Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica*

Chevron Doctrine in Brazil: an alternative to legal uncertainty

Andre Bueno da Silveira**

RESUMO:

Analisa-se neste artigo a possibilidade de se utilizar a Doutrina Chevron como alternativa para o atual problema de insegurança jurídica no direito administrativo no Brasil. Inicia-se o artigo com a evolução do controle judicial sobre o mérito do ato administrativo. Em seguida, aborda-se o problema central da análise: a crise de insegurança jurídica decorrente da amplificação da legalidade, particularmente sentida quando o Poder Judiciário revê decisões proferidas após o devido processo administrativo. Em seguida, passa-se à apresentação de uma proposta de solução com base no direito comparado: a utilização da Doutrina Chevron. Faz-se uma ponderação sobre a necessidade de fortalecimento das instituições

* Artigo recebido em 12 de fevereiro de 2016 e aprovado em 21 de julho de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v276.2017.72994>.

** Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: andrebsilveira@hotmail.com. Procurador da República. Doutorando em teoria geral do direito pela Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco). Mestrado (LLM) em direito pela Universidade de Toronto (Canadá). Especialização e orientador pedagógico de cursos de análise econômica do direito e teoria dos jogos na Escola Superior do Ministério Público da União. Graduação em direito pela Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco — Prêmio “Melhor Tese de Láurea 2004 do DIN-FDUSP”).

no Brasil como condição para a adoção da Doutrina Chevron. Conclui-se que essa doutrina pode ser uma solução interessante a longo prazo para o problema da insegurança jurídica no Brasil.

Palavras-chave:

Doutrina Chevron — direito administrativo — insegurança jurídica

ABSTRACT:

In this article I assess the possibility of using the *Chevron* doctrine as an alternative to the current problem of legal uncertainty in the administrative law in Brazil. I begin with the evolution of judicial review of the merit of administrative decisions. Then, I present the main problem to be analyzed: the crisis of legal uncertainty caused by the enlargement of the notion of legality, particularly felt when the Judiciary reviews decisions enacted after the due administrative process. After that, I present a solution proposal based on comparative law: the use of the *Chevron* doctrine. I consider the need of strengthening the public institutions in Brazil as a condition to the adoption of the *Chevron* doctrine. In conclusion, I argue that this doctrine can be an interesting solution in the long term to the problem of legal uncertainty in Brazil.

Keywords:

Chevron Doctrine — administrative law — legal uncertainty

1. Introdução

Este artigo tem como finalidade apresentar uma proposta para se reduzir a insegurança jurídica atualmente existente no direito administrativo no Brasil. Sustenta-se neste artigo que o Poder Judiciário, ao analisar decisões tomadas pela administração pública, deveria adotar o seguinte entendimento: se a decisão é razoável ou admissível e tiver sido proferida com respeito ao devido processo administrativo, ele (Judiciário) deve manter o entendimento proferido na esfera administrativa, que muitas vezes é fruto de conhecimento altamente especializado, de pessoas experientes na área, *ainda que ele (Judiciário) entenda que não se trata da melhor interpretação*.

Esse entendimento não deixa de ser uma regra de interpretação. É interessante notar que, se fosse promulgada uma lei que determinasse essa regra (de deferência do Poder Judiciário ao entendimento proferido pela administração pública em determinados casos), certamente essa lei seria declarada inconstitucional por violação ao princípio do livre convencimento motivado do juiz. Assim, este artigo tem como finalidade não defender a promulgação de uma lei sobre o assunto, mas sim fornecer argumentos para influenciar a tomada de certas decisões judiciais. Este autor entende que este tipo de norma jurídica (regra interpretativa de deferência), em razão de sua natureza peculiar,¹ deve ser concebido pelo próprio Poder Judiciário e não pelo Poder Legislativo.

Inicia-se o artigo com a evolução do controle judicial sobre o mérito do ato administrativo. Em seguida, aborda-se o problema central da análise: a crise de insegurança jurídica decorrente da amplificação da legalidade, particularmente sentida quando o Poder Judiciário revê decisões proferidas após o devido processo administrativo. Em seguida, passa-se à apresentação de uma proposta de solução com base no direito comparado: a utilização da Doutrina Chevron. Por fim, faz-se uma ponderação sobre a necessidade de fortalecimento das instituições no Brasil como condição para a adoção da Doutrina Chevron. Conclui-se que essa doutrina pode ser uma solução interessante a longo prazo para o problema da insegurança jurídica no Brasil.

São inegáveis os benefícios da amplificação da legalidade e do consequente aumento do controle judicial sobre os atos da administração pública. Infelizmente, a história do Brasil é marcada por abusos na gestão pública, além do notório problema envolvendo a corrupção. Por outro lado, se no passado havia uma situação de insuficiência de controle, atualmente a exacerbação do controle judicial dos atos da administração pública tem levado a uma crise de insegurança jurídica. Com isso, talvez seja o momento de se pensar em um balanceamento dessa situação, um ponto médio equilibrado entre o controle judicial e a valorização da atuação administrativa, de forma a se superar a crise de insegurança jurídica.

