



Doutrina Chevron, litigância regulatória e processo estrutural

03/09/2024

Toda ciência avança superando seus mitos. Um mito que subsistiu por muito tempo entre juristas, e que já está relativamente superado hoje, é o de que o Poder Judiciário não cria direito [1]. Há um outro mito que também parece se encaminhar com cada vez mais evidência à superação: o de que o Poder Judiciário não regula.

O simples fato de enunciar essa assertiva poderia causar repulsa a juristas da escola tradicional do Direito Administrativo, defensora de uma divisão mais rigorosa entre a função regulatória, que, para eles, seria exclusiva aos Poderes Legislativo e Executivo; e a função jurisdicional do Estado, por sua vez, exclusiva do Poder Judiciário. Ou seja, para a escola tradicionalista, a postura mais adequada do juiz, em observância ao princípio da separação dos Poderes, seria a de prestar deferência à interpretação atribuída pelos órgãos reguladores.

A teoria da deferência que inspirou essa escola de pensamento no Brasil é originalmente concebida pelo Direito norte-americano, em especial a partir do julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* [2], um precedente construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984 que se tornou um verdadeiro baluarte do Direito Administrativo, até cair por terra em meados deste ano.

Ao julgar o caso *Loper Bright Enterprises et Al v. Raimondo Secretary of Commerce et Al*, em 28 de junho de 2024, os ministros norte-americanos decidiram pela reversão do posicionamento anterior que atribuía às cortes o dever de deferência às decisões das agências reguladoras sempre que estas envolvessem algum tipo de interpretação normativa nos casos de ambiguidade. Um dos embasamentos legais para tal reversão, conforme expôs o ministro Roberts, foi a Seção 706 do *Administrative Procedure Act*, que haveria originalmente atribuído ao Poder Judiciário — e não às agências reguladoras — a competência decisória sobre questões de direito [3].

Fortalecimento da função regulatória do Poder Judiciário

De fato, as discussões originalmente travadas no caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984) envolviam um acalorado debate sobre as limitações técnicas dos magistrados ao decidirem questões pertinentes à regulação setorial. No Brasil, o que ficou conhecido como “a doutrina *Chevron*” chegou a subsidiar decisões judiciais que reconheceram esse dever de deferência [4], em que pese as especificidades jurídico-constitucionais do ordenamento brasileiro – inclusive em relação ao arcabouço normativo que rege a figura das agências reguladoras no país [5].

Com a reversão deste julgado, os mesmos administrativistas que reverberavam a teoria da deferência como baluarte da doutrina pátria, por sua vez, passam a especular sobre a teia de incertezas e os novos rumos que passam a ser ventilados em relação à matéria no Brasil [6].

A nosso ver, a recente decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Loper Bright* vem ao encontro de um movimento que já tem sido percebido no Brasil, isto é, o fortalecimento da *função regulatória do Poder Judiciário*. Ora, o que o julgado admite, em alto e bom som, é que o Poder Judiciário pode sim exercer uma função regulatória, e que a suposta limitação da capacidade técnico-institucional que as cortes podem possuir ao lidar com certas matérias não retira delas essa função que o Direito sempre lhes atribuiu — até porque, atualmente, existem mecanismos que podem permitir a superação episódica desse *déficit*, como a figura do *amicus curiae regulatório* e das audiências públicas [7].

Litigância regulatória

É dizer, o aparato existente para materializar o poder-dever do Estado de regular o mercado por meio da atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo não exclui o papel exercido pelo Poder Judiciário nesse campo; parece apenas acentuar que sua função apresenta, em regra, uma natureza residual em relação àquela exercida pelos órgãos reguladores tradicionais. Por outro lado, negá-la, como se fosse sempre indesejável ou contrária ao direito, já nos parece pouco sensato.

