

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

GABRIEL DE CERQUEIRA PAES CORREA LIMA

A deferência interpretativa às agências reguladoras e a separação de poderes numa perspectiva constitucional: um estudo comparado à luz do Common Law

JOÃO PESSOA

2026

GABRIEL DE CERQUEIRA PAES CORREA LIMA

A deferência interpretativa às agências reguladoras e a separação de poderes numa perspectiva constitucional: um estudo comparado à luz do Common Law

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho

JOÃO PESSOA
2026

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C824d Correa Lima, Gabriel de Cerqueira Paes.
A deferência interpretativa às agências reguladoras e a separação de poderes numa perspectiva constitucional: um estudo comparado à luz do Common Law / Gabriel de Cerqueira Paes Correa Lima. - João Pessoa, 2026.
69 f.

Orientação: Marcílio Toscano Franca Filho.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Agências reguladoras. 2. Separação de poderes. 3. Doutrina Chevron. 4. Loper Bright. 5. Direito administrativo. 6. Direito comparado. I. Franca Filho, Marcílio Toscano. II. Título.

UFPB/CCJ CDU 34

Elaborado por Lucimário Dias dos Santos - CRB-15/645

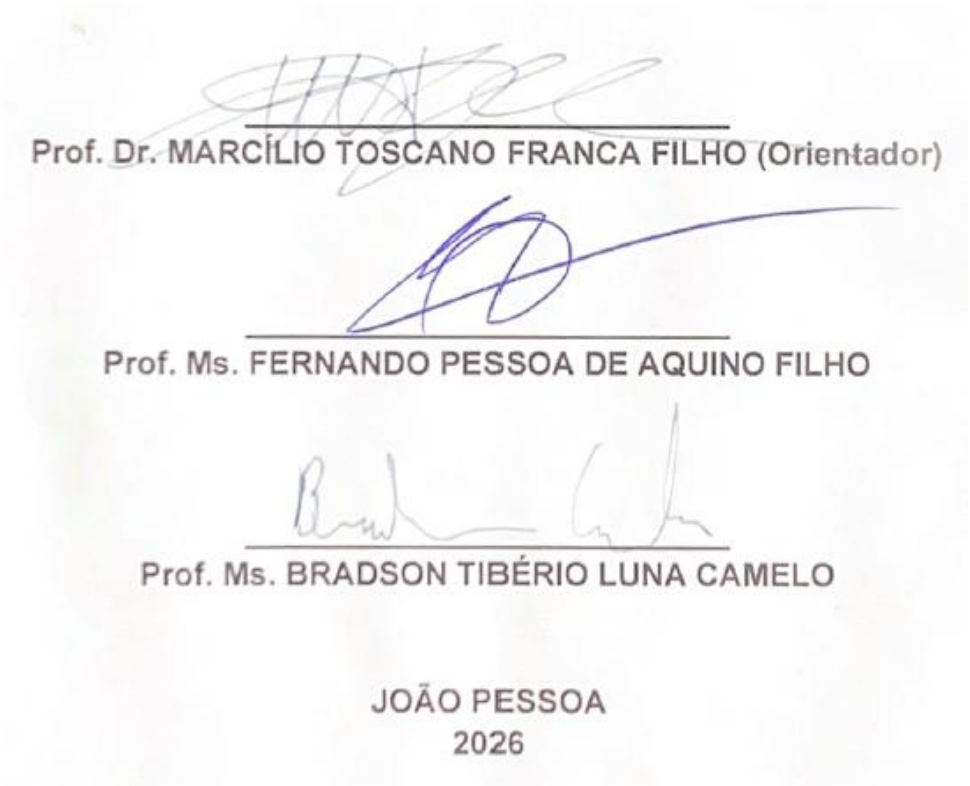
GABRIEL DE CERQUEIRA PAES CORREA LIMA

A deferência interpretativa às agências reguladoras e a separação de poderes numa perspectiva constitucional: um estudo comparado à luz do Common Law

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho

DATA DA APROVAÇÃO: 30 DE MARÇO DE 2026
BANCA EXAMINADORA:



À Santíssima Virgem, Mãe de Deus,
que, dando-nos Jesus Cristo, deu-nos tudo.

"Quem, então, governará o governante? *"A lei, o rei de todos, dos mortais e dos imortais"*, como disse Píndaro, não escrita externamente em livros nem gravada em tábuas de madeira, mas sendo um verbo vivo nele próprio, que sempre habita com ele, o vigia e jamais deixa a alma privada de direção."

– Plutarco, *Προσ Ηγεμονα Απαιδευτον*

AGRADECIMENTOS

A Deus Uno e Trino. A Jesus Cristo, Deus e Homem verdadeiro, que veio ao mundo para salvar os pecadores, dos quais eu sou o primeiro (1Tm 1,15), e à sua Mãe Santíssima.

Aos meus pais, aos quais, depois de Deus, devo tudo (*Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 101, a. 1), e ao meu irmão. Aos meus avós, por terem legado aos seus netos o amor à cultura e às letras.

A todos os professores que marcaram positivamente meus anos de graduação, e em particular ao prof. Marcílio, que aceitou orientar este trabalho.

Aos meus amigos e colegas de sala, que tornaram a rotina no CCJ muito mais aprazível. A Jasson Augusto, meu amigo desde o Ensino Médio, por nossa ajuda mútua durante estes anos de faculdade.

A André Andrade, por sua valiosa amizade, e por ter me ensinado muito do que sei da advocacia. Foi em grande parte por causa das nossas conversas sobre a SCOTUS que eu me decidi por este tema. *"Ferrum ferro exacuitur, et homo exacuit faciem amici sui"* (Pv 27,17)

A Alice.

RESUMO

O presente trabalho analisa a compatibilidade constitucional da deferência interpretativa conferida às agências reguladoras com o princípio da separação de poderes. Investiga-se a ascensão histórica do Estado Administrativo e o desenvolvimento da governança técnica centrada na expertise, contextualizando o surgimento do modelo regulatório norte-americano e sua posterior influência no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo dedica especial atenção à doutrina *Chevron* (1984), que institucionalizou a presunção de delegação da autoridade interpretativa às agências em casos de ambiguidade ou silêncio legislativo, estabelecendo um teste bifásico para o escrutínio judicial. Discute-se o chamado "dilema da deferência", ponderando a necessidade de especialização técnica frente ao dever inalienável do Poder Judiciário de dizer o que o direito é, conforme o paradigma clássico de *Marbury v. Madison*. A pesquisa analisa a ruptura paradigmática operada pelo julgamento do caso *Loper Bright v. Raimondo* (2024), que superou o regime anterior ao considerar a deferência automática uma ficção jurídica incompatível com a exigência de julgamento independente pelos tribunais. No cenário nacional, examina-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observando que, embora a Corte apresente elevados índices de manutenção dos atos das agências reguladoras, sua metodologia de controle aproxima-se do padrão de respeito persuasivo da doutrina *Skidmore*, sem a adoção de uma regra de deferência interpretativa obrigatória. Conclui-se que a deferência interpretativa automática viola a separação de poderes e o princípio da legalidade, pois promove a abdicação da função jurisdicional e a remoção dos contrapesos necessários à ação do Poder Executivo. Afirma-se, por fim, a primazia da hermenêutica como um processo cognitivo de busca pela melhor interpretação da norma, reafirmando que o império da lei exige a submissão da autoridade administrativa ao controle judicial efetivo.

Palavras-chave: agências reguladoras; separação de poderes; doutrina Chevron; Loper Bright; direito administrativo; direito comparado.

ABSTRACT

This work analyzes the constitutional compatibility of interpretive deference granted to regulatory agencies with the principle of separation of powers. It investigates the historical rise of the Administrative State and the development of technical governance centered on expertise, contextualizing the emergence of the American regulatory model and its subsequent influence on the Brazilian legal system. The study pays special attention to the *Chevron* doctrine (1984), which institutionalized the presumption of delegation of interpretive authority to agencies in cases of legislative ambiguity or silence, establishing a two-step test for judicial scrutiny. It discusses the so-called "deference dilemma," weighing the need for technical specialization against the inalienable duty of the Judiciary to say what the law is, according to the classic paradigm of *Marbury v. Madison*. The research analyzes the paradigmatic rupture brought about by the judgment of the *Loper Bright v. Raimondo* case (2024), which overruled the previous regime by considering automatic deference a legal fiction incompatible with the requirement of independent judgment by the courts. On the national stage, it examines the jurisprudence of the Federal Supreme Court, observing that although the Court presents high rates of upholding regulatory agency acts, its control methodology approaches the standard of persuasive respect of the *Skidmore* doctrine, without adopting a mandatory interpretive deference rule. It concludes that automatic interpretive deference violates the separation of powers and the principle of legality, as it promotes the abdication of the jurisdictional function and the removal of the necessary checks and balances to Executive Power action. Finally, it asserts the primacy of hermeneutics as a cognitive process of seeking the best interpretation of the norm, reaffirming that the rule of law requires the submission of administrative authority to effective judicial control.

Keywords: regulatory agencies; separation of powers; Chevron doctrine; Loper Bright; administrative law; compared law.

SUMÁRIO

1. Introdução 10

2. O que são agências reguladoras: Origens; competências e atribuições no Direito Brasileiro e Comparado 14

3. A questão da deferência em perspectiva constitucional e comparada 18

3.1. *Cæsar supra*(?) *grammaticam*: o lugar da interpretação na separação de poderes 22

3.2. O princípio da deferência: Origens e evolução 26

3.3. Abordagens da problemática no direito comparado 27

4. O caso *Chevron* e o princípio da deferência 31

4.1. Os fatos e resultados: um resumo 31

4.2. O “dilema da deferência” – o regime *Chevron* sob escrutínio 38

4.3. O regime Chevron e o Direito Brasileiro: Há ou pode haver transplante? 44

5. O caso *Loper Bright* e a superação da deferência *Chevron* 46

5.1. Os fatos e resultados: um resumo 46

5.2. A “deferência automática” invade a esfera do Judiciário 50

5.3. A “deferência automática” invade a esfera do Legislativo 52

5.4. A “deferência automática” remove os contrapesos à ação do Executivo 54

6. A questão da deferência interpretativa e a jurisprudência brasileira sobre as agências reguladoras 56

7. Conclusões 63

1. Introdução

Nos últimos cinco séculos, a ideia do Estado nas sociedades anda em paralelo com a ideia que se faz do ser humano. *Homo parvus mundus est* – "o homem é um pequeno mundo", diziam os filósofos antigos, e pode-se fazer um raciocínio inverso para pensar a filosofia política (como fez Platão na República): *civitas magnus homo est* – "a cidade é um grande homem". Uma cultura que vê o ser humano como primeiramente guerreiro, por exemplo, tenderá a adotar uma forma de governo altamente militarizada – podemos pensar, aqui, em Esparta ou no Shogunato japonês.

"*As metamorfoses do Estado refletem variações do pensamento*", pondera GALVÃO DE SOUSA (1973, p. 33). O pensamento que dominou o século XX – continuando um movimento histórico que já começara no século XIX – foi uma ideia do ser humano fortemente centrada na técnica, cuja beatitude se esgota no bem-estar material. Os técnicos, portanto, teriam o dever de guiar a sociedade rumo à sua verdadeira felicidade, por serem aqueles que detêm a única verdadeira excelência: a ciência.

É neste ambiente filosófico que se começa a pensar o **Estado Administrativo**, termo usado pelos juristas americanos para descrever o estado regulador moderno, com responsabilidades e poderes abrangentes para proteger valores coletivos.

SCHMITT (2004, p. 05) foi um dos primeiros a usar essa terminologia, vendo-o como uma curiosa alternativa às formas de Estado que ele chama de "estado legislativo" e "estado governativo": no primeiro, as normas governam de modo impessoal; no outro, as decisões são tomadas de modo eminentemente personalista pelo Soberano, com o exemplo máximo nas monarquias absolutas do século XVII.

O Estado Administrativo, por sua vez, se contrapõe a ambos:

> And yet there is still another conceivable state type, the administrative state, in which command and will do not appear authoritarian and personal, and which, nevertheless, does not seek the mere application of higher norms, but rather **only objective directives**. In the administrative state, **men do not rule, nor are norms valid as something higher**. Instead, the famous formula "things administer themselves" holds true. Even if that may be a utopia, an administrative state is also conceivable, whose specific expression is the administrative decree that is **determined only in accordance with circumstances**, in reference to the **concrete situation**, and

> **motivated entirely by considerations of factual-practical purposefulness**. (SCHMITT, 2004, p. 5, destaques nossos)

A marca distinta do Estado Administrativo schmittiano, portanto, é o exercício do poder de modo impessoal, guiado por considerações meramente práticas, sem professar qualquer busca por valores substantivos.

Segundo WOODHANDLER (2017), o moderno conceito de direito administrativo deu os seus primeiros passos no Novo Mundo após a aprovação pelo Congresso dos Estados Unidos do *Interstate Commerce Act* de 1887 e a criação da *Interstate Commerce Comission* (ICC), por ter sido a primeira agência federal independente com poderes normativos e adjudicatórios amplos para regular um mercado – no caso, o ferroviário.

É certo que havia agências federais e ação administrativa antes da ICC, mas é a partir daí que a doutrina e o vocabulário passam a tomar seus contornos e autonomia reconhecíveis para os juristas de hoje, sendo que o direito administrativo norte-americano antes desses marcos é considerado esparso e confuso, com pouca bibliografia a seu respeito (WOOLHANDLER, 2017, p. 14-15).

A partir do *New Deal* e das transformações estruturais ocorridas durante o governo de Franklin D. Roosevelt, o número dessas agências aumentou vertiginosamente (bem como os seus poderes), e essa era é comumente considerada como o início prático do *Administrative State* norte-americano (PESTRITTO, 2007), marcado pela abrangência dos poderes do Executivo federal e em particular das agências reguladoras. Em contraste, o Estado-regulador no Brasil só virá a se tornar predominante a partir da década de 90, em que as privatizações tornaram mais infrequente a ação direta do Poder Público na economia.

Dotadas pelo Congresso de amplos poderes normativos e de adjudicação, as Agências Reguladoras foram mais fortalecidas pela Suprema Corte por meio do precedente *Humphrey's Executor v. United States* (1935). Ao contrário do Brasil, onde a regra é a estabilidade dos servidores públicos, a regra constitucional nos EUA é que todos os servidores públicos federais são demissíveis *ad nutum* pelo presidente, e, com base nesta competência, o presidente Roosevelt demitiu um dos conselheiros da agência responsável pelas normas trabalhistas, apesar de a lei instituidora desta agência prever a estabilidade dos mandatos dos conselheiros.

Quando o inventariante do conselheiro demitido, William E. Humphrey, processou o governo, a Suprema Corte discordou do presidente e reconheceu a possibilidade de que as leis limitem o seu poder de exonerar os dirigentes das agências. Essa independência das agências federais fez com que elas fossem frequentemente chamadas por comentadores um "quarto poder" (*fourth branch*) – seja de modo elogioso ou (normalmente) pejorativo[1].

Para dar uma forma legal definida a este novo paradigma, o Congresso editou o *Administrative Procedure Act* (Lei de Processo Administrativo, doravante APA) de 1946, que serve como um verdadeiro código do direito administrativo federal, reunindo as normas gerais que disciplinam a atuação das entidades administrativas na sua capacidade normativa e judicante e estabelecendo as garantias dos administrados, matérias regidas no Brasil por leis esparsas, como as Leis nº 9.784/99, 9.986/2000 e 13.848/2019.

O Legislativo, buscando conter uma expansão desenfreada da burocracia regulatória e o exercício arbitrário dos seus poderes, estabeleceu uma série de limitações em seu proceder, como a necessidade de separação de funções no processo administrativo.

De modo particularmente relevante para a nossa pesquisa, o APA determina que, quando impugnada judicialmente a ação da agência, "*the reviewing court shall decide* ***all relevant questions of law***" (5 U.S. Code, § 706, grifamos). A previsão não é despicienda, pois não há na Constituição dos EUA uma garantia de inafastabilidade da jurisdição – razão pela qual o APA também prevê que o direito à revisão judicial poderá ser afastado por expressa previsão legal (5 U.S. Code, § 701, a), embora haja controvérsias sobre até onde essa limitação poderia ser feita[2].