Um aspecto cultural permeia todo este estudo. No Brasil, historicamente, em vários ramos de atividade, há apenas uma preocupação com a solução de problemas no curto prazo. Não é usual, principalmente entre os operadores do direito, a preocupação com objetivos de longo prazo. Esse

¹ Um debate mais aprofundado sobre este tema pode ser encontrado na tese de doutorado deste autor, que ainda está em fase de elaboração.

tipo de mentalidade imediatista é prejudicial, porque os grandes problemas estruturais e sistêmicos (como é a questão da insegurança jurídica), em geral, somente são solucionados a longo prazo. Assim, neste artigo, uma grande questão que se coloca é saber como deixar o imediatismo de lado, ou seja, como buscar ao mesmo tempo o objetivo de longo prazo (redução da insegurança jurídica), mas com atenção ao problema de curto prazo (fortalecimento da administração pública no Brasil).

Algumas das principais causas desta crise de insegurança jurídica serão apontadas a seguir.

2. O mérito do ato administrativo

Não é fácil a fixação exata do que seria o mérito do ato administrativo. Segundo Hely Lopes Meirelles, o mérito do ato administrativo consiste na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a ser realizado.² Para o referido autor, é importante a distinção entre ato administrativo vinculado e discricionário.³ Nos atos vinculados, a conduta do administrador se confunde com a do juiz no tocante à aplicação da lei, ou seja, toda a atuação do Executivo se resume ao atendimento das imposições legais.⁴ Já no ato discricionário, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), existem outros (motivo e objeto) em relação aos quais a administração decide livremente, ressalvados os limites de excesso ou desvio de poder.⁵

Nem todos os autores brasileiros, contudo, falam em mérito para designar os aspectos discricionários do ato. Essa designação é influenciada pela doutrina italiana.⁶ Para tais autores, sob o ângulo do merecimento, não se poderia dizer que o ato é ilegal ou legal, mas que é bom ou mau, pior ou melhor que outro.⁷ Assim, o mérito seria um aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 159.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 202.

⁷ *Ibid.*

justiça, à finalidade, aos princípios de boa gestão, à obtenção de desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.⁸

2.1 Da evolução do controle do mérito do ato administrativo

A maneira como a doutrina e a jurisprudência entendem a forma e a extensão do controle judicial do mérito do ato administrativo mudou muito, sobretudo nas últimas décadas. Inicialmente, havia uma posição mais restritiva quanto ao controle.

Por exemplo, Seabra Fagundes, embora admitisse o controle judicial nos casos de excesso e desvio de poder, sustentava:

Considera-se que o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se acaso transpostos (controle a posteriori).⁹

Há julgados do Supremo Tribunal Federal desta época que confirmam esse entendimento, ainda que já vislumbassem indícios de que haveria um fortalecimento do controle judicial. Por exemplo, segundo o ministro Castro Nunes, na Apelação Cível nº 8.311/DF, julgada em 4 de maio de 1944, a apreciação de mérito proibida ao Poder Judiciário é a que se relaciona com a conveniência ou a oportunidade da medida, não o merecimento por outros

⁸ Ibid.

⁹ FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, p. 1, 1951.

aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou do regulamento, hipóteses que se enquadram, de modo geral, na ilegalidade por “indevida aplicação do direito vigente”.¹⁰

Da mesma forma, no Mandado de Segurança nº 12.800, julgado em 6 de agosto de 1964, em que se discutia se haveria margem ou não de discricionariedade para o presidente da República no tocante aos requisitos para o reconhecimento de entidade como de utilidade pública, o ministro Victor Nunes Leal manifesta-se no sentido de que, tratando-se de ato discricionário, não pode o STF substituir-se ao Poder Executivo, *ainda que se possa entender que a entidade impetrante pareça merecedora da obtenção do título pleiteado*.¹¹ Embora o ministro Victor Nunes tenha alterado seu voto depois de aparte do ministro Evandro Lins e Silva, a solução inicialmente vislumbrada por ele, com a concessão parcial da segurança, seria devolver ao presidente da República, para que decidisse por outro fundamento.¹²

Como explica Germana de Oliveira Moraes, tradicionalmente, o controle dos atos administrativos biparte-se em polos estanques e mutuamente excludentes de legalidade e de mérito, excluindo-se da apreciação do juiz o reexame do mérito do ato administrativo, que é reservado, de modo geral, à própria administração.¹³ Atualmente, porém, não faria mais sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, porque o direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade estrita, como aqueles que podem ser extraídos dos princípios.¹⁴ Isso reduziu a esfera do mérito, sem no entanto eliminá-lo, pois as considerações de ordem extrajurídicas permanecem imunes à revisão judicial.¹⁵ Porém, não se pode esquecer que há uma área de atuação exclusiva de cada poder, cujos excessos se resolvem em termos de responsabilidade política.¹⁶

O objeto deste trabalho não é analisar as diferentes formas de controle judicial do ato administrativo discricionário, como desvio de poder, teoria dos motivos determinantes, entre outros. O que importa é ressaltar que há

¹⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Memória jurisprudencial*: ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 207-208. (Memória Jurisprudencial).

¹¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial*: ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 216-217. (Memória Jurisprudencial).

¹² *Ibid.*, p. 216-217.

¹³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 43.