Essa função — ainda pouco explorada — do Poder Judiciário evidencia-se no que temos denominado de *litigância regulatória* [8]. O termo não é nosso; decorre da tradução literal daquilo que a doutrina norte-americana chamou de *regulatory litigation*: o ato de regular a economia por meio dos litígios judiciais (*regulation through litigation*).

Em recentes trabalhos, temos realizado um esforço de tentar compreender, sob a ótica do Direito brasileiro, em que consiste, e como opera, esse tipo de litígios [9]. Sustentamos que a litigância regulatória pode ser *individual, coletiva e constitucional* [10].

No primeiro caso, cite-se a decisão do STJ que reconheceu ser taxativo, em regra, o rol da ANS, fixando condições que deverão balizar o custeio excepcional dos procedimentos. O caso era, na origem, uma ação individual condenatória de um paciente que teve a cobertura de procedimentos negada pelo plano de saúde.

No caso da litigância regulatória coletiva, por sua vez, tem-se como exemplo a ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a ANS, questionando normas de resolução que estabeleciam limitações de cobertura de procedimentos a pacientes portadores de TEA (Transtorno do Espectro Autista), que culminou em revisão da regulamentação da matéria pela agência [11].



Finalmente, quanto à litigância regulatória constitucional, cite-se o exemplo do recente julgamento do RE 635.639/SP (Tema 506 de repercussão geral), envolvendo a tipicidade do porte da substância *cannabis* sativa para uso pessoal. Nesta oportunidade, a Suprema Corte regulou a quantidade de droga que irá balizar a aplicação do entendimento até que o Parlamento decida por outro critério, ao estabelecer que “será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis* sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso venha a legislar a respeito”.

Processo estrutural

Para além desta taxonomia, contudo, tem-se ainda o caso dos processos estruturais. Considerando a intensa controvérsia doutrinária sobre a abrangência conceitual dessa categoria, pergunta-se: os processos estruturais poderiam ser entendidos como uma espécie do gênero litigância regulatória ou constituem uma categoria autônoma que justifique uma estrutura conceitual isolada daquela?

A nosso ver, o processo estrutural constitui, em regra, uma *espécie* de litígio regulatório. Parte expressiva dos efeitos desses litígios se confunde com aqueles mesmos que decorrem da chamada litigância regulatória. No entanto, há processos estruturais específicos que, de fato, justificam a autonomia da categoria. Explicamos.

Litigância regulatória é um gênero de litígios administrativos ou judiciais. Ela pode ser de natureza pública ou privada. A litigância regulatória pública gera inovações regulatórias na prestação de serviços públicos; a privada, na prestação de atividades econômicas submetidas ao princípio da livre iniciativa (privadas *stricto sensu*).

A teoria econômica ensina que o livre funcionamento do mecanismo de mercado gera um ótimo social de Pareto, uma situação em que nenhuma das partes pode melhorar sem que a outra parte venha a ser prejudicada, o que é traduzido como o Primeiro Teorema do Bem-estar. O ótimo social de Pareto, no entanto, possui premissas ilusórias, como a ausência de poder de mercado, a noção de que existiria uma distribuição de informações simétrica entre os agentes e a de que externalidades positivas ou negativas simplesmente não existiriam.

A motivação do Estado em regular, por sua vez, decorre exatamente da queda destas premissas, momento em que aparecem as chamadas *falhas de mercado* ou *falhas regulatórias* – o que nos demonstra que o mecanismo de mercado seria incapaz de levar a economia ao ponto ótimo de Pareto de forma isolada.

Tanto os serviços públicos quanto as atividades econômicas *stricto sensu* podem apresentar falhas que justifiquem a intervenção regulatória do Estado. Esta, no entanto, pode ocorrer não apenas por meio da atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário. Se as externalidades negativas eventualmente decorrerem de uma *falha na regulação de uma atividade privada*, é possível se utilizar da via dos litígios judiciais como um instrumento de correção desses efeitos. Nesse caso, os litígios podem resultar em inovações regulatórias no âmbito do exercício de atividades privadas *stricto sensu*. Este é o campo da

litigância regulatória privada.