A previsão explícita de ampla revisão judicial das questões jurídicas pela lei foi *"seguida fielmente por décadas"* pelo Judiciário americano (*Buffington v. McDonough*, 2022, voto divergente do *Justice* Gorsuch), e casos notáveis da mesma época, como *Skidmore v. Swift & Co.* (1944), consideravam a interpretação da lei dada pelo Poder Executivo como um fator a ser respeitosamente levado em consideração e ponderado – mas não mais do que isso. O supracitado voto divergente

[1] Argumentando em favor dessa independência, ver STRAUSS, 1984.
[2] Para uma visão ampla da preclusão da revisão judicial no direito anglo-saxônico e as controvérsias constitucionais em debate, ver O'CONNOR, 1986.

de Neil Gorsuch faz um louvável esforço historiográfico para demonstrar que era essa a mentalidade da classe jurídica em geral após a edição do APA.

SHEPHERD (2016, p. 6) sustenta que o APA foi fruto de um *"hard-fought compromise"* entre partidários entusiastas do *New Deal*, comprometidos com a tecnocracia e a ideia de *"government by experts",* e opositores conservadores preocupados com o crescimento irrestrito dos poderes da burocracia[3].

Esse panorama mudou, contudo, com a decisão de ***Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*** (1984). A discussão concreta se referia a uma questão bastante específica: a definição de "fonte poluente" na legislação ambiental. A agência responsável pela aplicação da lei havia adotado um conceito mais restritivo e favorável às industrias, enquanto a ONG ambientalista *Natural Resources Defense Council* contestava a definição governamental, argumentando por uma interpretação mais favorável ao meio ambiente. A Suprema Corte, ao final, decidiu em favor do conceito formulado pela agência.

O acórdão, que foi formado por um quórum exíguo de apenas seis *justices*, é bem mais importante na sua metodologia do que no seu resultado. A Corte previu um inovador "teste de duas etapas" para o escrutínio judicial da ação administrativa: primeiro, o juízo sentenciante deveria verificar se a lei se manifesta diretamente acerca da questão jurídica disputada. *"If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter"*, como assinalou a *opinion of the Court*.

Entretanto, se o legislador não foi "claro", passa-se à etapa dois do teste: verificar se a interpretação dada pela agência foi "razoável" ou "permissível". Sendo este o caso, o Judiciário deveria simplesmente renunciar a interpretar a lei e deferir à interpretação da agência – nas palavras de um crítico, o *Justice* Gorsuch, *"all they had to do was point to some relevant statutory ambiguity or silence and avoid being egregiously wrong"* (*Buffington v. McDonough*, 2022).

Enquanto casos anteriores consideravam apenas **possível** que uma lei particular delegasse uma questão interpretativa à agência responsável, *Chevron*

[3] É importante lembrar que Franklin D. Roosevelt ativamente buscou uma estratégia de *"court-packing"* contra a Suprema Corte em 1937 por meio da *Judicial Procedures Reform Bill*, buscando artificialmente mudar a composição do Tribunal que lhe era então frequentemente hostil e considerava muitas de suas iniciativas inconstitucionais. A oportuna mudança de entendimento de um dos *Justices*, que passou a se alinhar às políticas de Roosevelt, foi chamada jocosamente *"the switch in time that saved nine"*.

inovou por considerar **toda** “ambiguidade” legal como uma presunção de delegação da autoridade interpretativa.

Alguns comentadores sustentam que a composição da Suprema Corte de então não antecipava que este caso fosse o divisor de águas que terminou sendo (LEVEY e BODEN, 2023, p. 14), mas os seus efeitos foram, de todo modo, difíceis de superestimar: às vésperas de seu *overruling*, esse era o caso de direito administrativo mais citado dos EUA.

A deferência postulada por *Chevron* vai além do mero respeito às competências legais das agências, ou mesmo de uma postura contida do Judiciário em matérias técnicas quando a lei o exige, que poderíamos chamar, para fins didáticos, de “deferência técnica”. Esta dificilmente suscita dificuldades para a separação de poderes, uma vez que estas atribuições estão dentro do tradicionalmente reconhecido ao Poder Executivo.

A *deferência interpretativa*, ao revés, é uma atribuição abrangente, pelo Judiciário, de autoridade interpretativa final às agências, se não em todos os casos, ao menos na maior parte deles, e inclusive para a definição de sua própria competência, o que pode configurar uma renúncia do Judiciário à sua função própria de *dizer o que o direito é*, algo equivalente a uma situação de *non liquet*, vedada pelo ordenamento jurídico.

A Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) assim concluiu no caso *Loper Bright v. Raimondo* (2024), que declarou *Chevron* superado e restaurou um padrão de revisão judicial independente, embora sem excluir a possibilidade da deferência técnica quando a lei o indicar.

Neste trabalho, pretendemos verificar se essa conclusão foi acertada, e responder à seguinte questão: é compatível com o princípio da separação de poderes a deferência, pelo Judiciário, à autoridade interpretativa de agências reguladoras, nos moldes de *Chevron*?

Para tanto, utilizaremos de abordagem predominantemente qualitativa, por meio de revisão bibliográfica especializada, com particular atenção aos autores mais importantes para a temática, como Cass Sunstein e Adrian Vermeule, e análise jurisprudencial brasileira e estrangeira.

2. O que são agências reguladoras: Origens; competências e atribuições no Direito Brasileiro e Comparado

O modelo das agências reguladoras assumiu a forma que conhecemos hoje principalmente a partir do *New Deal* de Franklin D. Roosevelt (PESTRITTO, 2007). A proposta da "regulação independente", contudo, já era conhecida durante a chamada *Progressive Era* (geralmente situada entre 1890 e o final da década de 1920).

Esta época da história americana, caracterizada por grandes (e por vezes contraditórias) mudanças políticas e sociais, como o sufrágio feminino e a Proibição (1920-1933), também trouxe consigo uma forte tensão no pensamento político *progressive* entre a expansão da democracia e a sua limitação em prol de uma governança técnica e apolítica.

Os *progressives* desta época não devem ser entendidos, portanto, como idênticos àqueles que hoje são assim chamados. Pelo contrário, tratava-se de um fenômeno político extremamente heterogêneo, cujo principal traço em comum era a oposição ao *status quo* do século XIX, a defesa dos recursos naturais, e a busca por melhoras sociais amplamente compreendidas, mas abarcava figuras que iam de Woodrow Wilson, simultaneamente pró-segregação racial e internacionalista convicto, a expansionistas como Theodore Roosevelt.

A obra de WALTER LIPPMANN "*Drift and Mastery*" (1914) é marcante no período, e foi elogiada por importantes *progressives*, como o próprio Theodore Roosevelt e Oliver Wendell Holmes Jr. (STEEL, 1999, p. 77). O autor sustenta que a governança democrática pura é cronicamente ineficiente e padece de uma falta de propósito, o que gera uma deriva social (*drift*). O remédio para o *drift* seria o direcionamento do Estado por uma elite científica, que remediaria a ineficiência da escolha das massas e conduziria a sociedade ao progresso.

GLOCK (2021), porém, sustenta que as primeiras comissões formadas na *Progressive Era* tinham um caráter bastante diferente daquele que posteriormente viria a marcar as agências do *New Deal*. De acordo com seu estudo, estas primeiras comissões tinham por propósito principal determinar os fatos de uma determinada controvérsia – no jargão anglo-saxônico, eram *fact-finders*. A função de averiguar os fatos, na tradição do *common law*, era precipuamente do júri, enquanto o juiz togado deveria aplicar o direito ao quadro fático dado pelos jurados.

Entretanto, o rápido desenvolvimento de novas áreas do direito tornava essa divisão de funções difícil de ser mantida, pois questões que envolviam a

aplicação de padrões jurídicos vagos – como a aferição do dolo ou da negligência de um agente – eram consideradas "questões mistas de fato e direito", que júris selecionados aleatoriamente a cada processo dificilmente seriam capazes de julgar com acerto e constância.

Segundo o autor, as comissões teriam surgido precisamente como um modo de limitar a esfera de competência dos júris, e para funcionarem elas mesmas como um "júri permanente", que progressivamente iria adquirir melhor conhecimento sobre o setor de sua responsabilidade.

A teoria das agências à época do *New Deal*, porém, já era decididamente construída em torno do *government-by-experts*. Alguns dos assessores mais próximos do Presidente F. D. Roosevelt, o chamado *Brain Trust*, afirmavam sem meias palavras a necessidade absoluta de uma governança distante dos ruídos rasteiros da *politique du jour*, que seria capaz de formular a política pública do modo mais técnico e apolítico possível (SCHILLER, 2007, p. 417-418).

Este modo de pensar, no sentir de SCHMITT (2002), revela uma mudança histórica no tipo de racionalidade empregado nas decisões de governo. Enquanto a racionalidade pré-moderna buscava os fins do homem e da sociedade, a racionalidade moderna, chamada por ele "pensamento econômico" em oposição ao "pensamento político", busca apenas a maximização da prosperidade material, sem entrar no domínio propriamente *político* dos fins substantivos da comunidade. Para o alemão, isto é presente em todos os espectros políticos do século XX:

> Der große Unternehmer hat kein anderes Ideal als Lenin, nämlich eine »elektrifizierte Erde«. Beide streiten eigentlich nur um die richtige Methode der Elektrifizierung. (SCHMITT, 2002, p. 22)[4]

Condição indispensável para *eletrificar a Terra*, para os New Dealers, era insular a atuação dos reguladores da influência de pressões políticas conjunturais. Neste contexto, a já referenciada decisão da SCOTUS em *Humphrey's Executor v. United States*[5], apesar de ter sido uma perda imediata para Roosevelt, foi uma

[4] PT: "O grande empreendedor tem o mesmo ideal de Lenin, a saber, uma 'terra eletrificada'. Em verdade, eles disputam entre si apenas o método correto de eletrificação." (tradução nossa)

[5] Há de se salientar que a questão da independência das agências reguladoras é conceitualmente distinta da questão da deferência interpretativa. Autores como VERMEULE (2025), por exemplo, são contrários à primeira e favoráveis à segunda. Ademais, até a data de fechamento desta monografia, está pendente de julgamento na SCOTUS o caso *Trump v. Slaughter*, no qual o autor da lide discute a constitucionalidade da tese de *Humphrey's* e pede a sua superação. A atual composição da Corte,

importante vitória de longo prazo para o ideal do Estado Administrativo, ao possibilitar a estabilidade de dirigentes das agências (pois a norma, nos EUA, é que o Presidente tenha poder de demissão *ad nutum* de servidores).

Mas para além da independência, os técnicos da Era Roosevelt entendiam ser necessário conceder às agências uma *carte blanche* também na interpretação do Direito. LANDIS (1966, p. 123) compara a disputa entre as agências e o Judiciário a uma "batalha", e até emprega a analogia da luta entre São Jorge e o dragão. E São Jorge, naturalmente, deve triunfar.

Este modelo regulatório chegou, no Brasil, um tanto tardiamente. As nossas primeiras agências – a saber, ANATEL, ANEEL, e ANP – foram instituídas só na década de 1990[6].

Ao contrário das agências americanas, que surgiram para regular mercados que eram até então livres, as agências brasileiras foram pensadas para tutelar mercados que estavam anteriormente sujeitos ao monopólio estatal e passaram por uma abertura nos anos posteriores à Constituinte.

Em ambos os casos, a ideia subjacente era a mesma: substituir um modelo econômico que acumulava ineficiências por um que fosse capaz de superá-las. No Brasil, isto se deu pelo processo de abertura da economia após a Constituição de 1988, em que vários setores econômicos até então nacionalizados se tornaram acessíveis ao capital privado e estrangeiro.

O seu fundamento normativo genérico, na CF/88, encontra-se no art. 174, *caput*, que estabelece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, diminuindo, por consequência, o seu âmbito de atuação direta. Algumas das primeiras agências também encontram uma previsão específica na Constituição: a saber, a ANATEL no art. 21, XI, e a ANP no art. 177, § 2º, III, ambas por meio de modificações introduzidas pela EC nº 08/1995.

Nas palavras de SUNDFELD (2000, p. 19):

> Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao

bem como as discussões do *oral argument*, sinalizam que o pedido provavelmente será acolhido em maior ou menor extensão.

[6] Apesar de o CADE ter sido criado em 1962, *"seu perfil atual foi dado pela Lei 8.884, de 11.6.1994, que o transformou em ente independente, com poder para tomar as decisões finais na matéria"* (SUNDFELD, 2000, p. 21).

> mercado financeiro). Agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, quer por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina da década de 80).
> Mas há uma clara tendência nos últimos anos, entre os países que optaram por amplos processos de privatização de serviços básicos, de criar órgãos de regulação ou de conferir maior autonomia ou poderes aos já existentes.
> No Brasil não foi diferente. Com o processo de privatização atingindo o setor de serviços estatais, vieram as agências reguladoras. No âmbito federal citem-se, para as telecomunicações, a ANATEL; para a energia elétrica, a ANEEL; e para o petróleo, a ANP.

As linhas-mestras do *design* institucional, porém, são semelhantes: diretores com mandato estável, entidades que exercem funções normativas e judicantes, que devem prezar por uma atuação técnica e independente. Num passado mais recente, a Lei nº 13.848/2019 assim sintetizou as suas características:

> Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela **ausência de tutela ou de subordinação hierárquica**, pela **autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira** e pela **investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos**, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação. (destacamos)

Foi como consequência deste ideal de fortalecimento do estado administrativo que surgiu a tese da deferência interpretativa, da qual trataremos a seguir.

3. A questão da deferência em perspectiva constitucional e comparada

A palavra “deferência”, por si só, tem um significado claro o suficiente. O dicionário Caldas Aulete a define como:

> 1. Sentimento, atitude ou expressão de respeito, de consideração; APREÇO; REVERÊNCIA: *Falou do avô com deferência e carinho*. [Antôn.: desconsideração, desprezo.]

> 2. Atenção, cuidado, interesse que uma pessoa dedica a outra; COMPLACÊNCIA: *Tratou o mendigo com deferência*. [Antôn.: descaso, indiferença.]

Aplicado ao contexto das agências reguladoras, porém, o termo se tornou bastante polissêmico, apesar de geralmente se resumir a uma garantia de vitória judicial da agência (em determinadas condições).

Há distinções relevantes a serem feitas nesse âmbito: questões de fato e que envolvem diretamente um juízo técnico – por exemplo, quais substâncias podem ou não ser concretamente consideradas poluentes, ou ainda quais operações societárias trariam efeitos deletérios à concorrência à luz da ciência econômica – são bastante diferentes, para fins hermenêuticos, da mera exegese jurídica de termos e regras familiares aos operadores do Direito.

Do mesmo modo, a deferência como regra universal distingue-se da deferência exigida ou fortemente inferida pela leitura do texto legal específico que empodera a agência e enumera suas competências.

Neste estudo, nosso objeto é especificamente aferir a compatibilidade com a separação de poderes da deferência que chamamos **interpretativa**, i.e., aquela que se refere de modo direto à interpretação jurídica (e não à aplicação factual ou científica) de uma provisão legal pela agência.

Com efeito, tanto a constituição americana (art. II, §§ 1 e 3)[7] quanto a brasileira (art. 84, IV)[8] expressamente preveem que o Executivo expeça decretos e regulamentos visando a fiel execução das leis. Estes decretos, *na medida em que não impõem obrigações não previstas em lei*, são perfeitamente admissíveis, e estão inclusos no conceito essencial da função executiva. Explica o Min. Gilmar Mendes (MENDES e BRANCO, 2025, p. 976):

> A diferença entre lei e regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. **A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera**, mas tão somente fixa as "regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos

[7] "Art. II, § 1. The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. […] § 3. […] he shall take Care that the Laws be faithfully executed […]"
[8] "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

> constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada".
> Não há negar que, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, a generalidade e o caráter abstrato da lei permitem particularizações gradativas quando não objetivam a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer. Disso resulta, não raras vezes, margem de discrição administrativa a ser exercida na aplicação da lei. **Não se há confundir, porém, a discricionariedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar com a delegação disfarçada do poder de legislar**. Na discricionariedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou a restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários. Na delegação, ao revés, não se identificam, na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento. (destacamos)

Para além disso, mesmo a delegação legislativa de competências normativas, inclusive, pode ser admitida sem grandes problemas quando há certos limites inteligíveis para o regulador. Prossegue o Min. Gilmar Mendes (idem, p. 977):

> Nos modelos constitucionais que vedam ou restringem a delegação de poderes, desenvolvem-se normalmente fórmulas atenuadoras do rigorismo, seja através do exercício ampliado do poder regulamentar, seja por via das chamadas autorizações legislativas. A propósito, assevera Bernard Schwartz que, no direito constitucional americano, mostra-se acentuada a prática da delegação mediante autorização legislativa, exigindo-se, porém, o estabelecimento de limites e padrões (*standards*) atinentes à faculdade a ser exercida.
> Nesse sentido, observa Schwartz que, "a menos que o ato de delegação de poderes contenha um padrão – limite ou orientação com respeito ao poder conferido que se possa exercer – ele será inválido ou nulo. Isso tem impedido delegações indiscriminadas de poderes, do tipo que tem originado violentas críticas na Inglaterra; mas não tem evitado as necessárias concessões de autoridade legislativa ao Executivo".