¹⁴ *Ibid.*, p. 43.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 104.

uma posição tradicional no Brasil no sentido de que, quanto aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas tem que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à administração pública pela lei.¹⁷

O contexto do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil, entretanto, foi substancialmente alterado nas últimas décadas, notadamente em razão do crescimento do ativismo judicial. O ativismo judicial representa a possibilidade, por exemplo, de o Poder Judiciário proferir sentenças que condenem o Estado ao cumprimento de obrigações de fazer.¹⁸ Em regra, tais decisões são firmadas em processos coletivos, com destaque para a ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347/1985, instrumento destinado à proteção de interesses difusos e coletivos.¹⁹ É comum que o autor da ação, habitualmente o Ministério Público, formule pretensões prestacionais contra órgãos públicos, as quais, se acolhidas pelo julgador, ensejam decisões mandamentais positivas, visando a um *facere*.²⁰

O ativismo judicial ou *strong judicial review* é medido, por exemplo, pela propensão de um tribunal de julgar inconstitucionais atos governamentais.²¹ A ideia de ativismo judicial tem relação com uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes.²² A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas como: aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que a clara violação da Constituição; imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.²³ O ativismo judicial possui aspectos positivos, como o fato de o Poder Judiciário atender a demandas da sociedade que não puderam ser

¹⁷ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 202.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformação e efetividade do direito administrativo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 76.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Nova York: Oxford University Press, 2010. p. 3-4.

²² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 25-26, 2012.

²³ Ibid., p. 26.

satisfeitas pelo Poder Legislativo, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.²⁴ Mas ele também possui aspectos negativos, como as questões relacionadas com o risco à legitimidade democrática, com a politização indevida da justiça e com os limites da capacidade institucional do Judiciário.²⁵

Com o advento de instrumentos de proteção de interesses difusos e coletivos (como a ação civil pública) associados à mais recente interpretação, introduzida pelo movimento pós-positivista, de aplicação e eficácia dos princípios constitucionais, anteriormente de cunho mais teórico, parte da doutrina passou a simpatizar com o ativismo judicial, que, a despeito de refletir inegável ingerência de um Poder no outro, tem sido justificado pela necessidade de observância e aplicabilidade daqueles dogmas constitucionais.²⁶ Mas o que a realidade tem mostrado é que, não ocupando os espaços que lhe são reservados, a administração pública vem se resignando com a invasão levada a efeito por decisões determinativas proferidas pelos órgãos jurisdicionais.²⁷

A ação civil pública passou a ser utilizada como instrumento de controle de políticas públicas. Passou-se a entender que a discricionariedade administrativa nas políticas públicas não significa completa dispensa de ação administrativa (o poder público se encontra compelido à sua adoção).²⁸ A margem de liberdade facultada ao poder público seria tão somente quanto ao meio necessário à luz da conveniência e oportunidade do interesse público para adimplemento de obrigação constitucionalmente imposta que, em último caso, implica a satisfação de direitos subjetivos.²⁹ E mais: no controle judicial é possível também aferir a correção da alternativa eleita de acordo com os princípios jurídicos que balizam a atuação administrativa (moralidade, impessoalidade, legalidade, eficiência, razoabilidade, impessoalidade, proporcionalidade, entre outros), no caso de opção imperfeita, bem como a superação da completa omissão na concretização das políticas públicas.³⁰

²⁴ Ibid., p. 27.

²⁵ Ibid., p. 27.

²⁶ José dos Santos Carvalho Filho, *Transformação e efetividade do direito administrativo*, op. cit., p. 77.

²⁷ Ibid., p. 78.

²⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Org.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 861.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

Apesar desse enorme avanço do controle judicial sobre o mérito do ato administrativo, o Poder Judiciário ainda mantém um entendimento, pelo menos em determinados casos, de que não cabe a ele adentrar no exame da oportunidade e da conveniência de ato do Poder Executivo no exercício de sua discricionariedade, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.³¹

³¹ Cf. STF: EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Portaria ministerial que estabeleceu direito antidumping provisório na forma de sobretarifa ao imposto de importação (II), relativamente à importação de fosfato monoamônico (MAP) procedente da Rússia. Exclusão da região Nordeste. Adequação da fundamentação do ato normativo. Matéria fática. Súmula nº 279/STF. Análise de legislação infraconstitucional. Afronta reflexa. Pretensão fundada em isonomia que transformaria o Poder Judiciário em legislador positivo. 1. Para dissentar do v. acórdão recorrido e aferir a adequação da fundamentação da portaria, mister seria o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é vedado, a teor da Súmula nº 279/STF, bem como a análise da legislação infraconstitucional que confere suporte de validade ao referido ato normativo. 2. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar no exame da oportunidade e da conveniência de ato do Poder Executivo (sobretarifa antidumping) no exercício de sua discricionariedade, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, mormente quando não demonstrada ausência de razoabilidade ou de proporcionalidade da medida, como ocorreu no caso dos autos. Precedentes. 3. Os tratamentos tributários distintos e favorecidos adotados pela administração tributária não podem ser objeto de pretensão daqueles que não foram contemplados pelos beneplácitos com fundamento em violação da isonomia, sob pena de se subverter a função jurisdicional em função legislativa. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STF, RE 475954 AgR, relator(a): min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, Acórdão Eletrônico *DJe*-176 Divulg 6-9-2013 Public 9-9-2013). Cf. STJ: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE QUESTÃO DISCURSIVA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. PREVISÃO DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO, NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. É firme a compreensão do STJ no sentido de que “o reexame dos critérios usados por banca examinadora na formulação de questões, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos é vedado, como regra, ao Poder Judiciário, que deve se limitar à análise da legalidade e da observância às regras contidas no respectivo edital” (STJ, AgRg no AREsp 266.582/DF, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 7/3/2013). Na mesma linha, recentemente — em 23/4/2015 —, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes, conheceu e deu provimento ao RE 632.853/CE, para fixar a tese de que “não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame” (*DJe* de 29/6/2015). II. *In casu*, conforme destacado no acórdão recorrido, o edital do concurso público estabeleceu as regras da fase discursiva, prevendo o desconto de pontuação, pela existência de erros gramaticais. III. Diante desse quadro, não há ato ilegal, pelo desconto de pontuação, dentro dos parâmetros previstos no edital. Em verdade, o que pretende o recorrente é a substituição, pelo Judiciário, da Banca Examinadora do certame, para reexaminar a correção da questão subjetiva, o que se revela impossível, sob pena de indevida incursão no mérito do ato administrativo. IV. Agravo Regimental improvido (STJ, AgRg no RMS 47.180/RO, rel. ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 22/9/2015, *DJe* 1/10/2015).