Do mesmo modo, se as externalidades negativas eventualmente decorrerem de *falhas na regulação de um serviço público*, também é possível, e muito comum, que surjam litígios com o objetivo de corrigi-las. Estes se inserem no campo da litigância regulatória pública, aquela que objetiva gerar inovações regulatórias no âmbito da prestação de serviços públicos, sejam eles exercidos por órgãos e entidades públicas ou por empresas privadas concessionárias ou permissionárias do serviço.

A litigância regulatória privada compreende aquelas inovações regulatórias impostas sobre a atividade exercida por agentes econômicos submetidos à livre iniciativa, seja como consequência de uma ordem judicial declaratória, constitutiva, mandamental ou condenatória, seja como resultado de um acordo [12].

A litigância regulatória pública, por sua vez, compreende aquelas inovações regulatórias impostas sobre a prestação de serviços públicos, seja como consequência de uma ordem judicial declaratória, constitutiva, mandamental ou condenatória, seja como resultado de um acordo. Essas consequências regulatórias podem ser obtidas por caminhos variados: por meio de ações em que se postule a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo de conteúdo regulatório, ações que requeiram seja um Estado compelido a cumprir um dever ou que se abstenha de uma prática que afete o mercado, ou que supra eventual lacuna regulatória, entre outros. Seus veículos mais comuns são a tutela coletiva e o processo constitucional.

Onde, afinal, entram os processos estruturais?

A maior parte dos chamados processos estruturais são, na verdade, litígios regulatórios e integram, como espécie, a litigância regulatória *pública*.

Esses casos possuem em comum a característica de o demandante pleitear, pela via judicial, a correção de uma externalidade decorrente da falha na regulação de um serviço público. Tome-se o exemplo de uma demanda visando incluir no currículo escolar público disciplinas relacionadas à história dos povos africanos e indígenas, que constitui um dos exemplos de processo estrutural citado pela doutrina [13].

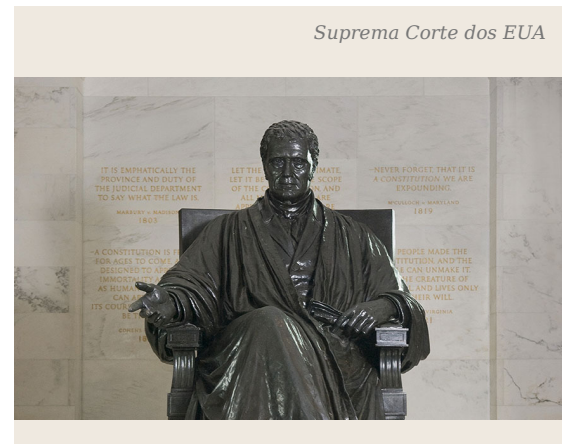
Observe-se que providência postulada nos casos mencionados poderia ser adotada diretamente pela própria administração pública, mas esta, por alguma razão — de ordem técnica, política, financeira ou cognitiva — deixou de fazê-lo, provocando, com sua inércia ou o erro, a demanda judicial.

Além disso, note-se que o acolhimento do pedido em uma única demanda (ex.: inclusão de uma disciplina no currículo escolar da rede pública) inevitavelmente implicará na modificação do serviço para todos os alunos, sem que ninguém tenha ingressado com outra demanda postulando igual providência. Essa modificação geral, via disputa judicial, de algum aspecto do exercício de alguma atividade econômica ou serviço público é precisamente o que qualifica estes processos como regulatórios [14].

Medidas estruturantes

Poder-se-ia dizer que os processos estruturais possuem, como característica peculiar, as medidas estruturantes. Mas, em geral, tais medidas nada mais são do que providências concretas destinadas a assegurar a efetividade da ordem principal.