De fato, no direito americano, mesmo fortes proponentes da doutrina da não-delegação admitem certas concessões ao Poder Executivo e suas agências. O *Justice* Neil Gorsuch, provavelmente o membro ativo da SCOTUS mais consistente em sua rejeição do Estado Administrativo[9], sumarizou no seu voto divergente em

[9] Esta rejeição, com efeito, vem desde o seu tempo como juiz do *Tenth Circuit*, em que ele já era firmemente posicionado como um minimalista executivo (ADLER, 2016).

Gundy v. United States (2019) as hipóteses em que o Executivo teria competência inquestionável.

A primeira delas seria na determinação fática da conformidade ou não de uma situação particular com a norma (*fact-finding*), um campo que já abrange muitas das situações comumente levantadas como argumentos em favor da deferência interpretativa. A outra, que define mais propriamente o poder regulamentar, é o detalhamento dos esquemas legislativos (*filling up the details*).

Os padrões erigidos por Gorsuch no seu voto vencido, porém, são bem mais restritivos do que o teste habitualmente aplicado pela Corte, que é o do *intelligible principle* citado pelo Min. Gilmar Mendes sob o nome alternativo de "*delegation with standards*". Sob este teste, é possível ao Executivo e suas agências expedir normas gerais e abstratas, desde que exista um meio real de verificar a compatibilidade destas normas com a lei que as autorizou.

Prossegue o Min. Gilmar Mendes, explicando a aplicabilidade desta doutrina ao direito brasileiro (op. cit., p. 977-978):

> Sob a Constituição de 1946, que vedava expressamente a delegação de poderes (art. 36, § 2º), deixou assente o Supremo Tribunal Federal que o princípio da indelegabilidade não excluía "certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou operações de natureza técnica, dos quais dependerá a iniciativa ou aplicação mesma da lei".
>
> Asseverou, na oportunidade, Castro Nunes que, se a Constituição "implicitamente declara que o Poder Legislativo não pode delegar suas atribuições, lança uma proibição a ser observada em linha de princípio, **sem excluir, todavia, certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou apurações de natureza técnica das quais dependerá a incidência ou aplicação mesma da lei**".
>
> É que, embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de *caráter demissório*, o Supremo Tribunal entendia legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os *standards*, isto é, "os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa". [...]
>
> Assim, **afigura-se razoável entender que o regulamento autorizado *intra legem* é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro**, podendo constituir relevante instrumento de realização de política legislativa, tendo em vista considerações de ordem técnica, econômica, administrativa etc.
>
> Diversamente, **a nossa ordem constitucional não se compadece com as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível conteúdo renunciativo**. Tais medidas

> representam inequívoca deserção do compromisso de deliberar politicamente, configurando manifesta fraude ao princípio da reserva legal e à vedação à delegação de poderes. (destaques em negrito nossos)

Assim, na medida em que há uma autorização legislativa específica para que o Executivo regule um certo tema, há ao menos uma presunção de constitucionalidade. Por conseguinte, deve o Judiciário deferir àquelas determinações da agência "*no tocante a fatos ou apurações de natureza técnica das quais dependerá a incidência ou aplicação mesma da lei*" (*apud* MENDES e BRANCO, 2025, p. 978), uma vez que tal "deferência" não importa renúncia nem do Poder Legislativo, nem das competências próprias do Judiciário – sempre dando por suposto que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos admite prova em contrário, e nestes casos o ônus da prova deve ser especialmente exigente para o particular.

A deferência *interpretativa*, porém, vai por um outro caminho, de que trataremos a seguir.

3.1. *Cæsar supra*(?) *grammaticam*: o lugar da interpretação na separação de poderes

O poeta e historiador alemão CUSPINIANUS (1561, p. 497), na sua crônica do Sacro-Império Romano-Germânico, narra uma curiosa anedota que teria se dado com o imperador Sigismundo na abertura do Concílio de Constança (1414). Naquela ocasião, Sigismundo teria feito um eloquente discurso em latim conclamando os Padres Conciliares a erradicarem o cisma que afligia a Igreja, mas erroneamente se referiu a "*schisma*" no gênero masculino, quando o correto seria o gênero neutro.

O Cardeal Branda Castiglioni, de Piacenza, teria então se dirigido ao Imperador, citando o gramático Prisciano e a forma correta. O imperador Sigismundo, em resposta, teria jocosamente (?) dito que, sendo imperador e rei dos romanos, sua autoridade estava acima de Prisciano e de qualquer gramático, desculpa que causou o riso de todos os presentes.

SCHMITT (1940, p. 179), dando um novo significado a esta anedota, faz um breve comentário em um de seus artigos que pode passar desapercebido, mas merece bastante atenção. Escreve o alemão:

> Es ist eine der wichtigsten Erscheinungen im rechtlichen und geistigen Leben der Menschheit uberhaupt, daß derjenige, der wahre Macht hat, auch von sich aus Begriffe und Worte zu bestimmen vermag. *Caesar dominus et supra grammaticam*: der Kaiser ist Herr auch über die Grammatik.[10]

Isto é: todas as normas abstratas (e quiçá toda linguagem), no fundo, não passam de palavras em tinta, suscetíveis de qualquer interpretação que seja mais conveniente para o Soberano. Para Schmitt, isto não é uma *prescrição*, mas antes uma mera *descrição* fática de uma realidade inescapável da política. Com seu habitual cinismo diante das normas, ele considera este poder do Soberano sobre a linguagem algo fatal – e, portanto, a resolução dos problemas está sempre nas mãos do Soberano, e não das normas.

Concedemos que a história das sociedades políticas mostre, frequentemente, arranjos deste tipo, e que o poder fático do Soberano (se ele é realmente o Soberano) sempre lhe dará condições de fazê-lo, se assim desejar. Rejeitamos, porém, que a sua concretização seja algo fatal e onipresente. O poder de fazer, com efeito, não implica necessariamente o ato de fazer.

E isto nos traz à questão da deferência interpretativa. O propósito do Judiciário, no esquema clássico da separação de poderes em um estado democrático de direito, é precisamente impedir que a interpretação das normas seja feita de modo puramente voluntarista. Neste esquema, o Legislativo seria o órgão legitimado pelo povo a produzir as normas gerais e abstratas seguindo as suas convicções políticas. Conforme FERRAZ JR. (1994, p. 14):

> A teoria clássica da 'divisão dos poderes', por outro lado, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema politico, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizado no Judiciário dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito.

[10] PT: “É um dos fenômenos mais importantes na vida jurídica e intelectual da humanidade, em geral, o fato de que aquele que detém o verdadeiro poder também é capaz de definir conceitos e palavras por conta própria. *Caesar dominus et supra grammaticam*: o imperador é senhor até mesmo da gramática.”

Com efeito, o cerne das preocupações do constitucionalismo clássico era garantir "*a government of laws, not of men*", como celebremente disse John Adams. Portanto, a função da interpretação das normas cabe ao Judiciário partindo do pressuposto evidente de que este não deve utilizar seu múnus para impor suas próprias preferências políticas, mas apenas dar o cumprimento ao direito previamente estabelecido.

É certo que, ao interpretar as normas, o Judiciário sempre observou certas presunções substantivas, sem que isso tenha sido interpretado como um ativismo indevido. Lon L. FULLER (2022) enumera uma série de presunções que, em alguma medida, sempre guiaram a interpretação das normas jurídicas, e que ele considera como o fundamento de uma moralidade interna do direito, ou uma "lei natural adjetiva", que é necessariamente pressuposta para que um ordenamento jurídico se sustente – por exemplo, as presunções de que o legislador não ordena o impossível, não deseja resultados absurdos, ou não dá comandos contraditórios.

CASEY (2023) igualmente considera que a tradição jurídica ocidental, desde o período romano, atribui às normas jurídicas presunções substantivas que orientam a sua interpretação pelos magistrados, tal qual a de que o legislador não costuma contrariar os costumes e as regras observadas pelo direito local salvo quando expressamente o afirma.

Observados estes princípios, a norma permanece ela mesma, sem que seja substituída pelas meras conveniências momentâneas do intérprete, nem fossilizada por um textualismo excessivo.

No cerne da questão – aquilo que separa o *Caesar supra grammaticam* de uma ordem jurídica centrada no direito, e não no Soberano – está a distinção entre os que veem a hermenêutica como um processo principalmente cognitivo e os que a veem como um processo principalmente volitivo.

FERRAJOLI (2000, p. 33-35), tratando mais especificamente do direito penal, chega a conclusões semelhantes sobre a natureza cognitiva da hermenêutica. O autor identifica quatro aspectos do poder judicial, três cognitivos e um volitivo, que é a degeneração dos anteriores. Antes de enumerá-los, reconhece, porém, que a eliminação completa da discricionariedade judicial é impossível no mundo dos fatos:

> Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de

> fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. A idéia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo "verdadeiro" quanto os critérios de aceitação da "verdade" no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade. Em conseqüência, na atividade judicial existem espaços de *poder* específicos e em parte insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e explicar para permitir sua redução e controle. Distinguirei estes espaços – que em seu conjunto formam o *poder judicial* e que ilustrei analiticamente no capítulo terceiro – em quatro tipos: o poder de *indicação*, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de *comprovação probatória* ou de verificação fática; o poder de *conotação* ou de compreensão eqüitativa; o poder de *disposição* ou de valoração ético-política.

Na sua dicção, os poderes *indicativo*, *comprobatório* e *conotativo* constituem o aspecto cognitivo da função judicial, que deve sempre predominar, enquanto o poder *dispositivo* é a sua degeneração: o espaço (sempre presente, mas sempre indesejável e cuja redução se deve constantemente buscar) de valoração volitiva do magistrado.

Se, como sustentamos, a hermenêutica é um processo principalmente cognitivo, é relevante que seja feita principalmente pelo Judiciário, pois este – a princípio – é o órgão que dispõe da isenção técnica para fazê-lo *without fear or favor*, e possui o arcabouço teórico para extrair o sentido mais adequado da norma (o *best reading* dos americanos). A agência, por ser uma das partes em qualquer possível litígio que decorra de sua ação, sempre tenderá a uma interpretação que favoreça e expanda seu próprio poder.

Se, porém, a hermenêutica é sempre um processo principalmente volitivo – como acreditam muitos defensores da deferência interpretativa, tanto quanto os do ativismo judicial – determinar o órgão que deve fazê-la torna-se apenas uma questão de crença político-ideológica. Se as tendências políticas do Executivo são consideradas mais desejáveis, afirma-se que este deve ter a última palavra na

interpretação, se o Judiciário aparenta ser mais alinhado, então é preferível que tenha mais poder[11].

3.2. O princípio da deferência: Origens e evolução

Já na era do *New Deal*, os primeiros teóricos do Estado Administrativo, como LANDIS (1966), consideravam necessário para o bom funcionamento das agências que elas tivessem algum grau de independência diante do Judiciário.

No começo do século XX, o caso *Lochner v. New York* (1905) causou uma forte reação contra excessos do Judiciário na proteção da liberdade econômica. O contexto da decisão foi a edição de uma lei pelo estado de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a 60h semanais. Joseph Lochner, proprietário de uma padaria no Estado, foi acusado de empregar seus padeiros em uma jornada de trabalho superior, ao que ele respondeu afirmando que a lei era inconstitucional.

A SCOTUS, à época, concordou com o seu raciocínio, e o efeito *backlash* gerado por essa impopular decisão nas décadas seguintes fortaleceu os ânimos dos que pretendiam insular o nascente Estado Administrativo das cortes.

Foi neste contexto que começou a surgir, nas cortes, o princípio da deferência à ação administrativa – neste momento, principalmente relacionado às questões de fato, ou questões mistas de fato e direito. Ainda não se tratava propriamente da deferência interpretativa, mas de deferência técnica. Os primeiros *leading cases* em matéria de deferência se caracterizaram por manter um espaço de apreciação do Judiciário, sempre impondo certas condições para que a deferência seja considerada devida.

O primeiro desses casos na SCOTUS, *Gray v. Powell* (1941), tratava de uma companhia ferroviária que buscava isenção das regulações impostas sobre o preço do carvão pela legislação de F. D. Roosevelt. A companhia afirmava ser "produtora" de carvão nos termos da lei, e, portanto, isenta das regulações, enquanto a agência responsável o negava.

---

[11] E, se ambos são politicamente alinhados, a discussão perde o sentido, pois o resultado será sempre o mesmo. Assumindo o referencial voluntarista da interpretação, não há qualquer motivo para discutir o seu *locus* institucional apropriado se o produto da análise será juridicamente indiferente.

A Corte decidiu que a aplicação de termos legais ao caso concreto está dentro das competências da agência, e o padrão de revisão aplicado é o de *substantial evidence* – i.e., basta que haja prova suficiente para que uma pessoa razoável concorde com a conclusão. Se o Judiciário conclui que o procedimento adotado para o julgamento administrativo foi justo, com direito ao contraditório, e o resultado é apoiado por este mínimo suficiente de prova, não seria possível a sua anulação.

Já em *NLRB v. Hearst* (1944), a controvérsia cingia-se à definição legal do termo “empregado” para fins de negociação coletiva, matéria de responsabilidade da agência federal *National Labor Relations Board* (NLRB). A publicadora Hearst negava que seus jornaleiros fossem empregados pela definição legal, contestando a classificação do NLRB.

A Suprema Corte entendeu que a classificação de uma relação de trabalho como empregatícia, naquele caso, era uma questão mista de fato e de direito, e com base nisto aplicou o teste mais deferente de *substantial evidence*, negando o pedido da publicadora.

O mais importante precedente desta época, porém, que ainda hoje é citado após *Loper Bright*, é *Skidmore v. Swift & Co.* (1944). O plano de fundo era, também, uma disputa trabalhista, para determinar se o tempo de sobreaviso dos empregados da indústria alimentícia *Swift & Company* poderia ser contabilizado como horas extras. Este foi o primeiro caso que tratou propriamente da deferência interpretativa, pois a autoridade trabalhista havia emitido uma regra explicitamente interpretativa para dirimir dúvidas desta natureza.

Como razão de decidir, a SCOTUS concluiu que as posições interpretativas das agências *podem* merecer deferência pelo Judiciário sob certas condições. Para tanto, era preciso que fossem tomadas com prévia e adequada ponderação, fossem consistentes no decorrer do tempo, válidas em si mesmas e compatíveis com a sua *expertise*.

O peso atribuído à interpretação administrativa da lei, portanto, era *persuasivo*, e não *determinante*. O Judiciário deveria sempre considerar com atenção o que os administradores têm a dizer sobre a questão jurídica, sem renunciar à sua função interpretativa própria.

3.3. Abordagens da problemática no direito comparado

A discussão sobre a deferência às agências pelo Judiciário não ficou, naturalmente, restrita ao direito norte-americano. Em alguma medida, o debate é inevitável diante da crescente complexidade das dinâmicas sociais e do consequente crescimento da burocracia administrativa, que assume papéis cada vez maiores.

Para além dos EUA, a análise comparada de BARNETT e VINSON (2020) demonstra que a doutrina *Chevron* não deve ser interpretada como uma decorrência inevitável ou universal do Estado administrativo moderno, mas sim como uma escolha institucional e jurisprudencial específica dos Estados Unidos.

Embora todos os sistemas jurídicos maduros enfrentem a tensão inerente entre a necessidade de *expertise* técnica das agências e a manutenção da *rule of law*, a resposta norte-americana de deferência obrigatória a interpretações razoáveis de leis ambíguas é apenas um dos caminhos possíveis. A variação internacional observada pelos autores sugere que a legitimidade da deferência judicial não reside em uma necessidade burocrática intrínseca, mas sim na forma como cada país interpreta as delegações legislativas e reconhece a autoridade interpretativa dos tribunais em face do conhecimento especializado das agências.