3. Processos administrativos e insegurança jurídica

O objeto de análise deste artigo é um ponto mais específico: a crise de insegurança jurídica decorrente da amplificação da legalidade, particularmente sentida na postura do Poder Judiciário de revisar decisões proferidas após o devido processo administrativo.

Note-se a relação existente entre o processo administrativo e o ato administrativo. No início do século XX, era corrente a concepção substancialista do procedimento administrativo: todos os elementos da série careciam de autonomia, eram considerados apenas partes integrantes da decisão final — esta, sim, configuradora de um ato administrativo.³² Assim, o procedimento era confundido, em certa medida, com o ato administrativo complexo.³³ Essa concepção está absolutamente superada.³⁴ Atualmente, prevalece que o procedimento consiste em um complexo de atos administrativos autônomos e é requisito de validade de determinados atos administrativos.³⁵

Segundo Vasco Pereira da Silva, há uma nova perspectiva do procedimento enquanto técnica de diluição do poder e método de coordenação de organizações.³⁶ Por meio do procedimento, as autoridades administrativas e os particulares manifestam os seus interesses, conformando a atuação administrativa e, por isso, a importância do procedimento revela-se não no seu resultado final, mas na instrução que o substancia.³⁷ Seu centro encontra-se na participação “privada”, nos nexos eventualmente estabelecidos entre os vários poderes públicos e entre estes e os privados, na imersão dos fatos e dos interesses, na instrução complexa, que, ao verificar os fatos e apreciar dados técnicos, permite a intensificação, a valoração, a comparação dos interesses e a definição do “interesse público”.³⁸ Assim, o procedimento transforma o “tipo burocrático” de administração em “participação” — participação de indivíduos e de grupos, que implica uma repartição do poder (“potestade”) administrativo entre o titular burocrático formal e a pluralidade de intervenientes.³⁹

³² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 289.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 305.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

Apesar de grande controvérsia doutrinária sobre as denominações “procedimento” e “processo” administrativo, prevalece que essa distinção perdeu sentido, e, hoje, utiliza-se a expressão “processo administrativo”.⁴⁰ Entende-se, atualmente, que nenhuma decisão estatal deve ser tomada fora de um processo administrativo, sob pena de ela se traduzir na imposição autoritária da vontade do agente que a emite.⁴¹ Essa regra tornou o processo imperativo, como responsável pela legitimidade, do exercício da função administrativa.⁴² O ato administrativo isolado passou a ser exceção.⁴³

O processo administrativo, portanto, é o instrumento de preparação e formação de uma decisão administrativa (o modo de produção dos atos da administração pública), inclusive para solução de controvérsia em seu âmbito, e que caracteriza requisito de validade (formalidade essencial) com idêntica importância aos processos legislativo e judicial na execução da função administrativa.⁴⁴

Essa decisão administrativa ao final do processo pode envolver a existência de discricionariedade.⁴⁵ Com isso, ressurgem a discussão, pelo menos de forma mais alinhada com a tradição brasileira, do controle judicial do mérito do ato administrativo.

A jurisprudência, muitas vezes, tende ao casuísmo. Cite-se o caso de aplicação de sanções administrativas em razão da prática de infrações administrativas. Em alguns casos, o Poder Judiciário entende que não há possibilidade

⁴⁰ Ricardo Marcondes Martins, *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 291-302.

⁴¹ *Ibid.*, p. 292.

⁴² *Ibid.* Cf. SUNSTEIN, Cass R. Interest groups in American public law. *Stanford Law Review*, v. 38, p. 66-68, 1985-1986.

⁴³ Ricardo Marcondes Martins, *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 292.

⁴⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A processualização do direito administrativo. In: Thiago Marrara (Org.), *Direito administrativo*, op. cit., p. 295-296.

