos os Poderes têm competência para conferir interpretação aos valores constitucionais, o método estrutural não demanda que os juízes tenham a *única* ou mesmo a *última* palavra, mas que eles sejam autorizados a falar com alguma autoridade – e, nas palavras de Owen Fiss, a qualidade do processo, desenvolvido com independência e diálogo pelo juiz, é a medida dessa autoridade⁵³.

7. Conclusão: o controle jurisdicional da Administração Pública como controle deferencial incremental

Ao invés de configurarem uma dicotomia estanque, posturas mais “contidas” ou “ativistas” revelam-se, em verdade, apenas como dois extremos dentro de uma escala gradativa, de modo que o binômio “autocontenção *versus* ativismo” é falso e admite tons de cinza. A solução proposta para o controle jurisdicional de casos jurídico-administrativos complexos situa-se em um meio termo entre a autocontenção extrema e o ativismo exagerado. Isso porque, adequadamente analisado e compreendido, o método estrutural não se identifica com nenhuma categoria dentro desse binômio: processos estruturais não são “ativistas” ou “deferenciais” *per se*, posto que técnicas estruturais podem ser utilizadas de maneira abusiva por um controlador

⁵² Perfilando esse caminho, apontam Susan Sturm e Joanne Scott que a legitimidade do Judiciário para atuar em tais casos enquanto “corte catalizadora” não deita raízes nas tradicionais concepções acerca do papel do juiz, mas, sim, na forma de condução do processo, sobretudo mediante (i) garantia de uma participação ampla e justa no processo, para além das tradicionais doutrinas de *standing* vigentes; (ii) ampliação do volume de informações coletadas para embasar a tomada de decisão (contando com a participação de *experts* para garantir conhecimento confiável acerca dos fatos analisados, nos quais o juiz possa se embasar para dar credibilidade à decisão); e (iii) motivação das decisões, com transparência e controlabilidade, de modo que qualquer pessoa possa indagar e solicitar informações e justificativas acerca das decisões adotadas (SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, n. 3, p. 575-592, 2007).

⁵³ FISS, Owen. Foreword: the forms of justice. p. 15-16, p. 34.

mais “ativo”, mas podem também ser subutilizadas (ou utilizadas com intuito de manutenção do *status quo*) por um controlador mais “contido”.

A costumeira correlação do método estrutural com um exercício abusivo e exagerado do controle jurisdicional não é verdadeira: se o método estrutural for aplicado de acordo com os critérios e as características aqui preconizados, nada haverá de “ativista” (em sentido pejorativo) na atuação do juiz. O abuso de alguns juízes, principalmente nos primeiros casos estruturais nos EUA, não contamina o modelo como um todo – casos emblemáticos de técnicas estruturais aplicadas pelo Judiciário no Brasil, a exemplo daquelas manejadas no curso da chamada “ACP do Carvão”, retratam uma postura jurisdicional que inclusive pende mais para a autocontenção do que para o ativismo.

É precisamente essa a tônica que tem balizado a atuação do STF no julgamento de casos complexos envolvendo a implementação de direitos sociais, a exemplo da Tese n.º 2 fixada na decisão do Recurso Extraordinário 684.612 (**Tema 698**), julgado em 2023:

2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; [...] ⁵⁴.

O método estrutural, assim, situa-se no meio termo da escala, e seu ponteiro apontará mais para um lado ou outro a depender da postura do magistrado no caso concreto. Contudo, tal como um pêndulo, o ponteiro do processo estrutural tende sempre a permanecer no meio do caminho, equidistante entre os dois extremos. Ora, sendo o método estrutural pautado em características como a consensualidade, a reflexividade e a responsividade⁵⁵, é bastante improvável que o método estrutural, adequadamente aplicado, desemboque em uma postura jurisdicional de inércia, em um extremo, ou de controle abusivo, no outro. O processo estrutural é, portanto, um pêndulo pesado: deslocá-lo às extremidades demanda grande esforço

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Min. Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁵⁵ Sobre o tema, aprofundar em: MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. p. 27-44, p. 221-233.

do controlador – e controladores, felizmente, não costumam estar dispostos a empreender esforços inúteis. O método estrutural, destarte, é o fiel da balança que equilibra ativismo e autocontenção.

A constatação a que se chega a partir da utilização do método estrutural é de que o controle jurisdicional sobre casos jurídico-administrativos complexos tende, idealmente, a ser um *controle deferencial incremental*.