No Reino Unido, o sistema jurídico rejeita majoritariamente a aplicação de qualquer modelo de deferência obrigatória semelhante a *Chevron*, mantendo um apego rigoroso ao modelo de revisão *de novo* para questões de direito.

No caso *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* (1969), o autor, uma empresa de mineração, buscou indenização do governo britânico após suas propriedades serem nacionalizadas pelo governo egípcio. O governo negou o pedido de indenização com base em sua interpretação da legislação pertinente, que por sua vez excluía a possibilidade de revisão judicial.

A *House of Lords* discordou do entendimento, e estabeleceu que os tribunais britânicos são os árbitros conclusivos sobre todas as questões de direito, eliminando a distinção entre erros jurisdicionais e não-jurisdicionais para fins de revisão.

Sob essa ótica, baseada na visão tradicional inglesa da *rule of law*, não existe um espaço liminar de "razoabilidade" onde a agência possa definir o sentido da lei; ou a agência atua dentro de sua jurisdição estritamente interpretada pelas cortes, ou seu ato é considerado *ultra vires*.

A Austrália apresenta-se como um caso de resistência igualmente explícita, tendo o seu Tribunal Superior rejeitado a Doutrina *Chevron* de forma direta em *obiter dictum* no caso *City of Enfield v. Development Assessment Commission* (2000). Naquele caso, o Município de Enfield buscava ver anulada uma decisão administrativa da agência responsável por certos aspectos de zoneamento urbano, que concluiu não ser necessária a autorização da Câmara Municipal para a instalação de determinada indústria por não ser suficientemente nociva à cidade.

A jurisprudência australiana reafirmou a máxima de *Marbury v. Madison*, sustentando que "*é dever enfático do Judiciário dizer o que o Direito é*", o que impede a aceitação de uma interpretação administrativa apenas por ser "razoável" – e, indo além de muitos críticos de *Chevron*, estendeu essa rejeição inclusive a questões mistas de fato e direito.

Deste modo, o padrão geral australiano é de revisão independente, onde a *expertise* da agência pode receber "peso" persuasivo (ao estilo de *Skidmore*), mas nunca substituir o julgamento da corte.

Em contrapartida, o sistema canadense, dentre os países de *common law*, é o que mais se aproxima do modelo norte-americano, adotando a "razoabilidade" como padrão de revisão para interpretações estatutárias feitas por agências que administram tais leis. Como nos EUA, entende-se que o legislador pode delegar autoridade normativa e judicante ao Executivo, dentro de certos limites e sem invadir a esfera central dos outros poderes (BARNETT e VINSON, 2020, p. 654).

Através de precedentes como *Canada v. Vavilov* (2019), que discutia a cidadania de um filho de espiões russos, a Suprema Corte do Canadá consolidou uma presunção (relativa) de que a delegação legislativa de uma função administrativa carrega consigo a autoridade para interpretar a lei de forma razoável.

No caso concreto, o Ministério da Cidadania e Imigração havia considerado que, uma vez que os pais do peticionante eram espiões, eles seriam considerados funcionários de um governo estrangeiro. A Suprema Corte canadense considerou que, uma vez que as operações de espionagem eram ilegais, seria patentemente irrazoável considerá-los "funcionários" do governo russo, e o autor manteve sua cidadania.

Diferente de *Chevron*, contudo, o modelo canadense não foca primariamente na existência de "ambiguidade" textual, mas sim na transparência, inteligibilidade e justificação da decisão administrativa dentro de um contexto de

deferência fundamentada na delegação, o que permite que a presunção de razoabilidade da agência seja derrotada pelo litigante particular dentro de certos contextos (BARNETT e VINSON, 2020, p. 655).

Por fim, a Alemanha adota um modelo sofisticado de "dois passos" limitado, conhecido como margem de apreciação (*Beurteilungsspielraum*), que restringe a deferência a nichos técnicos muito específicos. Diferente da abrangência de *Chevron*, a deferência alemã aplica-se apenas a conceitos jurídicos indeterminados que envolvam complexidade científica, econômica ou avaliações de risco, onde o Legislativo tenha expressa ou implicitamente conferido esse espaço ao administrador.

Esse modelo é marcado por uma preocupação histórica com a abdicação judicial – herança da reação ao período nazista –, o que resulta em uma presunção contra a delegação interpretativa, exigindo que o tribunal verifique rigorosamente se a agência possui e utilizou de fato sua *expertise* setorial para preencher os conceitos técnicos da norma (BARNETT e VINSON, 2020, p. 639-641). Nas palavras dos autores (p. 640):

> Consistent with its desire to limit agency power, Germany has developed strong judicial review of administrative action. In fact, Article 19(4) of the Basic Law creates a constitutional right to review of administrative acts, providing that “[s]hould any person’s rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts.” Because the VwVfG generally excuses or permits the subsequent cure of procedural errors, substantive review is the more important form of judicial review (when permitted). Within this strict substantive review, however, Germany has carved out areas for agency discretionary decisionmaking. Judicial review is informed by two fairly robust principles of judicial deference to agency action: “administrative discretion” (*Ermessen*) and “margin of appreciation” (*Beurteilungsspielraum*). These two categories attempt to distinguish, as American law does, between discretionary decisions that courts review for arbitrary action and legal interpretations that courts review under *Chevron* (or other forms of review).

A discricionariedade (*Ermessen*) se refere às situações em que a lei confere ao Executivo um espaço de deliberação autônoma em seus atos, tal qual no direito brasileiro. A margem de apreciação, por sua vez, se refere a conceitos jurídicos indeterminados, e é condicionada à autorização legislativa (p. 641):

> The margin-of-appreciation doctrine is similar, but theoretically different from agency discretion. Margin of appreciation focuses on

> judicial deference to agency interpretations of "indeterminate legal terms." The theory for the doctrine is that the legislature can delegate to agencies the power to interpret indefinite legal concepts. Scholars and judges have both recognized that the margin-of-appreciation doctrine is only for exceptional circumstances (usually matters of risk or valuation) and requires explicit or implicit legislative authorization. The doctrine has proven controversial, much like *Chevron*, with some arguing that the decisionmaker is bound "to one correct solution just as [with] any other legal concept even if the difficulty of identifying that solution may give the decision maker a certain room or judgment de facto."

A experiência internacional, portanto, tem encontrado debates semelhantes aos da jurisprudência americana, mas as suas respostas, em geral, tendem a uma maior adstrição do Executivo à legalidade.

4. O caso *Chevron* e o princípio da deferência

4.1. Os fatos e resultados: um resumo

A premissa factual de *Chevron* era bastante restrita: o que constitui, para os fins da lei, uma "fonte poluente"? A agência de proteção ambiental americana (EPA), primeiramente, havia entendido que qualquer nova instalação na fábrica seria uma "fonte poluente", para depois, sob o mandato de Ronald Reagan, decidir que "fonte poluente" seria apenas um complexo industrial como um todo, o que simplificou grandemente a obtenção de licenças ambientais na indústria.

Nas instâncias locais, fora entendido que o conceito de "fonte poluente" já havia sido fixado pelo Judiciário, e, portanto, não seria possível à agência reverter sua posição. A Suprema Corte anulou o julgamento e formulou o inovador teste de duas etapas: **i)** se o Congresso falou claramente sobre o tema em discussão; e, se não falou, **ii)** se a interpretação dada pela agência é razoável.

A *opinion of the Court* em *Chevron v. Natural Resources Defense Council* (1984) justificou-se, sobretudo, pelo conceito de "*political accountability*": como os juízes geralmente não são eleitos e têm mandatos vitalícios, sua legitimidade democrática é severamente questionável, e não lhes cabe tomar decisões políticas em lugar da sociedade, que deve fazê-lo por seus representantes eleitos do Executivo e Legislativo.

A ideia da Corte, então, era criar uma barreira contra a intromissão judicial nas políticas públicas, enfatizando que a democracia não pode ser protagonizada pelo único dos Poderes que não tem (ou ao menos não *deve* ter) caráter político, o que é reforçado também pelas considerações de *expertise* institucional. Como assinalou o voto condutor:

> Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. **Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but <u>not on the basis of the judges' personal policy preferences</u>**. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, **and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices** – resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities. [destaques nossos]

A preocupação com o ativismo judicial – i.e., grosso modo, a resolução, pelos juízes, de temas politicamente sensíveis sem base jurídica clara, motivada em geral por preferências ideológicas do magistrado – é uma constante na tradição dos Estados Unidos: conquanto certos períodos tenham visto uma maior prevalência em decisões ativistas, a tendência "basal" do Judiciário é de se ater às decisões majoritárias, insistindo em um papel contramajoritário apenas quando há base clara na Constituição.[12]

A figura do *Justice* Antonin Scalia (1936-2016) é de uma singular importância para compreender tanto a consolidação de *Chevron* nos anos que se lhe seguiram quanto a sua eventual perda de apoio no campo originalista e/ou textualista.

Filho de imigrantes italianos em Nova Jersey, católico devoto e amante de ópera, Scalia se tornou um dos *Justices* mais importantes da história da Corte, e gozava da amizade e admiração mesmo de seus colegas do outro lado do espectro político. Ele e Ruth Bader Ginsburg, considerada uma líder da ala progressista da

[12] Há evidentes e notáveis exceções, como *Roe v. Wade* e *Obergefell v. Hodges*, mas a tendência "basal" tem voltado a prevalecer nos anos mais recentes da Corte Roberts, inclusive com a derrubada de *Roe v. Wade* por *Dobbs v. Jackson*.

SCOTUS, frequentavam juntos a ópera de D.C., e suas famílias tinham o costume de jantar juntos no Réveillon (BISKUPIC, 2009, p. 88).

A filosofia judicial de Scalia tinha um princípio fundamental simples: o juiz existe para garantir que as escolhas do povo sejam respeitadas. E estas escolhas são materializadas, exclusivamente, pelos seus representantes eleitos, que colocam em ato as preferências do povo pela promulgação da Constituição e da legislação infraconstitucional, no caso do Legislativo, e pelo desempenho das políticas públicas no caso do Executivo.

Naturalmente, é possível que a corrupção eleitoral e pós-eleitoral distorça as escolhas do povo, e interesses escusos façam do legislativo um balcão de negociação. Mas para Scalia, diferentemente dos juízes, os parlamentares podem ser periodicamente removidos de suas funções pelos seus constituintes[13], o que torna a sua corrupção mais facilmente remediável do que a de um detentor de cargo vitalício, por vezes tornado intangível por pressões corporativistas.

Para tanto, é necessário que a interpretação dos textos legais seja feita de acordo com parâmetros claros, objetivos e previsíveis.

Em contrapartida, a interpretação "não-textual" da lei – ou seja, qualquer interpretação que não se baseia exclusivamente no texto e no que pode ser inferido a partir de sua linguagem[14] – seria uma invasão ilegítima no processo democrático, a ser evitada a todo custo. Como o próprio Scalia coloca, em uma de suas obras doutrinárias (SCALIA e GARNER, 2012, p. xxviii-xxix):

> The descent into social rancor over judicial decisions is largely traceable to nontextual means of interpretation, which erode society's confidence in a rule of law that evidently has no agreed-on meaning. Nontextual interpretation, which makes "statesmen" of judges, promotes the shifting of political blame from the political organs of government (the executive and the legislature) to the judiciary. The consequence is the politicizing of judges (and hence of the process of selecting them) and a decline of faith in democratic institutions. […]
> A system of democratically adopted laws cannot endure—it makes no sense—without the belief that words convey discernible meanings and

[13] Tangencialmente, convém notar que, para os eleitores americanos, é muito mais fácil tirar um parlamentar do legislativo do que no Brasil, em razão do voto distrital e do bipartidarismo. Um deputado que desagrade sua base pode ser removido por ela mesma nas *primaries*, e cada deputado tem um distrito específico de constituintes que representa e para os quais presta contas eleitoralmente. Nenhuma das duas coisas é possível no sistema proporcional adotado pelo Brasil.
[14] Para Scalia, o contexto, também faz parte do texto, principalmente por meio da cultura jurídica geral da legislatura, que oferece presunções de como a norma deve ser interpretada. Para a explicação exaustiva de suas visões sobre a interpretação, ver SCALIA e GARNER, 2012.

> without the commitment of legal arbiters to abide by those meanings. As one commentator aptly puts the point: “[I]t is not too much to say that the preference for the rule of law over the rule of men depends upon the intellectual integrity of interpretation.”[15]

No caso *O’Hare Truck Service, Inc. v. City of Northlake* (1996), em seu voto divergente, Scalia expôs com simplicidade (e o seu habitual humor) o ponto fulcral da posição hermenêutica originalista:

> The constitutional text [i.e., a garantia da liberdade de expressão] is assuredly as susceptible of one meaning as of the other; in that circumstance, what constitutes a "law abridging the freedom of speech" is either a matter of history or else it is a matter of opinion. Why are not libel laws such an "abridgment"? The only satisfactory answer is that they never were. What secret knowledge, one must wonder, is breathed into lawyers when they become Justices of this Court, that enables them to discern that a practice which the text of the Constitution does not clearly proscribe, and which our people have *regarded* as constitutional for 200 years, is in fact unconstitutional?

A metodologia interpretativa da SCOTUS, desde a nomeação de Scalia em 1986, passou a pender muito mais fortemente para o textualismo. Em uma aula de 2015, a *Justice* Kagan, outra juíza da ala democrata da Corte, ressaltou o papel fundamental de Scalia nesse giro interpretativo (KAGAN, 2015):

> I think to the extent that people talked about statutes – to the extent that they did, I mean, the first point, I guess, is that they just didn’t. But to the extent that they did, the enterprise was very different too… And I would say that Justice Scalia had more to do with this than anybody. That it was, you know, ‘gosh, what *should* this statute be?’ more than ‘what do the words on the paper say? How do we decide what they say? How do we decide how to give effect to them?’ It was much more policy oriented, like we’re pretending to be congressman, as opposed to what I think now as statutory interpretation, as where I’m a judge trying to figure out how to give meaning, how to interpret, how to understand the text.

Não é de se surpreender, portanto, que um juiz tão comprometido em manter os juízes fora de decisões políticas sensíveis tenha apoiado, em um primeiro momento, uma doutrina que prometia fazer exatamente isso: manter decisões de

[15] De passagem, é interessante notar como a conclusão do raciocínio lembra a dicotomia que expusemos acima (tópico 2.2.) entre a concepção de interpretação cognitivista e a voluntarista.

política pública com os agentes *políticos* e democraticamente eleitos. Fornecer uma regra interpretativa clara e uniforme também ajudava, por se alinhar com o seu objetivo fundamental da segurança jurídica.

Scalia também foi o autor da *Opinion of the Court* unânime de *Auer v. Robbins* (1997), em que, como corolário de *Chevron*, a SCOTUS decidiu que seria devida deferência também à interpretação feita pelas agências de suas próprias regras. Isto foi bastante significativo, pois a regra geral da regulação americana é que as agências precisam conduzir uma consulta pública antes de editar regras (algo semelhante à Análise de Impacto Regulatório estabelecida pela Lei nº 13.874/2019). Entretanto, o APA exime regras interpretativas deste procedimento, precisamente por pressupor que normas interpretativas terão um escopo muito mais restrito que normas substantivas. Como veremos mais adiante, *Auer* foi o caso cujas consequências fizeram Scalia seriamente reconsiderar suas posições.

Entretanto, o apoio de Scalia por *Chevron* era qualificado em certas premissas específicas à sua filosofia judicial. Em um importante artigo na *Duke Law Journal*, escrito apenas três anos depois de sua nomeação para a SCOTUS e cinco anos depois da decisão de *Chevron*, ele de pronto rejeita que a *expertise* da agência seja uma base válida da deferência (SCALIA, 1989, p. 514):

> What, then, is the theoretical justification for allowing reasonable administrative interpretations to govern? The cases, old and new, that accept administrative interpretations, often refer to the "expertise" of the agencies in question, their intense familiarity with the history and purposes of the legislation at issue, their practical knowledge of what will best effectuate those purposes. In other words, they are more likely than the courts to reach the correct result. **That is, if true, a good practical reason for accepting the agency's views, but hardly a valid theoretical justification for doing so**. […] If it is, as we have always believed, the constitutional duty of the *courts* to say what the law is, we must search for something beyond relative competence as a basis for ignoring that principle when agency action is at issue. (destaques em negrito nossos)

A outra base teórica da deferência interpretativa seria a manutenção de decisões de política pública nas mãos do Executivo. Também este fundamento é

considerado insustentável por Scalia, diante do fato de que considerações de ordem prática sempre impactam decisões judiciais (ibid., p. 515)[16].