Tome-se os exemplos da disponibilização de um alojamento provisório para detentos enquanto não finalizada a reforma da prisão [15], da contratação excepcional de professores da rede privada para lecionar as disciplinas de história dos povos africanos e indígenas, enquanto não for realizado concurso para preencher as vagas ou da determinação de limpeza imediata de reservatórios contaminados por *aedes aegypti* em certa região. Essas medidas, chamadas estruturantes, são, na verdade, medidas acessórias, que se prendem ao cumprimento da ordem judicial que regulou a forma como deverão ser prestados os serviços penitenciários, o de educação e o de saúde.



De modo geral, parte expressiva daquilo que se denomina por processos estruturais consiste, na verdade, em casos de litigância regulatória pública, que, por sua vez, pode ser caracterizada como “*simples*”, quando, para a implementação da ordem, basta uma única decisão de natureza declaratória, constitutiva, mandamental ou condenatória; ou “*complexa*”, quando sua implementação exige a prática de uma série de outras decisões acessórias.

Por outro lado, os processos coletivos que trataram da reparação de danos em desastres ambientais de grande monta constituem exemplos típicos e autênticos de processos estruturais: aqueles em que a reparação do dano exige uma verdadeira atividade de reestruturação da realidade que haja sido lesada. Um dano ambiental do porte dos eventos em Mariana e Brumadinho causam verdadeira *desestruturação* da realidade socioeconômica e ambiental das regiões por eles atingidas – o que não existe, por exemplo, nos casos acima citados de litigância regulatória pública. A autonomia da categoria “processo estrutural” justifica-se em função desse tipo de litígio, que apresenta uma natureza eminentemente reparatória [16], e não regulatória.

Conclusão

Assim, a maior parte dos processos estruturais — *aqueles que objetivam a correção de externalidades decorrentes de falhas na regulação de serviços públicos* — são casos de litigância regulatória pública simples ou complexa [17].

A outra parte dos processos estruturais — *aqueles que objetivam a reparação de danos catastróficos, em que a fase executória é marcada por um papel gerencial do juiz* — esses, sim, justificam a autonomia da categoria. De fato, o debate segue em aberto. A superação de *Chevron* descortina uma nova etapa de conformação do Estado Regulatório.

Devemos seguir nosso próprio caminho, como não poderia ser diferente, mas parece irreversível, no tempo, a superação do mito de que o Poder Judiciário não regula. Já não há



espaço para negar a realidade que força seu caminho. É mais prudente compreendê-la para que possamos aperfeiçoá-la.

[1] [1] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário. 7 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 116.

[2] EUA. Supreme Court of the United States. **Chevron U.S.A., Inv. V. Natural Resources Defense Council**, 467 U.S. 837. Argued Feb 29, 1984. Decided June 25, 1984. Disponível em: https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2024/09/21-86_l5gm.pdf. Acesso em 26 ago. 2024.

[3] EUA. Supreme Court of the United States. **Loper Bright Enterprises et Al v. Raimondo Secretary of Commerce Et Al**. 22-451, Argued Jan 17, 2024. Decided June 28, 2024. Disponível em: https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2024/07/22-451_7m58.pdf. Acesso em 26 ago. 2024.

[4] No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o levantamento empírico realizado por Jordão, Reis e Cabral Júnior (2020), entre os anos de 2010 e 2018, concluiu pela existência de uma postura deferente da Corte em cerca de 88,7% dos casos em que ela admitiu os Recursos Extraordinários e chegou a enfrentar o mérito de controvérsias que envolviam a constitucionalidade da decisão administrativa das agências reguladoras.

[5] Como pontuaram Guerra e Salinas (2019, p. 229-230) ao discutir as limitações no transplante do modelo de agências reguladoras norte-americanas à realidade brasileira, as influências francesas do Direito Administrativo pátrio pautaram a figura das nossas agências reguladoras pela lógica do Poder Executivo Unitário, contrariando a ideia de autarquias não subordinadas com sua vinculação ao chefe do Poder Executivo. In GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha. Lei das Agências Reguladoras: avanços e limites dos seus mecanismos de participação decisória. Disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019>>.