O controle tende a ser deferencial no sentido de que, ao controlar casos complexos, o magistrado não deve pura e simplesmente substituir a decisão da Administração Pública pela sua, imotivada e irrefletidamente. É fundamental ao magistrado (e nisso reside a importância de se fixarem parâmetros materiais e processuais de controle) ponderar sobre as circunstâncias do caso concreto a fim de aferir quais razões levaram a Administração Pública – e as demais partes e interessados na causa – a agir daquela forma e quais são as consequências da intervenção jurisdicional no caso; quais são as partes impactadas e em que grau o serão; qual é a solução mais proporcional e efetiva ao caso etc.

Ademais, é fundamental que o magistrado, em postura dialogal, ouça atentamente as partes nessa tentativa de compreensão do contexto que levou ao litígio e das consequências que dele podem advir, franqueando-lhes espaço suficiente não apenas para se explicar, mas também para que eles próprios – Administração Pública e particulares envolvidos na causa – proponham alternativas de solução ao problema, as quais deverão ser levadas em conta pelo juiz com preponderância em relação às demais que levarem ao mesmo resultado com similar efetividade. Se o Judiciário, de um lado, possui reserva de jurisdição, à Administração Pública deve ser franqueada, ao menos em certas matérias, uma *reserva de administração*⁵⁶, devendo o juiz evitar ao máximo o erro da “arrogância judicial”, na feliz expressão do Ministro Luís R. Barroso⁵⁷.

No entanto, de outra banda, é certo que um controle deferencial não significa um controle servil, encabrestado, “chapa branca”. Afinal, se “deferência” significasse

⁵⁶ Conforme Gustavo Binbenojm: “Com efeito, naqueles campos em que por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 241).

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008*: judicialização, ativismo e legitimidade democrática.

a impossibilidade absoluta de o magistrado aferir a regularidade de determinada conduta, a expressão “controle deferencial” seria uma contradição em termos, porque controle não haveria. Ao se referir aqui a um controle deferencial, portanto, reporta-se à possibilidade de criação de *graus de deferência*, os quais podem ser cogitados a depender de diversos prismas (cuja perquirição escapa ao escopo do presente trabalho por se reportarem a critérios materiais, mais que processuais). Assim, diferentes graus de intensidade do controle judicial podem ser cogitados a partir da densidade da fundamentação e justificativa da postura administrativa controlada – aferida, por exemplo, com fundamento no parâmetro de racionalidade proposto por Luis Manoel Fonseca Pires⁵⁸, dos “testes de legalidade”⁵⁹ ou, ainda, a partir do conteúdo do ato controlado, conforme as “relações tendenciais” apresentadas por Eduardo Jordão com base na experiência comparada⁶⁰.

Com acerto, defende Colin Diver⁶¹ que os parâmetros de controle judicial dos atos administrativos não podem ser compreendidos de maneira unidimensional, dentro do binômio “deferente” *versus* “não deferente”: a complexidade da atuação da Administração Pública e a diversidade de suas funções faz com que seja necessário eleger critérios para modular a intensidade do controle. Definido o grau de deferência devido a partir de tais parâmetros materiais, entra em cena o método estrutural, com criação de técnicas processuais aptas a aplicar, em concreto, a estratégia jurisdicional no caso.

⁵⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**.

⁵⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

⁶⁰ Em qualquer caso, é importante ter em mente o alerta de Eduardo Jordão, ao afirmar que “a intenção de adaptar a intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública não levará a uma solução única e inexorável”, havendo em verdade “uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais”. Desta feita, considerando que a determinação da intensidade do controle judicial envolve escolhas políticas, “não há uma forma ideal de adaptar o controle às circunstâncias do caso concreto, nem há um grau específico e ideal em que esta adaptação deva ser consagrada” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. p. 653, p. 656, p. 663).

⁶¹ DIVER, Colin. Statutory interpretation in the administrative state. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 133, n. 3, p. 592-599, Mar. 1985. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol133/iss3/1/. Acesso em: 5 ago. 2024. Similar conclusão foi atingida, no Brasil, por Gustavo Binbenbojm, para quem “ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos [...], impõe-se o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva ‘funcionalmente adequada’ de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. p. 241).