Qual, então, seria a justificação válida para deferir amplamente à interpretação jurídica das agências? Scalia explica: trata-se, simplesmente, de uma presunção geral destinada a oferecer *"a background rule of law against which Congress can legislate"* (ibid., p. 517). Em suas palavras (p. 516):

> In my view, the theoretical justification for *Chevron* is no different from the theoretical justification for those pre-*Chevron* cases that sometimes deferred to agency legal determinations. As the D.C. Circuit, quoting the First Circuit, expressed it: "The extent to which courts should defer to agency interpretations of law is ultimately 'a function of Congress' intent on the subject as revealed in the particular statutory scheme at issue.'" An ambiguity in a statute committed to agency implementation can be attributed to either of two congressional desires: (1) Congress intended a particular result, but was not clear about it; or (2) Congress had no particular intent on the subject, but meant to leave its resolution to the agency. When the former is the case, what we have is genuinely a question of law, properly to be resolved by the courts. When the latter is the case, what we have is the conferral of discretion upon the agency, and the only question of law presented to the courts is whether the agency has acted within the scope of its discretion – i.e., whether its resolution of the ambiguity is reasonable. As I read the history of developments in this field, the pre-*Chevron* decisions sought to choose between (1) and (2) on a statute-by-statute basis. Hence the relevance of such frequently mentioned factors as the degree of the agency's expertise, the complexity of the question at issue, and the existence of rulemaking authority within the agency. All these factors make an intent to confer discretion upon the agency more likely. *Chevron*, however, if it is to be believed, replaced this statute-by-statute evaluation (which was assuredly a font of uncertainty and litigation) with an across-the-board presumption that, in the case of ambiguity, agency discretion is meant.

Assim, na visão de Scalia, *Chevron* era uma regra que cumpria a finalidade precípua de evitar a insegurança jurídica, particularmente na forma de decisões conflitantes (e frequentemente de ímpeto ativista) pelos tribunais federais[17].

---

[16] É de se constatar que essa afirmação, em obras posteriores, será fortemente qualificada e limitada. VERMEULE (2023b) sustenta que as posições doutrinárias de Scalia evoluíram, com o decorrer dos anos, para uma visão mais positivista, e esta mudança o teria tornado mais cético a vetores substantivos de interpretação no Judiciário.

[17] Diferentemente do Brasil, em que há apenas seis (e, até pouco tempo atrás, cinco) Tribunais Regionais Federais, há nos EUA treze tribunais com função equivalente (*Circuits*). Ademais, como a SCOTUS consolida as funções de uniformizar a interpretação da legislação federal e da Constituição,

No mais, a própria concepção de Scalia de que, em geral, as leis têm uma interpretação textual objetivamente correta implicava que, para ele, o âmbito de aplicação de *Chevron* era bastante reduzido em comparação a um julgador que nega essa premissa. É o que o próprio diz, no mesmo artigo (ibid., p. 521):

> In my experience, there is a fairly close correlation between the degree to which a person is (for want of a better word) a "strict constructionist" of statutes, and the degree to which that person favors *Chevron* and is willing to give it broad scope. The reason is obvious. One who finds *more* often (as I do) that the meaning of a statute is apparent from its text and from its relationship with other laws, thereby finds less often that the triggering requirement for *Chevron* deference exists. It is thus relatively rare that *Chevron* will require me to accept an interpretation which, though reasonable, I would not personally adopt. Contrariwise, one who abhors a "plain meaning" rule, and is willing to permit the apparent meaning of a statute to be impeached by the legislative history, will more frequently find agency-liberating ambiguity, and will discern a much broader range of "reasonable" interpretation that the agency may adopt and to which the courts must pay deference. The frequency with which *Chevron* will require *that* judge to accept an interpretation he thinks wrong is infinitely greater.

Mas há um problema que Scalia anteviu desde o princípio, quando ainda era entusiasticamente um apoiador de *Chevron*: *"how clear is clear?"*

> There is one final point I wish to discuss: What does it take to satisfy the first step of *Chevron* – that is, when is a statute ambiguous? *Chevron* becomes virtually meaningless, it seems to me, if ambiguity exists only when the arguments for and against the various possible interpretations are in absolute equipoise. If nature knows of such equipoise in legal arguments, the courts at least do not. The judicial task, every day, consists of finding the *right* answer, no matter how closely balanced the question may *seem* to be. In appellate opinions, there is no such thing as a tie. […] If *Chevron* is to have any meaning, then, congressional intent must be regarded as "ambiguous" not just when no interpretation is even marginally better than any other, but rather when two or more reasonable, though not necessarily equally valid, interpretations exist. This is indeed intimated by the opinion in *Chevron*-which suggests that the opposite of "ambiguity" is not "resolvability" but rather "clarity." **Here, of course, is the chink in *Chevron's* armor – the ambiguity that prevents it from being an absolutely clear guide to future judicial decisions** (though still a better one than what it supplanted). **How clear is clear?** It is here, if *Chevron* is not abandoned, that the future battles over acceptance of

e julga apenas uma fração ínfima de processos por ano, o problema da divergência jurisprudencial entre estes tribunais (*circuit split*) é bem mais difícil de resolver do que no nosso direito.

> agency interpretations of law will be fought. (SCALIA, 1989, p. 520-521, destaques em negrito nossos)

É este problema – *how clear is clear?* – que levará o alcance de *Chevron* na prática a aumentar cada vez mais, e levará a jurisprudência a instituir várias exceções para evitar abusos no poder regulatório.

4.2. O "dilema da deferência" – o regime *Chevron* sob escrutínio

"O dilema da deferência" é o título de um interessante artigo de Adrian Vermeule na Harvard Public Law Working Paper. O autor abre seu artigo com a tese de que, diante do estado administrativo, o Judiciário se encontra em um dilema: por um lado, não é de seu interesse imiscuir-se em questões técnicas e correr o risco de produzir resultados indesejados na economia e na sociedade; por outro, não pode abdicar de seu papel constitucional de controlar a legalidade dos atos administrativos, pois

> [T]he fundamental importance of judicial review of agency legal authority as a legitimating mechanism for the administrative state presses judges towards plenary review of agency legal interpretations, for reasons Louis Jaffe explored in the middle of the 20th century. As Jaffe put it, "[t]he availability of judicial review is the necessary condition, psychologically if not logically, of a system of administrative power which purports to be legitimate, or legally valid." (VERMEULE, 2023a, p. 1)

É um dilema real. É bem verdade que

> the last thing judges want to be forced to do is to decide for themselves what exactly statutes mean when they refer to "unreasonable risk of injury to health or the environment" or "best system of emission reduction." (ibid.)

O dilema, na retórica clássica, é um silogismo pelo qual se constrange o oponente com uma proposição disjuntiva entre duas alternativas igualmente indesejáveis. Entretanto, o dilema só é formalmente perfeito quando a premissa menor disjuntiva é exaustiva, i.e., quando enumera todas as alternativas possíveis em uma situação. Se a premissa menor não for exaustiva, o dilema pode ser refutado "escapando por entre seus chifres" – ou seja, apontando uma solução que não foi coberta pelo proponente do dilema (JOSEPH, 2008, p. 221).

A jurisprudência da SCOTUS após *Chevron* pode ser bem resumida como uma tentativa de "escapar por entre os chifres" do dilema, ora pendendo mais para um lado, ora para outro. Com o tempo, a Corte precisou fazer uma série de clarificações e limitações diante do escopo excessivamente amplo das regras erguidas em *Chevron* e *Auer* – houve, também, épocas de expansões da doutrina, como em *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services* (2005) e *City of Arlington v. FCC* (2013).

Em *Brand X*, cujo voto condutor foi escrito pelo atual decano *Justice* Clarence Thomas, a Corte entendeu que, mesmo que uma agência mude sua interpretação de um dado tema, a deferência à nova interpretação continuaria sendo devida. O *Justice* Thomas, posteriormente, veio a mudar de posição sobre *Chevron*, e se referiu a *Brand X* como o caso que levou o Tribunal *"ao precipício do absolutismo administrativo"* (*Baldwin v. United States*, 2020) pela sua desconsideração da segurança jurídica, que permite às agências mudarem de opinião conforme sua conveniência momentânea.

A maior parte das decisões de *Chevron* na SCOTUS visavam, ao contrário, circunscrever mais claramente o alcance da doutrina – nas palavras de Cass SUNSTEIN (2006), o *passo zero* do teste de duas etapas formulado pelo *Justice* Stevens no paradigma.

Christensen v. Harris County (2000) foi o primeiro golpe de *Chevron* na Suprema Corte americana, em que foi determinado que meros pareceres dos diretores de agências não são titulares de deferência perante o Judiciário, bem como *"policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law"*.

Esta exceção (ou, antes, delimitação) foi no ano seguinte esclarecida em *United States v. Mead Corp* (2001). A decisão qualificou fortemente a regra ampla que havia sido firmada em 1986, negando *em geral* deferência a interpretações administrativas informais, ou que não tivessem passado pelos procedimentos específicos previstos na sua lei de regência:

> Administrative implementation of a particular statutory provision qualifies for *Chevron* deference when it appears that Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law, **and that the agency interpretation claiming deference was promulgated in the exercise of such authority**. Such delegation may be shown in a variety of ways, as by an agency's

> power to engage in adjudication or notice-and-comment rulemaking, or by some other indication of comparable congressional intent. A Customs ruling letter has no claim to *Chevron* deference, but, under *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134, it is eligible to claim respect according to its persuasiveness. (destacamos)

Na avaliação de Cass Sunstein, a grande novidade de *Mead* foi estabelecer o poder de agir *"with the force of law"*, presumivelmente por vontade do legislador, como o eixo central da deferência *Chevron*. Uma primeira impressão poderia sugerir, ***a contrario sensu***, que qualquer interpretação da agência informal, ou que não tenha caráter coercitivo e *erga omnes*, está excluída da prerrogativa. Entretanto, não foi essa a decisão da Corte:

> Nonetheless, *Chevron* deference might also be appropriate "even when no such administrative formality was required and none was afforded." Thus, the Court in *Mead* squarely rejected a possible reading of *Christensen*: that agency interpretations lacking the force of law, or not preceded by formal procedures, would always be evaluated under *Skidmore*. (SUNSTEIN, 2006, p. 214-215)

A evidente desvantagem da abordagem de *Mead* é a sua vagueza. A regra mais abrangente – *Chevron* – continuava vigente, e a sua exceção não resolvia de todo os problemas anteriores, pois permanecia possível a deferência a interpretações informais da agência, a depender do contexto. De fato, nos anos posteriores, vários tribunais inferiores continuaram a conceder deferência a interpretações administrativas que não passaram por nenhum procedimento formal (ibid., p. 217).

Em 2013, *City of Arlington v. FCC* trouxe o apogeu teórico da deferência interpretativa. Naquela ocasião, com voto condutor de Scalia, foi decidido que *Chevron* seria aplicável até mesmo às prescrições legais que delimitassem a jurisdição da agência – o que equivale a dizer que a agência seria juiz de sua própria causa, e capaz de determinar seus próprios poderes.

Esta formulação bastante abrangente trouxe forte oposição do *Chief Justice* Roberts, e seu voto divergente lançou muitos dos fundamentos que seriam posteriormente usados em *Loper Bright* para a superação definitiva de *Chevron*.

Já em *Encino Motorcars LLC v. Navarro* (2016), volta a tendência limitadora: foi negada deferência a uma norma interpretativa de uma agência por falhas procedimentais na sua adoção, bem como por uma mudança súbita e injustificada de posição administrativa. Novamente, não houve nenhuma restrição

geral da regra, mas um afastamento pontual, e os tribunais inferiores continuaram adstritos a ela.

Em 2015 foi decidido o caso *Perez v. Mortgage Bankers Association*, que tratava da deferência *Auer* – como vimos, conceitualmente distinta de *Chevron*, mas que pode ser compreendida como um corolário.

O ponto mais interessante de *Perez*, decidido no penúltimo ano de vida de Scalia, é o seu voto vogal. Esta *opinion*, uma das suas últimas, mostrou uma profunda mudança de posição sobre *Auer*, cujo voto condutor ele mesmo tinha escrito. A crítica oferecida a *Auer*, nesse momento, é em muitos pontos igualmente aplicável a *Chevron*. Ele já havia demonstrado preocupação com as arbitrariedades permitidas por *Auer* em *Decker v. Northwest Environmental Defense Center* (2013), em que disse *"enough is enough"* para as frequentes mudanças de posição administrativas à guisa de "regras interpretativas".

Nas suas palavras (lembremos que o APA exime regras interpretativas da exigência de consulta pública):

> The Act guards against excesses in rulemaking by requiring notice and comment. Before an agency makes a rule, it normally must notify the public of the proposal, invite them to comment on its shortcomings, consider and respond to their arguments, and explain its final decision in a statement of the rule's basis and purpose.
>
> The APA exempts interpretive rules from these requirements. But this concession to agencies was meant to be more modest in its effects than it is today. For despite exempting interpretive rules from notice and comment, the Act provides that "the *reviewing court* shall… interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action." (emphasis added). The Act thus contemplates that courts, not agencies, will authoritatively resolve ambiguities in statutes and regulations. In such a regime, the exemption for interpretive rules does not add much to agency power. An agency may use interpretive rules to *advise* the public by explaining its interpretation of the law. But an agency may not use interpretive rules to *bind* the public by making law, because it remains the responsibility of the court to decide whether the law means what the agency says it means.
>
> Heedless of the original design of the APA, we have developed an elaborate law of deference to agencies' interpretations of statutes and regulations. Never mentioning §706's directive that the "reviewing court… interpret… statutory provisions," we have held that *agencies* may authoritatively resolve ambiguities in statutes. And never mentioning §706's directive that the "reviewing court… determine the meaning or applicability of the terms of an agency

> action," we have—relying on a case decided before the APA, *Bowles* v. *Seminole Rock & Sand Co.* (1945)—held that *agencies* may authoritatively resolve ambiguities in regulations. *Auer* v. *Robbins* (1997).
>
> By supplementing the APA with judge-made doctrines of deference, we have revolutionized the import of interpretive rules' exemption from notice-and-comment rulemaking. Agencies may now use these rules not just to advise the public, but also to bind them. After all, if an interpretive rule gets deference, the people are bound to obey it on pain of sanction, no less surely than they are bound to obey substantive rules, which are accorded similar deference. Interpretive rules that command deference *do* have the force of law. […]
>
> By deferring to interpretive rules, we have allowed agencies to make binding rules unhampered by notice-and-comment procedures.
>
> The problem is bad enough, and perhaps insoluble if *Chevron* is not to be uprooted, with respect to interpretive rules setting forth agency interpretation of statutes. But an agency's interpretation of its own regulations is another matter. By giving that category of interpretive rules *Auer* deference, we do more than allow the agency to make binding regulations without notice and comment. Because the agency (not Congress) drafts the substantive rules that are the object of those interpretations, giving them deference allows the agency to control the extent of its notice-and-comment-free domain. To expand this domain, the agency need only write substantive rules more broadly and vaguely, leaving plenty of gaps to be filled in later, using interpretive rules unchecked by notice and comment. The APA does not remotely contemplate this regime.

É digno de nota que Scalia identifica um problema como *"perhaps insoluble if* Chevron *is not to be uprooted"*: há, aqui, uma mudança significativa diante da sua postura anterior. Conquanto ele não chegue a pedir o *overruling* de *Chevron*, ele o faz para *Auer*, por considerar que a doutrina se mostrou insustentável e incentivadora de abusos.

Posteriormente, em *Kisor v. Wilkie* (2019), a Corte estabelecerá fortes restrições para a aplicação de *Auer*, que, embora não o tenham superado *de jure*, o fizeram *de facto*.

Ao mesmo tempo, outros *justices* abriam suas próprias frontes para limitar *Chevron*. Em *Utility Air Regulatory Group v. EPA* (2014) e *King v. Burwell* (2015), foi articulada a *Major Questions Doctrine* (MQD), que postula não ser cabível a deferência interpretativa quando a agência pretende utilizá-la para sustentar medidas com grande repercussão social e econômica. Originalmente elaborada pelo *Justice* Breyer, o *Chief Justice* Roberts rapidamente se tornou o seu principal proponente.