⁴⁵ Sobre este ponto é interessante notar como as percepções sobre um mesmo assunto podem ser diferentes, dependendo da tradição jurídica adotada. Como explicam Eskridge e Frickey: “Second, because this creation of statutory meaning is not a mechanical operation, it often involves the interpreter’s choice among several competing answers. Although the interpreter’s range of choices is somewhat constrained by the text, the statute’s history, and the circumstances of its application, the actual choice will not be ‘objectively’ determinable; interpretation will often depend upon political and other assumptions held by judges. Under Gadamer’s fusion of horizons metaphor, interpretation seeks ‘to make the law concrete in each specific case,’ and ‘[t]he creative supplementing of the law that is involved is a task that is reserved to the judge.’ As a practical matter, how could it be otherwise? Many statutes leave key terms ambiguous, often intentionally, and thereby delegate rulemaking authority to courts or agencies. Over time, these ambiguities and unanswered questions multiply, as society changes and background legal assumptions change with it. Hermeneutics suggests that as the interpreter’s own background context—her ‘tradition’—changes, so too will her interpretive choices”. ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. Statutory interpretation as practical reasoning. *Stanford Law Review*, v. 42, p. 347, 1989-1990.

de incursão do mérito do ato administrativo, porque, por exemplo, seria inviável examinar se um determinado conjunto probatório seria suficiente ou não para reconhecimento de infração disciplinar de servidor público. Isso seria uma incursão no mérito administrativo, em questões estranhas à competência do Poder Judiciário, embora a jurisprudência admita o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo.⁴⁶ Da mesma forma, entende-se que, no tocante à reprovação em

⁴⁶ Cf. STJ: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. TECNLOGISTA DE PESQUISA GEOGRÁFICA E ESTATÍSTICA E TÉCNICO DE ESTUDO E PESQUISA DO QUADRO DE PESSOAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA — IBGE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ART. 117, IX, DA LEI 8.112/1990. CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXAME DA REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO E DA LEGALIDADE DO ATO. IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. EXAME DA PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PENA DEMISSÓRIA QUE SE REVELA ADEQUADA E PROPORCIONAL À INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PRATICADA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Pretendem os impetrantes, ex-Tecnologista de Pesquisa Geográfica e Estatística e ex-Técnico de Estudo e Pesquisa, ambos do Quadro de Pessoal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, a concessão da segurança para anular o ato coator que lhe impôs a pena de demissão, com base no art. 117, IX, da Lei 8.112/1990, ao fundamento de que teria sido observada a regra do art. 128 da Lei 8.112/1990 e que o conjunto probatório seria insuficiente para o reconhecimento da infração disciplinar. 2. É firme o entendimento no âmbito do STJ no sentido de que a atuação do Poder Judiciário no controle jurisdicional do Processo Administrativo Disciplinar — PAD limita-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedada qualquer incursão no mérito administrativo a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar. Precedentes. 3. Tendo a Comissão Disciplinar concluído que restou comprovada a conduta irregular dos impetrantes no sentido de que os impetrantes “valeram-se de seus cargos para lograr proveito pessoal, face a participação ativa destes, como sócios-cotistas, nos trabalhos desenvolvidos pela Empresa Topchart — Serviços de Topografia e Cartografia Ltda. de forma comprometedora e imprópria ao desempenho da função pública, bem como a cooptação de clientes nas dependências do IBGE, fartamente caracterizado o conflito de interesses infringido, desta forma, o inciso IX, do art. 117, da Lei 8.112 de 11 de Dezembro de 1990, tudo, como robustamente comprovado no bojo deste processo”, não cabe ao STJ rever tal entendimento posto que é inviável o exame da alegação de que o conjunto probatório seria insuficiente para o reconhecimento da infração disciplinar, vez que seu exame exige a revisão do conjunto fático-probatório apurado no PAD, com a incursão no mérito administrativo, questões estas estranhas ao cabimento do writ e à competência do Judiciário. 4. A jurisprudência do STJ admite o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo. Precedentes. 5. No caso a pena de demissão imposta aos impetrantes atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da gravidade das condutas perpetradas pelos impetrantes, que se utilizavam do status de servidores públicos do IBGE para, dentro da própria repartição pública, captar clientes para sociedade empresária da qual eram sócios-cotistas, em prejuízo à dignidade do IBGE, ainda mais quando os contratantes acreditariam que os serviços seriam prestados pelo IBGE; atribuírem à pessoa estranha aos quadros do IBGE função precípua de servidor público,

estágio probatório de servidor público, é possível o controle judicial em caso de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas esse controle se dá unicamente em relação à legalidade do ato; não há interferência no mérito administrativo.⁴⁷

Em outros processos, que tratam igualmente da aplicação de sanções administrativas, contudo, o Poder Judiciário realiza análise mais profunda sobre o mérito do ato administrativo. É o caso de decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).⁴⁸ Um caso de destaque

utilizando-se de recursos públicos para desenvolver atividades da empresa Topchart, com “intenso trânsito e participação de pessoas que trabalhavam na Topchart, que atuavam na cooptação de clientes, na supervisão dos trabalhos de campo, ou na administração na referida pessoa jurídica, dentro da UE/CE — IBGE” (e-STJ, fl. 109); acumulavam a função pública e o exercício de atividade privada em evidente conflito de interesses, gerando confusão entre as Prefeituras contratadas, em relação ao trabalho executado pela Topchart e às funções institucionais do IBGE, posto que “os Prefeitos que contratavam a Topchart sabiam que o Sr. Marcelo era servidor da UE/CE — IBGE e que, ainda, supervisionava em certa medida, com o servidor Audy, as atividades da Topchart”, hipótese em que “os serviços prestados pela Topchart às Prefeituras repercutiam sensivelmente no trabalho do IBGE, reduzindo a sua credibilidade junto a certas entidades e ao público em geral” (e-STJ, fl. 110), não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei 8.112/1990. 6. Segurança denegada. (STJ, MS 20.348/DF, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/8/2015, *DJe* 3/9/2015)