Ao se falar em um controle deferencial, definitivamente não se sustenta aqui a ausência de controle, tal como apregoava a clássica teoria da insindicabilidade do mérito do ato administrativo. Defende-se, ao revés, a necessidade – sobretudo em casos jurídico-administrativos complexos – de que o controlador aja a partir de certos parâmetros que lhe permitam ouvir e refletir sobre a posição da Administração Pública e dos demais envolvidos na causa. É exatamente por isso que processos estruturais trabalham com uma noção bastante dilatada de contraditório e de ampla defesa: neles o magistrado é compelido, diante da complexidade do caso que se apresenta, a ouvir exaustivamente as partes a fim de compreender os contornos da causa, os limites e as possibilidades de atuação judicial. Um controle deferencial é, assim, um controle exercitado com bases sólidas na consensualidade, na reflexividade e na responsividade do controlador – e a aferição do respeito ao grau deferência devido é melhor realizada tendo por unidade de medida o processo do que a substância da intervenção judicial⁶².

Militar por um controle deferencial, por mais importada ou anglicista que seja essa expressão, é, ao fim e ao cabo, defender que juízes ajam de acordo com “a virtude da prudência”⁶³, porquanto a função jurisdicional, nos casos jurídico-administrativos complexos, não é impor políticas ou substituir a vontade dos agentes públicos pela vontade do juiz, mas, sim, confrontar a atuação da Administração Pública com os *standards* jurídicos vigentes e, em caso de divergência, submeter a questão para solução dialogada entre todos dentro das regras do jogo institucional. A solução não está no confronto e, sim, na articulação, em um virtuoso diálogo interinstitucional: trata-se de um “ativismo judicial equilibrado”⁶⁴, “ativismo dialógico”⁶⁵ ou “ativismo estrutural

⁶² DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. p. 92. A partir dessa afirmação, o autor argumenta que a intrusividade judicial será reputada excessiva, ou não, a depender do grau de espaço conferido pelo juiz ao exercício de escolhas governamentais no curso da fase remedial do processo, ligando tal constatação à sua ideia geral de que o processo consegue alcançar melhores resultados se for conduzido como um instrumento político (ou seja, um jogo de barganhas), e não de acordo com o modelo adjudicatório tradicional.

⁶³ BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 286. O autor verticaliza o ponto em outro trabalho: BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Revista de Processo**, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

⁶⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 104.

⁶⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, Cesar. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, June 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

dialógico”⁶⁶, que propicia um autêntico “controle compartilhado” (*sharing control*)⁶⁷ ou, na esteira das reflexões de Mark Tushnet, algo próximo a um *weak-form review*⁶⁸.

Ademais, para além de deferencial, a aplicação adequada do método estrutural faz com que o controle exercido sobre relações jurídico-administrativas complexas seja também *incremental*, em especial no que toca à fase de cumprimento da decisão de mérito. Isso porque, partindo da necessidade de cooperação com o(s) demandado(s) para concretização do comando jurisdicional, o magistrado deve sempre tentar, inicialmente, deixar ao encargo dele(s) a responsabilidade pela elaboração e proposição de planos e medidas de solução do problema, bem como pela tomada de decisões de conteúdo estratégico. Apenas após sua comprovada incapacidade, inabilidade, recalcitrância ou resistência injustificada é que deve o magistrado, gradativamente, aumentar a intensidade de sua intervenção no caso, inicialmente com medidas que busquem induzir os destinatários a cumprirem adequadamente com seus papéis e, apenas em último caso, com recurso a medidas mais intrusivas que se substituam à ação dos responsáveis pelo cumprimento da decisão.

Seguindo Gargarella, juízes poderiam adotar diferentes posturas defronte a casos complexos: (i) exigir das instâncias políticas que justifiquem por que não atenderam determinadas demandas; (ii) pedir a tais instâncias que reelaborem ou repensem tais razões; (iii) requerer que tais instâncias apresentem novas soluções; (iv) definir diretrizes gerais para serem seguidas, sem ditar soluções específicas; (v) definir objetivos a serem perseguidos, autorizando os demais Poderes não apenas a definirem os meios, mas como sugerirem novas soluções e alternativas⁶⁹.

Defender um controle incremental nada mais é do que militar pelo respeito a uma lógica controladora responsiva, que substitua a tradicional abordagem do tipo *command and control*, tema muito pertinente ao método estrutural, na esteira da

⁶⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed., rev., atual., ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 234.

⁶⁷ IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle compartilhado das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁶⁸ TUSHNET, Mark V. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare in comparative constitutional law**. Oxford: Princeton University Press, 2009. *E-book*; TUSHNET, Mark V. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, Aug. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/9/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁶⁹ GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy, the judiciary, and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot: Ashgate, 2006. p. 29.

abordagem “experimental” proposta por Sabel e Simon⁷⁰, com a sucessão de “decisões em cascata” que vão gradualmente enfrentando o problema a ser solucionado – seja para conhecê-lo e julgá-lo (funções cognitivas), seja para planejar e implementar as alterações determinadas (funções remediais/executivas).