Em *West Virginia v. EPA* (2022), a *Opinion of the Court* formulou com bastante clareza a essência da *major questions doctrine*:

> Agencies have only those powers given to them by Congress, and enabling legislation is generally not an open book to which the agency [may] add pages and change the plot line. **We presume that Congress intends to make major policy decisions itself, not leave those decisions to agencies**.
> Thus, in certain extraordinary cases, both separation of powers principles and a practical understanding of legislative intent make us reluctant to read into ambiguous statutory text the delegation claimed to be lurking there. To convince us otherwise, **something more than a merely plausible textual basis for the agency action is necessary**. The agency instead must point to clear congressional authorization for the power it claims. (destacamos, citações e aspas internas omitidas)

Naturalmente, também a MQD traz os seus inconvenientes, o principal dos quais é o próprio modo de definir o que é exatamente uma *"major question"*. Sobre isso, no recente caso *Learning Resources, Inc. v. Trump* (2026), o *Justice* Gorsuch, em seu voto-vogal, fez questão de salientar como outros juízes da Corte – em ambos os lados do espectro político – decidiram de modo inconsistente casos sobre a doutrina a depender de qual partido estava sendo beneficiado. Críticas semelhantes já foram feitas pela *Justice* Kagan aos seus colegas conservadores. Todavia, é razoável dizer que a MQD já apresenta um grau de certeza interpretativa maior em comparação às tentativas que a precederam.

Como disse o *Justice* Scalia, numa formulação que veio a se tornar um resumo da MQD, *"Congress does not hide elephants in mouseholes"* (*Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 2001)

Na doutrina, Cass SUNSTEIN (2019), geralmente considerado um autor favorável a *Chevron*, fez suas próprias sugestões para controlar as possibilidades de abuso do estado administrativo, o que ele chamou de "domesticar *Chevron*". Suas propostas são:

i) Em primeiro lugar, levar o primeiro passo do teste a sério: só levar adiante a deferência se o texto legal for *genuinamente* ambíguo, e não presumir desde já a ambiguidade;

ii) Depois, fortalecer também o segundo passo: na prática, negar deferência a interpretações arbitrárias e irrazoáveis, que são nitidamente contrárias ao esquema legislativo, e

iii) Aplicar firmemente os cânones hermenêuticos tradicionais, inclusive os de indelegabilidade. Como exemplo mais importante, o autor cita a presunção contra interpretações de constitucionalidade duvidosa (*avoidance canon*).

Em outro artigo, SUNSTEIN e VERMEULE (2018) propuseram essa "domesticação" por meio da moralidade interna do direito proposta por FULLER (2022), e a série de presunções jurídicas que ela traz consigo – como mencionado *supra*, a título de exemplo, as presunções contra a retroatividade, a impossibilidade e a incoerência.

De todo modo, era certo para todos que, no mínimo, alguma forte clarificação precisava ser feita em *Chevron*, pois com as várias regras posteriormente adicionadas pela jurisprudência o precedente estava a se tornar – para usar a colorida expressão de Scalia para uma outra doutrina – *"like some ghoul in a late-night horror movie that repeatedly sits up in its grave and shuffles abroad, after being repeatedly killed and buried"* (*Lamb's Chapel v. Center Moriches*, 1993).

4.3. O regime Chevron e o Direito Brasileiro: Há ou pode haver transplante?

A Constituição Federal de 1988 não adotou, é certo, uma estrutura tão rígida de separação de poderes quanto a constituição americana. Entes independentes como o Ministério Público e os Tribunais de Contas desafiam a tripartição clássica e tornam sempre mais peculiar as análises de separação de poderes no nosso direito.

Contudo, há alguns princípios que são inescapáveis. O primeiro deles é a inafastabilidade da jurisdição (CRFB, art. 5º, XXXV)[18], ausente no sistema norte-americano, e que torna inviável um esquema interpretativo que, ao menos na maioria dos casos, torna *a priori* impossível que o particular veja seus direitos tutelados contra

[18] "Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

a Administração, pois o próprio Judiciário estaria abdicando da sua competência institucional de *dizer o que o direito é*.

Muito já foi escrito, no âmbito do direito tributário, sobre as leis que se pretendem interpretativas (normalmente para que o Fisco possa aplicá-las retroativamente). A maior parte da doutrina tem forte resistência a tais leis, por considerá-las, a uma só vez, uma fraude à anterioridade e uma invasão no domínio próprio do Poder Judiciário (MARIZ DE OLIVEIRA, 2004).

Com efeito, se o Legislador pudera a todo tempo mudar a interpretação da lei conforme suas conveniências momentâneas, ficaria evidentemente frustrada a segurança jurídica, que exige que o contribuinte tenha a possibilidade de planejar as próprias ações. Além disso, de nada valeria o princípio da legalidade, pois tais normas "interpretativas" terminariam por esvaziá-lo completamente, por oferecerem um caminho menos custoso ao Poder Público de avançar seus interesses.

A única coisa que faz certos doutrinadores aceitarem a "lei interpretativa", em matéria tributária, é a ressalva de que estas leis serão interpretadas pelo Judiciário como quaisquer outras. Foi esta a posição adotada pelo Min. Celso de Mello na ADI 605/DF:

> É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em conseqüência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. **Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais**. **Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional**.
> (ADI-MC 605/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/10/1991)

Mutatis mutandis, poder-se-ia empregar um raciocínio semelhante ao direito administrativo e às normas emitidas pelas agências reguladoras. Para Geraldo Ataliba, a possibilidade de revisão da ação administrativa por um Judiciário independente e imparcial é condição *sine qua non* para o Estado de Direito:

> No contexto do nosso sistema constitucional, o modo exigente como foi posto o princípio da legalidade melhor faz valorizado o conceito de Estado de Direito, tal como concebido por BALLADORE PALLIERI, ao defini-lo como "aquele que se submete à lei e a jurisdição

> independente e imparcial" (**Diritto Constituzionale**, 3ª ed., Milão, Ed. Giuffrè, pag. 85).
> Efetivamente — é observação do notável constitucionalista de Milão — de muito pouco valeria o Estado obedecer a lei, se pudesse manipulá-la seja na elaboração, seja na aplicação.
> Tanto mais inócuo seria o princípio, se não existisse o mecanismo de **controle jurisdicional** da ação administrativa, como exposto magistralmente por SEABRA FAGUNDES.
> Do que se vê que a existência de um Judiciário autônomo e independente (e, pois, imparcial) é consectário necessário da legalitariedade, por ser a única garantia de sua eficácia. (ATALIBA, 1980, p. 46-47)

Veremos mais adiante que a jurisprudência do STF, qualitativamente, jamais abraçou o *standard* de *Chevron* para avaliar as ações administrativas. Ao contrário, as decisões de mérito que reconheciam deferência às agências quase sempre frisam que se trata de deferência técnica (no sentido que já expomos, i.e., referente principalmente a questões de fato), e, sobretudo, que esta deferência é condicional, e pode ser elidida pelo particular munido de provas ou argumentos suficientes.

Isto não poderia ser diferente, pois, se mesmo a interpretação autêntica das normas tributárias pelo Congresso não pode ensejar deferência diante do nosso sistema de separação de poderes, tampouco poderia a interpretação administrativa da lei feita pelo Executivo e suas agências.

5. O caso *Loper Bright* e a superação da deferência *Chevron*

O julgamento conjunto de *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* e *Relentless, Inc. v. Department of Commerce*, em 28 de junho de 2024, foi a culminação do processo que descrevemos até agora de sucessivos enfraquecimentos e críticas ao regime interpretativo consagrado em *Chevron*. SUNSTEIN (2025) descreveu o resultado como o sepultamento de um paradigma que já revelava sinais de esgotamento teórico. Nesse sentido, o desfecho pode ser visto como a consumação de um processo inexorável com a composição atual da Corte.

5.1. Os fatos e resultados: um resumo

O litígio que serviu de veículo para essa mudança institucional teve origem em uma disputa aparentemente modesta, envolvendo pequenas empresas familiares de pesca de arenque no Atlântico Norte. Os autores impugnaram um regulamento editado pelo *National Marine Fisheries Service* (NMFS) com fundamento na *Magnuson-Stevens Act* (MSA). A norma administrativa exigia que os pescadores não apenas aceitassem a presença de fiscais federais a bordo, mas também custeassem diretamente seus salários e despesas operacionais, estimados em cerca de US$ 700 por dia.

Segundo os demandantes, a lei que estruturava o regime regulatório permanecia silenciosa quanto à responsabilidade pelo financiamento desses monitores e, portanto, não autorizava a agência a transferir ao particular os custos ordinários da atividade fiscalizatória do Estado. A imposição regulatória, sustentaram, representaria assim uma intervenção desprovida de base legal expressa, sobretudo quando se considera que o MSA autorizava um poder semelhante apenas em um caso pontual (donde se conclui, pelos cânones tradicionais de interpretação, que a autorização pontual de uma faculdade exclui a interpretação que a tem por irrestrita).

Nas instâncias inferiores, tanto o *D.C. Circuit* quanto o *First Circuit* validaram a norma mediante aplicação estrita do teste bifásico de *Chevron*. Partindo da premissa de que o MSA seria silencioso ou ambíguo quanto ao financiamento dos monitores, presumir-se-ia a deferência à agência. Note-se que, como salientou Roberts, o *First Circuit* sequer clarificou sob qual passo do teste a questão foi resolvida.

Como observa PARDO (2024, p. 25), essa atitude refletia aquilo que ele denomina a “postura abnegada” do Judiciário diante das agências: em vez de buscar a melhor interpretação do texto legal, o magistrado limitava-se a aceitar qualquer construção administrativa que não se mostrasse manifestamente arbitrária.

Os autores, *Loper Bright Enterprises* e *Relentless, Inc.*, recorreram à SCOTUS pedindo o *overruling* de *Chevron* e a anulação dos acórdãos regionais que lhes impuseram um ônus dito ilegal e excessivo, e a Suprema Corte, por maioria, concordou com seu pedido.

A *ratio decidendi* formulada pelo *Chief Justice* John Roberts rejeitou frontalmente a premissa central do arranjo interpretativo de *Chevron*. Para a maioria da Corte, a mera presença de ambiguidade legal não autoriza presumir uma delegação implícita de poder interpretativo ao Executivo. Tal presunção foi qualificada

como uma presunção incompatível tanto com a realidade do processo legislativo quanto com o comando textual do APA, que determina que os tribunais decidam de forma independente todas as questões relevantes de direito (fato que já havia sido reconhecido pelo voto vogal de Scalia em *Perez v. Mortgage Bankers*, 2015).

Roberts foi explícito ao afirmar que o modelo instituído em 1984 havia se tornado um obstáculo ao cumprimento do dever judicial de declarar o direito, observando que *"Chevron's fictional presumption of congressional intent was always unmoored from the APA's demand that courts exercise independent judgment"*. O acórdão, assim, restabeleceu de modo inequívoco a centralidade do princípio afirmado em *Marbury v. Madison*: compete ao Judiciário, e não à burocracia administrativa, fixar em definitivo o sentido das normas jurídicas.

A *Opinion of the Court* frisou que, em vista das numerosas exceções ao teste bifásico de *Chevron* (*"a byzantine set of preconditions and exceptions"*), ele havia se tornado obsoleto para o seu primeiro propósito: garantir a segurança jurídica.

Contudo, a Corte também não sepultou de todo a *expertise* técnica das agências. Lembrando VERMEULE (2023a), continua a não ser de interesse do Judiciário se pronunciar sobre matérias excessivamente técnicas, tampouco determinar qual a exata medida para o cumprimento de *standards* discricionários. O problema encontrado pela maioria da Corte não era, necessariamente, que houvesse delegação de poder para as agências, mas apenas que essa delegação fosse *sempre* presumida. É bem possível que o juiz, interpretando a lei, conclua que ela concretamente atribui autoridade interpretativa à agência sobre algum tema, mas isso deriva da interpretação correta da lei pelo juiz, e não de uma imposição incondicional.

Esta é uma característica marcante da *Opinion* de *Loper Bright*: por vezes, a preocupação parece ser mais dirigida à metodologia do que, necessariamente, aos resultados. VERMEULE (2023a), antes do julgamento, já havia considerado provável que o resultado do caso não viesse a impactar as áreas em que *Chevron* é realmente crítico – nas análises de temas técnicos específicos confiados à discricionariedade dos especialistas. Posteriormente, sua previsão veio a se confirmar:

> A commonplace about revolutions, and counter-revolutions, is that however dramatic they may be in the short run, in the long run they often produce less change than their proponents hope and their opponents fear. (id., 2024, p. 2)

O voto condutor fez expressamente essa ressalva:

> In a case involving an agency, of course, **the statute's meaning may well be that the agency is authorized to exercise a degree of discretion**. Congress has often enacted such statutes. For example, some statutes "expressly delegate[]" to an agency the authority to give meaning to a particular statutory term. Others empower an agency to prescribe rules to "fill up the details" of a statutory scheme, or to regulate subject to the limits imposed by a term or phrase that "leaves agencies with flexibility," such as "appropriate" or "reasonable."
> **When the best reading of a statute is that it delegates discretionary authority to an agency**, the role of the reviewing court under the APA is, as always, to **independently interpret** the statute and effectuate the will of Congress subject to constitutional limits. The court fulfills that role by recognizing constitutional delegations, "fix[ing] the boundaries of [the] delegated authority," and ensuring the agency has engaged in "reasoned decisionmaking" within those boundaries. By doing so, a court upholds the traditional conception of the judicial function that the APA adopts. (destacamos, citações internas omitidas)

Confirmando a tese de Vermeule da aplicabilidade de *Loper Bright* ser sobretudo dirigida a questões unicamente de direito, o recente caso *Urias-Orellana v. Bondi* (2026), que tratava de uma disputa migratória sobre o que se qualifica como "perseguição ou bem fundamentado medo de perseguição" para fins de asilo, a SCOTUS ressalvou que a aplicação do direito a fatos incontroversos pela agência, sobretudo envolvendo *standards* abertos como "bem fundamentado", está dentro da esfera de discricionariedade administrativa, e não pode ser revista senão diante de prova patente de erro.

A principal preocupação de Roberts, em *Loper Bright*, é o "*best reading*". O grande vício metodológico de *Chevron*, para o *Chief Justice*, era forçar o juiz a aceitar uma interpretação da lei que ele não considera a melhor. Se, em todos os demais casos, é vedado ao juiz o *non liquet*, o apelo à lacuna, tampouco isto deve ser possível quando a agência está envolvida. Nas suas palavras:

> It therefore makes no sense to speak of a "permissible" interpretation that is not the one the court, after applying all relevant interpretive tools, concludes is best. **In the business of statutory interpretation, if it is not the best, it is not permissible**.

Embora o voto condutor não enfatize tanto o aspecto da separação de poderes, preferindo focar na conformidade com a legislação infraconstitucional,

Roberts incorporou certos aspectos desta objeção, e os votos vogais dos *Justices* Thomas e Gorsuch focaram exclusivamente nela. É o que veremos a seguir.

5.2. A "deferência automática" invade a esfera do Judiciário

Para a maioria, as questões puramente de direito – que são aquelas nas quais o adjetivo "interpretativa" mais adequadamente se aplica à deferência, e que chamamos, na medida em que aplicada rigorosamente pelo teste *Chevron*, de "deferência automática" – não podem ter qualquer direito a ela, pois a *expertise* para resolver ambiguidades em textos jurídicos não é das agências, mas sim do próprio Judiciário, na medida em que se mantém fiel às regras estabelecidas e previsíveis de interpretação:

> Perhaps most fundamentally, *Chevron*'s presumption is misguided because **agencies have no special competence in resolving statutory ambiguities. Courts do.** The Framers, as noted, anticipated that courts would often confront statutory ambiguities and expected that courts would resolve them by exercising independent legal judgment. And even *Chevron* itself reaffirmed that "[t]he judiciary is the final authority on issues of statutory construction" and recognized that "in the absence of an administrative interpretation," it is "necessary" for a court to "impose its own construction on the statute." (destacamos)

A crítica da usurpação da função judiciária foi aprofundada no voto vogal do *Justice* Clarence Thomas. Segundo ele, a doutrina de deferência comprimira o poder judicial previsto no Artigo III da Constituição americana ao deslocar para o Executivo a autoridade interpretativa final. Nessas condições, o Judiciário deixava de funcionar como instância de controle da atuação administrativa. O resultado era a redução do papel da magistratura a uma posição de observador diante da redefinição normativa conduzida pela burocracia.