⁴⁷ Cf. STJ: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. REPROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONTROLE, UNICAMENTE, DA LEGALIDADE DO ATO. NÃO INTERFERÊNCIA NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS PATRIMONIAIS. RETROAÇÃO À DATA DA PRÁTICA DA PENALIDADE. 1. Consolidado por esta Corte Superior entendimento no sentido de que, em procedimento de avaliação de estágio probatório, deve ser assegurado ao servidor o contraditório e a ampla defesa. 2. No caso concreto, não restou comprovado o cumprimento de tais garantias constitucionais, consignadas no art. 5º, LV, da Constituição Federal. 3. Ademais, na espécie, não se trata de interferência no mérito do ato administrativo, mas, na verdade, de avaliação acerca da legalidade de tal ato e da regularidade do processo administrativo que culminou na exoneração da impetrante, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Por fim, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança, na hipótese em que o servidor deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, devem retroagir à data do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. 5. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no RMS 24.782/MG, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, *DJe* 3/8/2015).

⁴⁸ Além do caso citado no corpo do texto, podem ser citados: STJ: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA, DA OBRIGAÇÃO DE ABSTENÇÃO DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE RAIO E DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO. CAUÇÃO DO VALOR DA MULTA. TUTELA PROVISÓRIA SUSPENSIVA DA EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO CADE AFASTADA PELO TRIBUNAL. ARTS. 65 E 66 DA LEI 8.884/94. REQUISITOS DO PODER DE CAUTELA. PROVISORIEDADE. NÃO REPERCUSSÃO SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, A SER DECIDIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO IMEDIATA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DE REVERSIBILIDADE CUSTOSA E PROBLEMÁTICA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O cabimento de Recurso Especial para adversar Acórdão proferido em Agravo de Instrumento, na Corte de origem, já está pacificado na jurisprudência do STJ (AgReg no REsp. 1.052.435-RS, rel. min. Castro Meira, *DJUE* 05.11.08 e REsp. 696.858-CE,

rel. min. Luiz Fux, *DJU* 1.8.06), tendo-se por superado o relevante debate outrora travado a seu respeito. 2. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer iniciativa processual do acionado, para adversar a execução de sanção pecuniária imposta pelo Cade não veiculam, em regra, efeito paralisante da iniciativa da Autarquia (art. 60 da Lei 8.884/94); esse efeito, no entanto, pode ser alcançado, se a parte executada prestar adequada, oportuna, justa e ampla garantia idônea (art. 65 da Lei 8.884/94). 3. Entretanto, ainda que prestada a garantia, o efeito suspensivo da execução do título pode ser motivadamente afastado pelo Juiz, mas para isso se requer que a infração à ordem econômica (a) se revista de gravidade e, cumulativamente, (b) se vislumbre na causa o fundado receio de dano irreparável ou de reparação árdua (art. 66 da Lei 8.884/94); esses os requisitos prudenciais do exercício do poder geral de cautela, inerente às diversas modalidades da jurisdição moderna, consagrados na doutrina jurídica especializada e na Jurisprudência dos Tribunais do País, de acordo com os roteiros dos sistemas processuais civis contemporâneos. 4. É relevantíssimo e indispensável reconhecer o préstimo processual das medidas judiciais provisórias, mas estas não devem ser prodigalizadas à mão larga — nem em favor dos litigantes privados, nem em favor das partes públicas — senão adotadas parcimoniosamente e somente nos casos de caracterizada necessidade; sem essa moderação, corre-se o risco de banalizar ou vulgarizar a sua notável eficácia preventiva, com prejuízo evidente ao desempenho regular de atividades econômicas produtivas ou restrições patrimoniais injustificáveis; convém repontuar que as medidas administrativas estatais de controle e repressão a procedimentos empresariais privados, potencial ou efetivamente lesivos a valores prezáveis da ordem econômica, devem, obrigatoriamente, se ajustar aos limites do ordenamento jurídico processual. 5. No caso, se a empresa for compelida a abster-se, desde já, da inserção da cláusula de raio em seus contratos com os lojistas do seu centro de compras, a eventual procedência da impugnação deduzida perante o Judiciário encontraria uma situação consolidada, que não poderia ser desconstituída pela só eficácia da decisão judicial; de fato, se abolida a cláusula de raio, poderiam ser inauguradas, na cercania (ou no entorno) do centro de compras, lojas concorrentes daquelas já instaladas no seu espaço interno, sendo claro que a posterior interdição dessas mesmas lojas (na hipótese de improcedência da execução do Cade) esbarraria em resistências legítimas, calcadas inclusive no vulto dos investimentos então já realizados para a sua instalação. 6. Nesse contexto, a eliminação (futura) da cláusula de raio revela-se mais proporcional à equalização da controvérsia, inclusive atentando-se para o fato de que esta é uma disposição histórica e tradicional, nos contratos de centos de compras; na verdade, na eventualidade de procedência da execução do Cade, os efeitos da eliminação da cláusula de raio serão decorrentes diretamente da força da própria decisão judicial, não se requerendo nenhuma outra iniciativa judicial ulterior, o que não ocorreria, se essa dita cláusula fosse já agora eliminada, tendo a sua eventual reversão de se submeter a outro procedimento. 7. Recurso Especial a que se dá provimento, para assegurar a suspensão provisória (limitada no tempo) da execução integral do título executivo do Cade, até a decisão da lide nas instâncias competentes, mas sem a antecipação de qualquer juízo quanto ao mérito da causa, que convém ser urgenciado pelo Julgador singular, dada a relevância da questão em debate. (STJ, REsp 1125661/DF, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012, *DJe* 16/4/2012); TRF1: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. ARTIGOS 20, I, III e IV, c.c. art. 21, I, IV, V e XIII, da Lei 8.884/94. AUSÊNCIA DE PROVAS. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALOR DOS HONORÁRIOS CONDICIONADOS À AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Alguns laboratórios farmacêuticos, dentre os quais a parte autora, foram investigados nos autos do processo administrativo nº 08012.009088/1999-48/CADÉ e condenados ao pagamento de multa, pelas infrações à livre concorrência previstas no art. 20, I, III e IV, c.c. art. 21, I, IV, V e XIII, da Lei 8.884/94. Segundo consta daqueles autos, representantes das empresas acusadas teriam se reunido em 27.07.1999, com o escopo de acertar medidas para dificultar o ingresso de medicamentos genéricos no país. 2. O d. Juízo de base declarou a nulidade da decisão proferida pelo Cade no processo administrativo em