A postura do magistrado no controle de casos complexos não pode se resumir a uma postura de cegueira deliberada (autocontenção) ou de heroísmo descontrolado (ativismo). Deve-se buscar, a partir da aferição de parâmetros materiais pré-fixados e da condução de um procedimento especial de controle (ouvindo a Administração e os demais interessados no tema), qual foi a dose de racionalidade jurídica que se emprestou à decisão administrativa e quais são as medidas que mais eficazmente tornarão possível a superação do problema debatido na causa. O debate acerca da atuação do Judiciário não deveria mais ser pautado no duelo entre uma função “ativa” ou “passiva”, mas, sim, na reflexão acerca da propriedade e utilidade da postura de juízes como “adjudicadores” em cotejo com sua atuação como “negociadores” na esteira do pensamento de Judith Resnik⁷¹.

Considerando que casos complexos esfumaçam as linhas entre os mecanismos corriqueiros de *accountability* judiciais e políticos – e que, portanto, a atuação do juiz se relaciona (e não antagoniza) com os processos políticos envolvidos –, o papel do juiz nesses casos é trabalhar colaborativamente com outros atores em divisar e promover estruturas de governança efetivas e legítimas para a solução dos problemas encontrados. O juiz não é um “oráculo socrático”, equipado para resolver sozinho questões complexas – o que ele é preparado para fazer é, conforme Susan Sturm e Joanne Scott, “escutar e avaliar explicações sobre porque um determinado processo político é ou não apto a satisfazer exigências constitucionais [...] e garantir que haja um ajuste adequado entre a prática política e a explicação normativa”⁷².

A aplicação do método estrutural no controle jurisdicional de casos complexos é uma realidade. Para além de sua possível aplicação no Brasil (como em alguns casos já vem ocorrendo), a difusão do conhecimento a seu respeito talvez seja um passo importante para a superação da dicotomia “autocontenção *versus* ativismo”. Na

⁷⁰ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/faculty_scholarship/article/1824/&path_info=117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁷¹ RESNIK, Judith. Procedural innovations, sloshing over: a comment on Deborah Hensler “a glass half full, a glass half empty: the use of alternative dispute resolution in mass personal injury litigation”. **Texas Law Review**, v. 73, n. 7, p. 1630-1631, June 1995. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72827037.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁷² SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. p. 592.

inspirada afirmação de James Wright, não se trata de demandar que o Judiciário seja politicamente *responsável*, mas sim que seja politicamente *responsivo*⁷³.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 633-725, Jan. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3117354&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htgzm54XrHvC/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE**, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 5 ago. 2024.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Revista de Processo**, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

⁷³ WRIGHT, James Skelly. Role of the Supreme Court in a democratic society-judicial activism or restraint. **Cornell Law Review**, v. 54, n. 1, p. 11, Nov. 1968. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>. Acesso em: 6 ago. 2024.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 261-286.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRESSMAN, Lisa Schultz. How *Mead* has muddled judicial review of agency action. **Vanderbilt Law Review**, v. 58, n. 5, p. 1443-1494, Oct. 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=faculty-publications>. Acesso em: 5 ago. 2024.

BREYER Stephen. Judicial review of questions of law and policy. **Administrative Law Review**, v. 38, n. 4, p. 363-398, 1986. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin38&id=381&print=section&div=33&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 277-303).

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo**, v. 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_judicial_de_politicas_publicas_posibilidades_e_limites. Acesso em: 5 ago. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed., rev., atual., ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the burger court. **Harvard Law Review**, v. 96, n. 1, p. 4-60, Nov. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr96&id=22&print=section&div=13&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://edisisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 451-466.

COX, Archibald. Foreword: constitutional adjudication and the promotion of human rights. **Harvard Law Review**, v. 80, n. 1, p. 91-272, Nov. 1966.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019.

DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb. 1979.

DIVER, Colin S. Statutory interpretation in the administrative state. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 133, n. 3, Mar. 1985. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol133/iss3/1/. Acesso em: 5 ago. 2024.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state**: how the courts reformed America's prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 5 de ago. 2024.