Essa renúncia interpretativa entra em tensão direta com os pressupostos do cognitivismo judicial presentes na teoria garantista de Luigi FERRAJOLI (2000). Se o julgamento jurídico deve ser entendido como um ato de cognição voltado à verificação da verdade jurídica e fática, a doutrina *Chevron* alterava a natureza desse processo. O juízo deixava de ser orientado pela determinação do significado da norma e passava a aceitar uma escolha administrativa considerada apenas "permissível".

Nesse ponto, o processo decisório aproximava-se do que Ferrajoli descreve como “poder de disposição” (ibid., p. 33-35): uma situação em que a decisão depende da vontade do agente dotado de poder, e não da verificação racional do direito aplicável (neste caso, não do juiz, mas do Executivo).

O *Justice* Neil Gorsuch sintetizou essa crítica ao afirmar que o modelo substituía a investigação imparcial do significado da lei por uma heurística simples: em caso de dúvida, prevalece a interpretação do burocrata. Esse deslocamento retirava densidade cognitiva da decisão judicial e enfraquecia o caráter racional do provimento jurisdicional.

A deferência automática também produzia um problema estrutural de imparcialidade. Ao presumir a validade da interpretação defendida pela agência, o sistema colocava o Judiciário em posição favorável a um dos litigantes – o próprio governo. Tal arranjo tensionava o princípio clássico *nemo iudex in causa sua*, pois as agências passavam a influenciar diretamente a definição dos limites de seus próprios poderes.

O voto de Gorsuch observou que esse modelo exigia que os tribunais “colocassem o dedo na balança” em favor do litigante mais poderoso. O resultado era um viés institucional em favor do Estado, que violaria a garantia do devido processo legal. Ao mesmo tempo, a agência assumia funções simultâneas de intérprete do estatuto e de defensora da validade de sua própria interpretação.

Esse desenho institucional enfraquecia as salvaguardas tradicionais contra o arbítrio administrativo. A autoridade interpretativa passava a gravitar em torno da própria entidade regulada pelo litígio, reduzindo a eficácia do controle jurisdicional.

Outro efeito relevante do regime foi a instabilidade interpretativa que ele produziu. A decisão em *Brand X* (2005) permitiu que agências revertessem interpretações judiciais anteriores mediante nova leitura administrativa do estatuto. Com isso, o conteúdo da lei podia variar substancialmente sem qualquer alteração legislativa.

Essa dinâmica afetava o valor do *stare decisis* e enfraquecia a autoridade da coisa julgada. A interpretação judicial deixava de fornecer um ponto de estabilidade duradouro, pois poderia ser superada por mudança de orientação administrativa.

O *Justice* Gorsuch descreveu esse fenômeno como *regulatory whiplash*. Alternâncias na direção política do Executivo produziam mudanças abruptas no

entendimento regulatório, deixando cidadãos e empresas em situação permanente de incerteza quanto aos seus direitos e deveres.

Nesse ambiente, precedentes judiciais deixavam de funcionar como referência confiável. Uma nova diretriz burocrática podia neutralizar interpretações estabelecidas pelos tribunais.

Para a maioria da Corte em *Loper Bright*, esse quadro justificava a superação definitiva da doutrina de Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.. Como concluiu Roberts, *"*Chevron *does not prevent judges from making policy. It prevents them from judging"*.

5.3. A "deferência automática" invade a esfera do Legislativo

Chevron criou um incentivo institucional à imprecisão legislativa. Diante da expectativa de que ambiguidades seriam posteriormente resolvidas pelas agências, o Congresso passou a aprovar leis propositalmente vagas em matérias politicamente sensíveis, com esperanças de que seu partido poderia posteriormente explorar essas imprecisões quando estiver na Casa Branca.

Nesses casos, mesmo a definição ampla e primária das políticas públicas acabava totalmente deslocada para burocracias administrativas. No seu voto vogal em *Loper Bright*, o *Justice* Gorsuch observou que esse arranjo permitia ao Legislativo evitar a tarefa de arbitrar conflitos sociais complexos, transferindo decisões substantivas para órgãos que não respondem diretamente ao eleitorado.[19]

O efeito institucional dessa dinâmica foi a gradual diluição do papel do Congresso como instância central de deliberação política. Em vez de estabelecer regras claras, o Legislativo produzia estatutos abertos cuja concretização ficava a cargo do Executivo.

A presunção central de *Chevron*, segundo a qual a ambiguidade legal indicaria intenção deliberada de delegar poder interpretativo, não corresponde ao funcionamento real do processo legislativo. Na sua *opinion*, o *Chief Justice* Roberts observa que ambiguidades legais frequentemente resultam de contingências ordinárias da atividade legislativa:

---

[19] Inclusive graças à doutrina correlata da independência das agências, atualmente também sob revisão. Cf. nota 4, *supra*.

> Presumptions have their place in statutory interpretation, but only to the extent that they approximate reality. *Chevron*'s presumption does not, because "[a]n ambiguity is simply not a delegation of law-interpreting power. *Chevron* confuses the two." As *Chevron* itself noted, ambiguities may result from an inability on the part of Congress to squarely answer the question at hand, or from a failure to even "consider the question" with the requisite precision. In neither case does an ambiguity necessarily reflect a congressional intent that an agency, as opposed to a court, resolve the resulting interpretive question. And many or perhaps most statutory ambiguities may be unintentional. As the Framers recognized, ambiguities will inevitably follow from "the complexity of objects... the imperfection of the human faculties," and the simple fact that "no language is so copious as to supply words and phrases for every complex idea." (citações internas omitidas)

Nessas circunstâncias, o silêncio da lei não expressa necessariamente uma decisão consciente de delegar autoridade normativa. Ao tratar qualquer indeterminação como delegação implícita, o Judiciário permitia que o Executivo redefinisse o alcance da lei sem mandato legislativo claro. Roberts qualificou essa presunção como uma ficção jurídica incompatível com a realidade do processo legislativo.

A superação desse entendimento retoma e consolida a *major questions doctrine*. Em matérias de grande relevância econômica ou política, a ausência de autorização clara é interpretada como limite ao poder administrativo, e não como espaço aberto para inovação regulatória.

Sob essa perspectiva, o Executivo não pode extrair poderes de grande alcance a partir de termos legais vagos ou de silêncio legislativo. Intervenções regulatórias de grande magnitude exigem autorização legislativa explícita.

O *Justice* Thomas observou que permitir que agências resolvam questões de grande importância por meio da interpretação de ambiguidades equivale, na prática, a tolerar o exercício de função legislativa pela administração. A indeterminação normativa, nesse quadro, delimita a fronteira da autoridade executiva.

A mudança introduzida por *Loper Bright* também produz efeitos institucionais sobre o próprio Congresso. Sem a garantia de que ambiguidades serão automaticamente preenchidas pelas agências, o Legislativo passa a enfrentar maior pressão para legislar com precisão.

O fim da deferência obrigatória remove um mecanismo que permitia a delegação implícita de decisões politicamente sensíveis. A responsabilidade pela definição das regras retorna, de forma mais direta, ao processo legislativo.

D'ANGELO (2025) sustenta que essa mudança tende a reduzir o ciclo de abdicação recíproca entre Congresso e Executivo. O restabelecimento do julgamento independente reforça o papel do Parlamento como instância primária de definição das normas que regem a vida social.

Nesse arranjo, as regras jurídicas voltam a depender mais diretamente de compromissos deliberativos formados no interior do processo legislativo, e menos de interpretações administrativas suscetíveis a mudanças de orientação política. É certo que alguma flexibilidade é inerente e desejável à atividade administrativa, mas isto não pode comprometer a necessária clareza e segurança jurídica da legislação.

5.4. A "deferência automática" remove os contrapesos à ação do Executivo

Chevron favoreceu a consolidação de uma estrutura administrativa concentradora de poderes. No voto divergente em *SEC v. Chenery Corp.* (1947), o *Justice* Robert H. Jackson descreveu essa configuração por meio da imagem do "Sultão" administrativo, que acumula, em uma mesma entidade, funções normativas, executivas e decisórias.

Essa convergência de competências, quando absolutizada sob o regime *Chevron*, torna ínfimo o alcance do controle judicial sobre a legalidade das decisões administrativas. O resultado é um modelo institucional em que a própria entidade reguladora participa simultaneamente da formulação da regra e garante, mediante "interpretação", sua validade.

Como fica claro pela leitura do voto de Roberts, não é o objetivo de *Loper Bright* eliminar as funções normativas e adjudicantes das agências, como propuseram certos teóricos mais puristas da separação de poderes[20]. O grande problema, em seu ver, é a insulação destas funções de qualquer controle de legalidade, que remove prevenções de arbitrariedade dos atores administrativos.

[20] Em sua formulação mais extremada, HAMBURGER, 2014.

Ao autorizar as agências a resolver ambiguidades estatutárias com força vinculante, o regime anterior aproximou competências legislativas, executivas e interpretativas dentro do mesmo aparato burocrático. Essa sobreposição institucional fragilizou a previsibilidade jurídica e reduziu os mecanismos tradicionais de contenção do poder administrativo.

Outro aspecto criticado diz respeito ao uso da *expertise* técnica como justificativa para escolhas de natureza essencialmente política. Sob a vigência de *Chevron*, decisões administrativas (ordinariamente) tinham *carte blanche* com base na suposta superioridade técnica das agências.

A *opinion of the Court* em *Loper Bright* rejeitou essa premissa. Ela observou que a presença de elementos técnicos não elimina a responsabilidade judicial de interpretar a lei, lembrando que muitos casos legais exigem que tribunais examinem *"the mass of technical detail that is the ordinary diet of the law"*.

Parte da crítica contemporânea identifica nesse fenômeno uma "falácia da expertise". Agências centralizadas podem privilegiar objetivos políticos do governo de turno, mesmo quando apresentam suas escolhas como decisões estritamente técnicas. A invocação da especialização administrativa passa então a funcionar como mecanismo de legitimação de preferências políticas.

Nessas condições, a interpretação jurídica deixa de seguir critérios estritamente cognitivos e aproxima-se de uma decisão discricionária – algo aceitável dentro da esfera do mérito administrativo, mas não das questões propriamente de direito. O processo interpretativo tende a refletir prioridades políticas do administrador em vez de uma reconstrução rigorosa do significado da lei.

A concentração de autoridade interpretativa também contribuiu para uma instabilidade recorrente no direito administrativo. Mudanças de orientação regulatória passaram a ocorrer com frequência a cada alternância de governo. A mesma lei podia receber interpretações opostas – todas consideradas "razoáveis" – dependendo da orientação política da administração em exercício.

Esse cenário entra em tensão com os princípios da moralidade interna do direito formulados por Lon L. FULLER (2022), sobretudo aqueles ligados à estabilidade e à clareza das normas. Para que a lei oriente a conduta social, seu conteúdo precisa apresentar um mínimo de previsibilidade.

A “deferência automática” às interpretações administrativas, deste modo, destrói a segurança jurídica e impede o cálculo prospectivo das consequências de seus atos pelos atores privados.

Sob *Loper Bright*, o Executivo permanece responsável por implementar políticas públicas e detalhar regimes regulatórios, e inclusive para normatizar e adjudicar, com direito a deferência quando prevista por lei. A determinação do sentido da mesma lei, contudo, volta a ser exercida sob controle judicial independente.

Nesse arranjo, o Judiciário reafirma sua função de determinar o alcance da delegação legislativa e de examinar a legalidade das decisões administrativas, visando um reequilíbrio na distribuição de competências entre os Poderes. A interpretação final das normas permanece sob responsabilidade das cortes. À administração, cabe executar políticas dentro das autorizações previstas pelo legislador.

6. A questão da deferência interpretativa e a jurisprudência brasileira sobre as agências reguladoras

O STF já teve, por algumas vezes, a oportunidade de se pronunciar sobre o tema da deferência às agências reguladoras.

Neste sentido, é digno de nota o acórdão do AgR no RE nº 1.083.955/DF, rel. Min. Luiz Fux (2019). Naquele caso, o particular buscava a reversão de uma decisão administrativa do CADE. Por sua completude, citamos aqui a sua ementa:

> AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
> 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.
> 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e

capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.
3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.
4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).
5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.
6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. [...]
7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., "Law and Administration after Chevron”. Columbia Law Review, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).
8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle *ex ante* (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle *ex post* (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework". In: KESSLER, Daniel P. (Org.), Regulation versus litigation: perspectives from economics and law, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13). [...]
10. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de

> agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).
> 11. As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que "é possível que o controle da "correção" de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de "aplicação da legislação", os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções" (JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155).
> 12. O Tribunal *a quo* reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF.
> 13. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.

Há algo digno de nota no caso: apesar de aludir a *Chevron* pela frequente repetição do termo "deferência" e pela citação do artigo de Cass R. Sustein "*Law and Administration after* Chevron", este caso em concreto *não se refere* à deferência interpretativa, ainda menos na modalidade específica prevista por *Chevron*.

Ao contrário, a competência do CADE para decidir sobre a existência de ilícito concorrencial é explícita na sua lei de regência (atualmente, Lei nº 12.529/2011, art. 9º, II), e essa determinação nada mais é do que um *fact finding* administrativo, um poder executivo pacificamente reconhecido até pelos juristas mais convictos do *minimalismo executivo*, como o *Justice* Gorsuch.

Mesmo pela jurisprudência pós-*Loper Bright* da SCOTUS, a enumeração explícita desta competência para o CADE é suficiente para estabelecer a legalidade da sua atuação. Não se trata, então, de deferência do Judiciário (pois o uso do termo "deferência" implica a possibilidade de decisão em outro sentido), mas de respeito obrigatório à competência exclusiva do Poder Executivo, chamada pela doutrina de "reserva de administração" (DE OLIVEIRA, 2026, p. 276).

Quantitativamente, a análise empírica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante os anos de 1996-2017 demonstra que o modelo brasileiro de controle das agências reguladoras converge para um padrão de "autocontenção prática" – quando não obstada pelas barreiras processuais, pois 97,2% dos recursos em casos envolvendo agências são inadmitidos por jurisprudência defensiva – quanto pelo acolhimento material das teses administrativas, que alcança 88,7% de êxito nas decisões de mérito (JORDÃO et al., 2020).

Contudo, o fato de as agências alcançarem uma grande taxa de êxito no STF não deve por si só levar à conclusão de que as cortes superiores adotam a metodologia de *Chevron*. Como adiantamos ao comentar o AgR no RE 1.083.955/DF, nem toda decisão favorável a uma agência implica deferência interpretativa, sobretudo a deferência de *Chevron*.

A metodologia usada pelo Min. Luiz Fux no seu voto condutor não foi a de partir da ambiguidade (real ou presumida) do texto legal para conceder à interpretação "razoável" da agência, mas de partir da atribuição clara de competência pelo texto legal e meramente respeitar esta atribuição.

Há um outro caso no STF em que o Tribunal, apesar de se referir a *Chevron*, aplica na prática um *standard* bastante diverso do paradigma americano. Na ADI 4.874/DF, rel.ª Min.ª Rosa Weber, que dizia respeito a norma da ANVISA que proibia a importação de produtos fumígenos com certos aditivos, a ementa enfatizou *Chevron* e o seu teste de deferência interpretativa a partir da ambiguidade:

> Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*).

Entretanto, a mesma ementa, no parágrafo imediatamente anterior, reconhece que a ANVISA possui autorização legal explícita e nominal para regular tais produtos – a saber, no art. 8º, § 1º, X, da Lei 9.782/1999[21]:

[21] Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: [...] X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígero, derivado ou não do tabaco;

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

Ora, se a lei atribui competência explícita à agência para *"regulamentar, controlar e fiscalizar"* estes produtos, não há qualquer espaço para a deferência *Chevron*, pois não há qualquer ambiguidade a ser dirimida. Se o teste *Chevron* tivesse sido aplicado, ele teria sido resolvido no passo um, pois o legislador tratou diretamente da questão. Não se cuida, aqui, de deferência interpretativa, mas apenas respeito à competência legal estritamente assinalada à agência.

Cumpre notar, por fim, que o caso foi decidido em empate (5x5) e portanto é desprovido de efeito vinculante para o controle concentrado.

Já no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o REsp 1.874.643/RJ, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Belizze, segue o mesmo padrão. O caso, que tratava de uma norma da ANATEL sobre telecomunicações, igualmente se refere à deferência administrativa, e o relator cita o parágrafo supracitado da Min.ª Rosa Weber que trata de *Chevron*.

Entretanto, assim como no acórdão da Min.ª Rosa Weber, também aqui a ementa reconhece que há uma norma específica e explícita atribuindo competência à agência: "***5.*** *Atribuição da ANATEL para expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (Lei 9.472/1997, art. 19, inciso X)*"[22].