foi a apreciação pelo Poder Judiciário do caso Nestlé/Garoto.⁴⁹ No Voto de Vista vencido, o juiz federal convocado Ávio Mozar José Ferraz de Novaes

questão. 3. O único ato concreto citado pelo Cade, a ensejar uma condenação das empresas, foi a reunião ocorrida em 27/07/1999 e a ata dela resultante, mas não há prova de que a referida reunião tenha resultado em acordo prejudicial à livre concorrência, ou mesmo que tenha se destinado a tal fim. 4. Preliminarmente, não é a ausência de assinatura da ata ou a informalidade da reunião que lhe retiram a força probatória, visto que não se espera formalidades em ajustes ilícitos; mas as informações contidas no documento apresentado, aliadas às circunstâncias em que se deu a reunião, segundo os depoimentos colhidos nos autos do processo administrativo. 5. Não ficou claramente demonstrado, pelo conteúdo da ata, se os participantes queriam efetivamente dificultar a introdução dos medicamentos genéricos no mercado ou se apenas discutiam estratégias de mercado a serem adotadas em face da nova realidade que se apresentava. 6. Na ata da reunião não há registro de deliberações, discordâncias ou concordâncias com a matéria supostamente acordada. Alguns dos presentes ao evento foram enviados por seus chefes sem saber quais seriam os temas abordados. A reunião realizou-se a portas abertas, sendo que determinados membros chegaram atrasados, outros se ausentaram cedo, além de se ter relatado a ocorrência de conversas paralelas e ausência de deliberações objetivas. Tudo indica que as ideias perpetradas mais parecem sugestões acerca do posicionamento a ser tomado ante a entrada de medicamentos genéricos no mercado. 7. Além disso, os presentes à reunião não eram dirigentes das empresas e em nenhum momento ficou comprovado que tinham poderes para fechar acordo. Não que houvesse de se provar delegação expressa para um ato ilícito, mas ao menos deveria estar demonstrado que as atribuições/cargos exercidos eram dotados de independência funcional compatível com a assunção dos compromissos que se diz terem sido realizados. 8. Conforme a sentença recorrida: “o próprio Cade não individualizou especificamente os atos de cada participante da malsinada reunião, resumindo-se a analisar genericamente a suposta discussão travada entre os participantes e a ata apócrifa que resultou daquele conclave”. A ausência de especificação das condutas dos representantes das empresas não só gera dúvida acerca da anuência ao acordo, comprometendo a própria existência deste, mas também obsta uma punição individualizada e restrita aos limites da participação de cada empresa. 9. Os honorários advocatícios foram fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de interposição de recurso de apelação e em 30.000,00 (trinta mil reais) na ausência de recurso. 10. Viola o princípio do livre acesso ao Judiciário a imposição de um gravame, na forma de majoração dos honorários, em caso de interposição de recurso. Além disso, o artigo 460, parágrafo único, do CPC, preleciona expressamente que “a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”. Assim, não poderia a condenação, mesmo que apenas no ponto relativo à verba honorária, ficar condicionada à inexistência de recurso. 11. O valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) é compatível o grau de zelo do profissional, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. 12. Dá-se parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Cade, apenas para reduzir a condenação em honorários ao valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (TRF1, AC 0044084-62.2007.4.01.3400/DF, rel. desembargador federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 p.2404 de 29/05/2015)

⁴⁹ Cf. TRF1: INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ATO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (NESTLÉ E GAROTO). INDEFERIMENTO DE APROVAÇÃO PELO CADE. PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO COM PROPOSTA DE DESINVESTIMENTO. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO. VOTO DO RELATOR. FALTA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. ANULAÇÃO DESSE VOTO E, EM CONSEQUÊNCIA, DA DECISÃO, TOMADA POR MAIORIA DE UM VOTO. SENTENÇA EM QUE SE CONSIDERA APROVADO O ATO DE CONCENTRAÇÃO POR DECURSO DE PRAZO (ART. 54, §7º, DA LEI 8.884/94). FUNDAMENTO DE FALTA DE MOTIVAÇÃO NA REQUISICÃO DE DILIGÊNCIAS SUSPENSIVAS DESSE PRAZO. INSUBSISTÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO. DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO INICIAL, POR OUTRO