FISS, Owen M. Foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr93&id=19&print=section&div=12&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FOOTE, Elizabeth V. Statutory interpretation or public administration: how Chevron misconceives the function of agencies and why it matters. **Administrative Law Review**, v. 59, n. 4, p. 673-724, Fall 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008155. Acesso em: 5 ago. 2024.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: https://classactionsargentina.com/wp-content/uploads/2020/07/fuller_the-forms-and-limits...-policc3a9ntricos.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 108-146).

GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy, the judiciary, and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

GOLDSTEIN, Robert D. A *swann* song for remedies: equitable relief in the burger court. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 13, n. 1, p. 1-80, Winter 1978. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hcrcl13&id=9&print=section&div=7&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

GRAHAM, Ann. Searching for Chevron in muddy waters: the Roberts Court and judicial review of agency regulations. **Administrative Law Review**, v. 60, n. 1, p. 229-272, 2008. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Searching-for-Chevron-in-Muddy-Watters-The-Roberts-Court-and-Judicial-Review-of-Agency-Regulations.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle compartilhado das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Ativismo judicial e suas múltiplas definições. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 3, p. 710-731, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/62269>. Acesso em: 5 ago. 2024.

JORDAN, William S. III. Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking? **Northwestern University Law Review**, v. 94, n. 2, p. 393-450, 2000.

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

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, Oct. 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1217-1256, Fall 2002.

MASHAW, Jerry L. Norms, practices, and the paradox of deference: a preliminary inquiry into agency statutory interpretation. **Administrative Law Review**, v. 57, n. 2, p. 501-542, Spring 2005.

MAY, Randolph J. Defining deference down: independent agencies and Chevron deference. **Administrative Law Review**, v. 58, n. 2, p. 429-454, Spring 2006. Disponível em: <https://freestatefoundation.org/wp-content/uploads/2019/12/DefiningDeferenceDown-Spring-2006.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MAY, Randolph J. Defining deference down, again: independent agencies, Chevron deference, and Fox. **Administrative Law Review**, v. 62, n. 2, p. 433-450, Spring 2010. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Defining-Deference-Down-Again.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

McGARITY, Thomas O. The Courts and the ossification of rulemaking: a response to Professor Seidenfeld. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 525-558, 1996. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/tlr75&id=541&print=section&div=27&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024.

McGARITY, Thomas O. Some thoughts on deossifying the rulemaking process. **Duke Law Journal**, v. 41, n. 6, p. 1385-1462, June 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3189&context=dlj>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MELNICK, Shep. Administrative law and bureaucratic reality. **Administrative Law Review**, v. 44, n. 2, p. 245-260, 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin44&id=259&print=section&div=20&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024.

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

MENDES, Conrado Hubner. Not the last word, but dialogue: deliberative separation of powers 2. **Legisprudence**, v. 3, n. 2, p. 191-246, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835. Acesso em: 6 ago. 2024.

MENDES, Conrado Hubner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 147-173).

MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy: an empirical investigation of Chevron. **University of Chicago Law Review**, v. 73, n. 3, p. 823-881, Summer 2006. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol73/iss3/1/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. **University of Chicago Law Review**, v. 75, n. 2, p. 761-814, 2008. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5669&context=uclev>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MOGLEN, Eben; PIERCE JR., Richard J. Sunstein's new canons: choosing the fictions of statutory interpretation. **University of Chicago Law Review**, v. 57, n. 4, p. 1203-1246, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss4/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

NAGEL, Robert F. Separation of powers and the scope of federal equitable remedies. **Stanford Law Review**, v. 30, n. 4, p. 661-724, Apr. 1978. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2109&context=faculty-articles>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PIERCE JR., Richard J. Chevron and Its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions. **Vanderbilt Law Review**, v. 41, n. 2, p. 301-314, Mar. 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol41/iss2/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources. **Administrative Law Review**, v. 49, n. 1, p. 61-94, Winter 1997.

PIERCE JR., Richard J. Political control versus impermissible bias in agency decisionmaking: lessons from Chevron and Mistretta. **University of Chicago Law Review**, v. 57, n. 2, p. 481-520, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss2/6/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. Rulemaking ossification is real: a response to testing the ossification thesis. **George Washington Law Review**, v. 80, n. 5, p. 1493-1503, July 2012. Disponível em: <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/04/80-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1493.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. Seven ways to deossify agency rulemaking. **Administrative Law Review**, v. 47, n. 1, p. 59-95, Winter 1995. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin47&id=69&print=section&div=9&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. What do the studies of judicial review of agency actions mean. **Administrative Law Review**, v. 63, n. 1, p. 77-98, 2010. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/856/. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A. Political and judicial review of agency action. **Texas Law Review**, v. 59, n. 7, p. 1175-1222, Oct. 1981.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PUGA, Mariela Gladys. **Litigio estructural**. 2013. Tese (Doutorado) - Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 6 ago. 2024.

REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, n. 5, p. 1467-1544, June 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol85/iss5/8/>. Acesso em: 6 ago. 2024

RESNIK, Judith. Procedural innovations, sloshing over: a comment on Deborah Hensler “a glass half full, a glass half empty: the use of alternative dispute resolution in mass personal injury litigation”. **Texas Law Review**, v. 73, n. 7, p. 1627-1645, June 1995. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72827037.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, Cesar. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, June 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

ROSSI, Jim. Redeeming judicial review: the hard look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry. **Wisconsin Law Review**, n. 4, p. 763-837, 1994. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=904215. Acesso em: 6 ago. 2024.

ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. **William and Mary Law Review**, v. 42, n. 4, p. 1105-1147, Apr. 2001. Disponível em: <https://typeset.io/pdf/respecting-deference-conceptualizing-skidmore-within-the-3zlttx12r8.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/faculty_scholarship/article/1824/&path_info=117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

SCHOENBROD, David. From Chevron to consent of the governed. **Regulation**, v. 41, n. 4, p. 34-39, Winter 2018-2019. Disponível em: https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=fac_articles_chapters. Acesso em: 6 ago. 2024.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, n. 3, p. 565-594, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2470&context=faculty_scholarship. Acesso em: 6 ago. 2024.

SEIDENFELD, Mark. Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 483-524, Feb. 1997. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1021&context=articles>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SEIDENFELD, Mark. Why agencies act: a reassessment of the ossification critique of judicial review. **Ohio State Law Journal**, v. 70, n. 2, p. 251-321, 2009. Disponível em: https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/articles/article/1008/&path_info=Seidenfeld__Why_Agencies_Act___A_Reassessment_of_the_Ossification_Critique_of_Judicial_Review__70_Ohio_St._L._J._251__2009___from_oslj_archives_.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

SHANE, Peter M. Ambiguity and policy making: a cognitive approach to synthesizing Chevron and Mead. **Villanova Environmental Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 19-34, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=elj>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-602.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-228, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. Deregulation and the hard-look doctrine. **Supreme Court Review**, p. 177-214, 1983.

SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, Dec. 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12341&context=journal_articles. Acesso em: 6 ago. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action. **Duke Law Journal**, n. 3, p. 522-537, June 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol38/iss3/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **University of Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

TIDMARSH, Jay. Unattainable justice: the form of complex litigation and the limits of judicial power. **George Washington Law Review**, v. 60, n. 6, p. 1683-1817, 1991-1992. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/763/. Acesso em: 6 ago. 2024.

TUSHNET, Mark V. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, Aug. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/9/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

TUSHNET, Mark V. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare in comparative constitutional law. Oxford: Princeton University Press, 2009. *E-book*.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à jurisdição em políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 493-526.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66023>. Acesso em: 6 ago. 2024.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPODIVM, 2013.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2020.

WRIGHT, James Skelly. Role of the Supreme Court in a Democratic Society-Judicial Activism or Restraint. **Cornell Law Review**, v. 54, n. 1, Nov. 1968. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>. Acesso em: 6 ago. 2024.

Jurisprudência Citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Min. Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Sarver, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969)**. June 20, 1969. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Sarver, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970)**. February 18, 1970. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Hutto, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973)**. August 13, 1973. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/363/194/2254773/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483**. May 17, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294**. May 31, 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837**. June 25, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Hutto v. Finney**, 437 U.S. 678. June 23, 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/678/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Loper Bright Enterprises v. Raimondo**, 603 U.S. _____. June 28, 2024. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/22-451/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137. February 24, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.**, 294 U.S. 240. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/240/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Nortz v. United States**, 294 U.S. 317. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/317/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Panama Refining Co. v. Ryan**, 293 U.S. 388. January 7, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/388/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Perry v. United States**, 294 U.S. 330. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/330/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **SEC v. Chenery Corp.**, 318 U.S. 80. February 1, 1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Skidmore v. Swift & Co.**, 323 U.S. 134. December 4, 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **United States v. Mead Corp.**, 533 U.S. 218. June 18, 2001. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/>. Acesso em: 7 ago. 2024.