Como nos demais casos até agora comentados, embora a "embalagem" seja a de *Chevron*, não é esse o padrão efetivamente adotado, pois em momento algum o Tribunal defere à agência *em razão de uma ambiguidade*.

Há de se lembrar, ainda, que a Constituição de 1988 não adotou uma estrutura tradicional de separação de poderes, mas instituiu, também, certos órgãos de controle que escapam da tripartição usual, como o Ministério Público e os Tribunais

[22] Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

de Contas. Pode ocorrer, portanto (e efetivamente já ocorreu), que estes órgãos entrem em conflito com as decisões das agências.

Estes casos representam um teste precioso de metodologia, pois, uma vez que os dois entes em conflito podem razoavelmente afirmar que são órgãos técnicos e independentes, os argumentos da *expertise* e independência por si sós perdem força – só o que resta, ao Judiciário, é recorrer ao que dizem as normas de regência de cada órgão.

Foi o que aconteceu no MS nº 40.078/DF, rel. Min. Dias Toffoli, em que o Tribunal de Contas da União (TCU) invalidou uma norma da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ) tratando de regulação portuária. Naquela ocasião, a agência impetrou mandado de segurança perante o STF, pedindo a anulação da decisão da corte de contas.

Sem adentrar nas minúcias do caso, é interessante a metodologia exposta pelo Tribunal:

> EMENTA: Direito administrativo e outras matérias de direito público. Terceiro agravo regimental em mandado de segurança. Resolução ANTAQ nº 72/22. Serviço de Segregação e Entrega (SSE ou TCH-2). Acórdão nº 1.825/2024-TCU-Plenário. **Indevido avanço em escolha para problema regulatório que o legislador conferiu à ANTAQ**.
> I. Caso em exame
> 1. Agravo regimental contra decisão em que foi concedida a segurança para se anular o ato coator (Acórdão nº 1.825/2024-TCU-Plenário), e, por extensão, a deliberação do TCU, restabelecendo-se a plena eficácia da Resolução ANTAQ nº 72/22.
> II. Questão em discussão
> 2. A questão em discussão consiste em saber se foi legítima a atuação do TCU ao, por meio acórdão impugnado, manter decisão em que i) se determinou que a ANTAQ anulasse todos os dispositivos da Resolução ANTAQ nº 72/22 que dissessem respeito ao serviço de segregação e entrega de contêineres (SSE) e ii) se suspenderam, cautelarmente, os efeitos dos referidos dispositivos.
> III. Razões de decidir
> 3. O TCU, ao vedar a possibilidade da cobrança do SSE, **adentrou indevidamente, embora sob pretexto de atuação dentro de suas competências institucionais, em escolha para problema regulatório que o legislador conferiu à ANTAQ**.
> 4. No contexto das agências reguladoras, “a fiscalização do Tribunal [TCU] deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objetivo a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, sua fiscalização não de versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado” (Min. Benjamin Zymler, Acórdão nº 1.703/2004-TCU-Plenário).

> IV. Dispositivo e tese
> 5. Agravo regimental não provido. (destacamos)

O voto do Min. Relator ainda recapitulou muito do que a jurisprudência da Corte já produziu sobre as agências reguladoras, expondo quais os *standards* para a revisão judicial de suas ações:

> A questão se conecta, como sustentou o impetrante, com o princípio da separação dos poderes e a ideia da deferência às opções realizadas pela Administração Pública no exercício do papel regulador. O Supremo Tribunal Federal já adentrou nessa temática algumas vezes.
> Assim, por exemplo, o Ministro **Luiz Lux** [*sic*], no MS nº 36.253/DF-AgR, destacou a relevância de a própria Corte "não se transformar (...) em revisor geral de toda atividade administrativa, regulatória e fiscalizadora dos órgãos técnico-especializados para tanto, sobretudo os com assento constitucional". É claro que a deferência não é absoluta, como bem disse Sua Excelência.
> Costumeiramente, a Corte, ao ser deferente, procura avaliar a razoabilidade da regulação questionada e se a agência que a editou tem a capacidade institucional/epistêmica adequada. Nesse contexto, o Tribunal, a depender do caso concreto, pondera as competências conferidas a ela para tratar de assuntos técnicos; sua experiência histórica; a qualidade dos procedimentos utilizados para tomada da escolha quanto ao problema regulatório, que podem até contar com a participação da população ou de interessados; a **expertise** de seus profissionais ou colaboradores etc. **Vide**, nesse sentido: Tema nº 500, RE nº 657.718, e ADI nº 5.779/DF. Corrobora esse entendimento a ADI nº 6.148/DF. (grifos nossos, destaques em negrito no original)

O *standard* delineado no acórdão **não é o de *Chevron*, mas o de *Skidmore***, em que a interpretação da agência tem peso persuasivo, mas não determinante, e a deferência depende de sua *"capacidade institucional/epistêmica"* e da competência atribuída pelo texto legal para resolver o problema regulatório.

Mesmo os precedentes citados pelo Min. Dias Toffoli como corroborantes da sua visão, por vezes, chegam a ir além do padrão de *Skidmore*. O Tema nº 500 da Repercussão Geral, por exemplo, estabeleceu uma tese de julgamento que permite ao Judiciário obrigar o Poder Público a conceder medicamentos não registrados na ANVISA, desde que o medicamento seja registrado em agências do exterior e haja mora injustificada na sua apreciação no Brasil – tese que, em nosso sentir, extrapola as competências do Judiciário e se imiscui indevidamente no âmbito regulatório.

Portanto, apesar de, na prática, as agências serem vencedoras da ampla maioria dos julgamentos de mérito no STF, esta porcentagem não implica, por si só, a adoção de um *standard* de deferência interpretativa. As decisões da Corte, apesar de por vezes aludirem a *Chevron*, estão mais próximas do padrão de *Skidmore v. Swift & Co.*, mantido pela SCOTUS após *Loper Bright*.

7. Conclusões

Eduardo JORDÃO (2016) faz uma interessante analogia entre o controle judicial da administração pública e a moda: os *standards* de controle, no seu aspecto procedimental, oscilam entre modelos *prêt-à-porter* e *haute couture*, sempre havendo um *trade-off* entre estas duas escolhas – ou seja, os ganhos em um aspecto são compensados pelas perdas no aspecto oposto.

Os modelos *prêt-à-porter* são caracterizados por serem facilmente escaláveis, previsíveis e exigirem pouco esforço institucional do Judiciário, à custa de abrirem mais espaço para erros e abusos de poder. Eles respondem ao primeiro "chifre" do dilema da deferência: a falta de confiança do Judiciário em decidir, por si só, questões que exigem grande conhecimento técnico (VERMEULE, 2023a).

Um *standard* de *haute couture*, por sua vez, é mais adaptável ao caso concreto e leva em consideração mais fatores, mas exige mais custos institucionais, e tem a desvantagem de ser menos previsível. Estes se aproximam do segundo "chifre" do dilema, que é a necessidade de uma revisão judicial efetiva e independente para que se mantenha a legitimidade do ordenamento jurídico (ibid.).

Nesse cenário, *Chevron* operou como um modelo nitidamente *prêt-à-porter*: uma solução hermenêutica simplificada, de baixo custo operacional e alta reprodutibilidade. Ao eleger a ambiguidade legislativa como um gatilho automático para a deferência, a SCOTUS buscou oferecer um atalho procedimental que pouparia os tribunais do ônus de realizar análises institucionais complexas a cada caso.

Todavia, essa busca pela simplicidade operacional provou ser uma "simplicidade enganosa", pois, sob o manto da identificação mecânica de lacunas, os tribunais continuaram a exercer ponderações substantivas de forma pouco transparente, desenvolvendo uma série de regras e pré-condições complexas para evitar abusos administrativos.

Ao fim e ao cabo, o modelo *Chevron* havia se tornado inviável, concentrando, de algum modo, os aspectos negativos de cada *standard*: não havia nem adequação ao caso concreto, na maioria das vezes, nem previsibilidade, pois a SCOTUS passou anos sem conceder nenhuma vitória às agências por *Chevron*.

A deferência interpretativa distorceu os incentivos da separação de poderes, usurpando do Judiciário a sua função própria, incentivando a ambiguidade legislativa, e removendo os contrapesos tradicionais à ação do Executivo, severamente enfraquecendo a possibilidade real de remediar abusos regulatórios.

Loper Bright foi uma tentativa ponderada de resgatar as vantagens de um modelo *haute couture*, sem abandonar de todo a praticidade de conceder casos técnicos difíceis às agências, quando a interpretação adequada da lei assim o recomenda.

Além disso, a *Opinion of the Court* corretamente adotou uma postura cognitivista sobre a interpretação jurídica, negando uma redução do direito à mera escolha política do Soberano. Para a Corte, ninguém se exime de seguir a lei e buscar, tanto quanto possível, a sua interpretação mais correta, ainda que esta venha a conceder discricionariedade à agência.

A grande mudança de *Loper Bright*, neste sentido, foi metodológica: primeiro, parte-se da lei e do seu sentido mais adequado, e apenas depois considera-se a discricionariedade da agência. *Chevron*, ao contrário, era "*a rule in search of justification*", como disse o *Chief Justice* Roberts, que concedia autoridade pela ambiguidade, e não pela clareza.

O Brasil, na medida em que reconhece a inafastabilidade da jurisdição, tampouco pode adotar um modelo de revisão no qual uma das partes do processo tenha *a priori* vitória garantida contra outra, e a separação de poderes não permite que o Judiciário abdique do núcleo de sua função, que é a interpretação do Direito.

Que o Judiciário apenas "pare no meio do caminho", ao interpretar o texto legal, seria equivalente, na prática, a uma situação de *non liquet*. Se jamais é dado ao juiz apelar à lacuna para eximir-se de determinar o Direito, não há motivo razoável para que as agências reguladoras derroguem este princípio.

Isto já é reconhecido, na prática, pelo Supremo Tribunal Federal, que jamais elaborou uma regra geral de "deferência automática" como a SCOTUS, mas afirma que a deferência às agências reguladoras é condicionada à sua capacidade

de persuasão e à sua *expertise* no caso concreto, sempre partindo, em sua análise, das competências que a lei atribui à agência.

Nossa pesquisa nos leva a concluir, portanto, que a deferência interpretativa, nos moldes de *Chevron*, viola a separação de poderes, e é incompatível com a garantia da inafastabilidade da jurisdição, equivalendo, na prática, a uma situação de *non liquet* vedada pelo ordenamento jurídico.

Em um Estado de Direito, nem César está acima da gramática.

Bibliografia

ADLER, Jonathan H. Should Chevron be reconsidered? A federal judge thinks so. Washington/DC: **The Washington Post**. 24 ago. 2016. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2016/08/24/should-chevron-be-reconsidered-a-federal-judge-thinks-so. Acesso em: 22 fev. 2026.

ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar e Liberdade. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, ano 17, n. 66, p. 45-74, abr./jun. 1980.

BARNET, Kent e VINSON, Lindsay. Chevron abroad. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame/IN, vol. 96, p. 621-676, 2020.

BISKUPIC, Joan. **American Original: The Life and Constitution of Supreme Court Justice Antonin Scalia.** New York/NY: Farrar, Straus And Giroux, 2009.

CASEY, Conor. What Pleases the Prince is Peace and Justice. **The New Digest**. 15 ago. 2023. Disponível em: https://thenewdigest.substack.com/p/what-pleases-the-prince-is-peace. Acesso em: 23 fev. 2026.

CUSPINIANUS, Johannes. **De Caesaribus atque Imperatoribus Romanis.** Munique: sem editora, 1561. E-book. Disponível em: https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb10143381?page=535. Acesso em: 23 fev. 2026.

D'ANGELO, Joseph A. Chevron solutions: restoring the separation of powers in a post-Chevron landscape. **University of Florida Journal of Law & Public Policy**, Gainesville/FL, vol. 35, 2025. Disponível em: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4875162. Acesso em: 18 fev. 2025.

DE OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2026.

DRAGU, Tiberiu, e BOARD, Oliver. On Judicial Review in a Separation of Powers System. **Political Science Research and Methods**, v. 3, n. 3, p. 473–492, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo/SP, n. 21, p. 12-21, 1994.

FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. **O Estado Tecnocrático.** 1. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1973.

HAMBURGER, Philip. **Is Administrative Law Unlawful?** Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

JOSEPH, Miriam. **O Trivium.** São Paulo/SP: É Realizações, 2008.

JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 14, n. 52, p. 9-43, 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; REIS, Vinícius Cardoso; CABRAL JR., Renato Toledo. O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 122–155, 2020.

KAGAN, Elena. **The 2015 Scalia Lecture | A Dialogue with Justice Elena Kagan on the Reading of Statutes**. Harvard Law School. Disponível em: https://youtu.be/dpEtszFT0Tg. Acesso em: 03 mar. 2026.

LANDIS, James M. **The Administrative Process.** 7. ed. New Haven/CT: Yale University Press, 1966.

LEVEY, Curt A. e BODEN, Anastasia P. **Brief of the Cato Institute and Committee for Justice as amici curiae in support of petitioners**. Supreme Court of the United States, 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/22/22-451/272593/20230721134917751_Loper%20Bright_Final.pdf. Acesso em: 26 jun. 2025.

LEXIKON EDITORA DIGITAL. Dicionário Online - Dicionário Caldas Aulete - Significado de deferência. Disponível em: https://www.aulete.com.br/defer%C3%AAncia. Acesso em: 17 fev. 2026.

MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. A Propósito de Leis Interpretativas, de Validade e Vigência, de Aplicação ao Passado e de Prazos em Curso. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 18, p. 11–22, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

O'CONNOR, Sandra Day. Reflections on Preclusion of Judicial Review in England and the United States. **William and Mary Law Review**, v. 27, n. 4, p. 643, 1986.

PARDO, José Esteve. Loper Bright: una conmoción que se veía venir. **Cuadernos de Derecho Regulatorio**, Madrid, vol. 2, 2024.

PESTRITTO, Ronald J. The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government. **Heritage Foundation**, 2007.

PIERCE JR, Richard J. Justice Scalia's Unparalleled Contributions to Administrative Law. **Minnesota Law Review. Headnotes**, v. 101, p. 66, 2016.

SCALIA, Antonin. Foreword: The Importance of Structure in Constitutional Interpretation. **Notre Dame Law Review**, vol. 83, p. 1417-1420, 2008.

SCALIA, Antonin e GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts.** St. Paul/MN: Thomson/West, 2012.

SCHILLER, R. The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law. **Michigan Law Review**, v. 106, n. 3, p. 399–441, 2007.

SCHMITT, Carl. **Legality and Legitimacy.** Durham: Duke University Press, 2004.

SCHMITT, Carl. **Römischer Katholizismus und politische Form.** 2. ed. Stuttgart: Klett-Cotta, 2002.

SCHMITT, Carl. Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus (1932). In: **Positionen und Begriffe.** Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1940, p. 162-180.

SHEPHERD, George. The Administrative Procedure Act, Its Legislative History, and Courts' Deference to Agencies' Legal Interpretations. Washington D.C.: **House of Representatives**, 2016.

STEEL, Ronald. **Walter Lippmann and the American Century.** 2. ed. Piscataway: Transaction Publishers, 1999.

STRAUSS, Peter L. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. **Columbia Law Review**, v. 84, n. 3, p. 573-669, 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. **Virginia Law Review**, v. 92, p. 187, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron as Law. **Georgetown Law Journal**, v. 107, issue 6, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Our Marbury: Loper Bright and the Administrative State. **Duke Law Journal**, v. 74, issue 8, 2025.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. The Morality of Administrative Law. **Harvard Law Review**, v. 131, issue 7, p. 1924-1978, 2018.

VERMEULE, Adrian. The Deference Dilemma. **Harvard Public Law Working Paper**, 2023a.

VERMEULE, Adrian. The Original Scalia. **Harvard Journal of Law & Public Policy: Per Curiam**, 2023b.

VERMEULE, Adrian. The Old Regime and the Loper Bright Revolution. **Harvard Public Law Working Paper**, 25-02, 12 dez. 2024. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5049347. Acesso em: 20 mar. 2026.

VERMEULE, Adrian. *What Is "The Unitary Executive"?* **The New Digest**, 2025.

VERMEULE, Adrian e SUNSTEIN, Cass R. **Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State.** Cambridge/MA: Harvard University Press, 2020.