[6] MAQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo. Overruling do precedente Chevron inaugura novo e incerto tempo do Judiciário. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jul-06/overruling-do-precedente-chevron-inaugura-novo-e-incerto-tempo-de-atuacao-administrativa-do-judiciario/>>

[7] SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Litigância regulatória: como as ações coletivas podem regulam a economia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025 – no prelo

[8] SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Litigância regulatória... Op. Cit. – no prelo.

[9] Cita-se, por exemplo, o artigo publicado pela **ConJur** este ano, tratando sobre a litigância regulatória no âmbito da ADPF 1.106. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-25/litigancia-regulatoria-antitruste-abre-2024-com-a-adpf-1-106/>. Acesso em 26 ago. 2024.

[10] SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Litigância regulatória... Op. Cit. – no prelo.

[11] Frise-se que este litígio foi fundamental para pressionar a agência a rever a regulamentação da matéria, culminando na edição da Resolução no 465/2021 da ANS, que proíbe as operadoras de plano de saúde negarem cobertura para qualquer método ou técnica indicado pelo médico assistente de pessoa portadora de TEA, além de as proibir de estabelecer, para esses pacientes, quaisquer limites, para fins de custeio, de sessões com fonoaudiólogos, psicólogos, terapeutas ocupacionais e fisioterapeutas.

[12] SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Litigância regulatória... Op. Cit. – no prelo.

[13] Apenas para ilustrar, os casos citados por Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira como exemplos de processos estruturais[13], à exceção da recuperação judicial, são casos de litigância regulatória pública: i) demanda visando a concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, por meio de um plano de adequação de acessibilidade das vias e logradouros públicos; ii) demanda visando estabelecer impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo condutas às autoridades municipais; iii) demanda visando incluir no currículo escolar público disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos e indígenas; iv) demanda visando resguardar a dignidade e integridade da população carcerária, postulando a adequação dos presídios em essas pessoas estejam encarceradas.

[14] SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Litigância regulatória... Op. Cit. – no prelo.

[15] Exemplo de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria.

[16] É, de fato, inovador o método de execução de sentença que se mostrou necessário para dar cumprimento à decisão. Mas deve-se observar que os processos movidos nos casos de Mariana e Brumadinho têm índole meramente reparatória e, embora possam ser qualificados de estruturais por demandarem, como nenhum outro, uma ampla reestruturação da realidade socioeconômica e ambiental, não são regulatórios, pois objetivam precipuamente a reparação de um dano. Em tais casos, o Poder Judiciário, a nosso ver, não está atuando de maneira regulatória, mas exercendo atividade *tipicamente jurisdicional*, garantindo acesso à Justiça e reparando os danos sofridos pela coletividade. O passado não se regula, se repara. O fato de atuar de maneira gerencial na execução da sentença, supervisionando sua implementação tal qual uma agência reguladora supervisiona o aporte de investimentos por uma concessionária para a operação de uma infraestrutura, não transmuta o processo reparatório em um processo regulatório. A inovação do método executório ainda se prende à natureza reparatória da decisão, mostrando que a reparação do dano, em certos casos, pode ser extremamente complexa, exigindo a estruturação de um programa de grande escala para sua concretização.

[17] Não ignoramos a posição doutrinária de que os processos estruturais podem visar a mudança de comportamento de estruturas integralmente privadas. Poder-se-ia, nessa linha, formular a objeção de que a classificação sugerida não abarcaria toda a gama de litígios estruturais, pois deixaria de fora os processos que envolvem estruturas privadas. Entendemos, todavia, que tais tipos de processos migram para o outro polo da classificação, ingressando no campo da litigância regulatória *privada*, que também pode ser simples ou complexa.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-set-03/doutrina-chevron-litigancia-regulatoria-e-processo-estrutural/>