FUNDAMENTO. 1. A disposição do art. 54, §7º (segunda parte), da Lei n. 8.884/94 não pode significar a possibilidade de aprovação automática e, consequentemente, renúncia de competência, exceto na hipótese de absoluta inércia da Administração em casos “nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento — e.g. despesas das partes com advogados e deslocamento —, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar in albis o prazo legal” (parecer do MPF). 2. A alegação de fato consumado é incompatível com a justificativa do pedido inicial de antecipação de tutela: “Nem se alegue haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, pois, desde já, as Autoras apresentam ‘Termo de Responsabilidade de Preservação da Reversibilidade da Operação’. Tal como feito no âmbito do Cade, por meio desse Termo são adotadas medidas aptas a preservar condições de mercado, prevenindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação na estrutura das empresas até o julgamento do mérito da presente ação”. 3. Não bastasse a provisoriedade ínsita a situação criada sob o pálio de antecipação de tutela, resultados obtidos numa situação em que a sorte do ato de concentração econômica ainda está pendente de aprovação não são totalmente confiáveis. De outra parte, o fato de as empresas terem optado por realizar o negócio para só após requererem aprovação pelo Cade, quando poderiam ter requerido preventivamente tal aprovação, desautoriza a alegação de fato consumado. 4. Quanto às várias alegações de nulidade do processo administrativo, a pedra de toque é o voto de mérito do Relator originário, no julgamento do pedido de reapreciação. Nesse pedido, pretenderam as empresas “fossem sanados erros da decisão anterior, como a construção equivocada” de sua participação de mercado, “e a possibilidade de serem desmembrados ativos tanto da Nestlé como da Garoto para serem vendidos, de modo a solucionar as preocupações concorrenciais da decisão”. 5. Na argumentação das Autoras, “considerando-se o índice decorrente dos dados econômicos auditados pela ACNielsen, rotineiramente utilizado pelo Cade, inclusive em precedente que envolvia o mesmo mercado de chocolates, a participação da Nestlé/Garoto no mercado de chocolates sob todas as formas seria reduzida para 38,2%”, o que seria “absolutamente aceitável do ponto de vista concorrencial, além de situar-se bem abaixo do índice aceito pelo Relator, de 44,47%”. 6. Desde o início do processo, a possibilidade de uma solução intermediária entre a aprovação e a desaprovação total do ato de concentração havia sido cogitada, conforme se verifica na manifestação da Secretaria de Defesa Econômica, a que aderiu a Procuradoria do Cade, no parecer do Ministério Público Federal (reafirmado em parecer no pedido de reapreciação), e no voto (vencido) do então Presidente do Cade, no julgamento originário. 7. Vencido na preliminar de não conhecimento do pedido de reapreciação, o Relator rejeitou o que chamou de “proposta resultante de uma reengenharia” do ato de concentração (criação de nova empresa do mercado de chocolates, com a transferência de ativos e produtos da Nestlé e da Garoto), argumentando: a) haver equívoco das empresas quando interpretam seu voto, no julgamento originário, como admitindo índice de 44,47% na concentração de mercado de chocolates; b) a existência da Garoto em sua forma integral é melhor para o mercado e para os consumidores e um bem para o Estado do Espírito Santo, o Município de Vila Velha e os trabalhadores; c) a operação proposta pela Nestlé “é qualitativamente inferior, do ponto de vista da rivalidade competitiva nesse mercado de chocolates, à anteriormente decidida pelo Cade”, “além de não necessariamente resolver os problemas trazidos pela maior concentração de mercado relevante”. 8. Exista ou não, no Brasil, algum competidor com 20% de participação no mercado de chocolates, o certo é que foi determinada a venda da Garoto a um competidor que tivesse participação de mercado de até 20%. Logo, foi admitido, em tese, índice de concentração de até 44,47% (20% + 24,47%) e a proposta de desinvestimento reduz abaixo desse índice a participação da Nestlé/Garoto. 9. Em segundo lugar, a manutenção do status quo será sempre melhor (qualitativamente superior) para a concorrência e para os consumidores que qualquer operação de concentração econômica. Mas, com base nessa premissa, não poderia haver qualquer ato de concentração de empresas. É necessário verificar se, apesar de resultar algum prejuízo para a livre concorrência e para os consumidores, o ato ainda assim comporta-se dentro de limites tolerados pelo sistema jurídico. No voto do

trata especificamente da questão da interferência do Poder Judiciário sobre o mérito administrativo:

[...] Finalmente, demonstrada a importância do prazo conferido ao Cade para a decisão dos atos de concentração, o que justifica a inafastabilidade da consequência para o caso de descumprimento (aprovação automática), impõe-se centrar a discussão no argumento levantado pela autarquia apelante, qual seja: a decisão sobre a imprescindibilidade ou não das diligências de instrução requeridas pelo Cade adstringe-se a um juízo de mérito administrativo, portanto, é incabível interferência do Poder Judiciário. A discussão acerca da imprescindibilidade das diligências instrutórias requeridas pelo Cade decorre da disposição contida no §8º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94, segundo o qual “os prazos estabelecidos nos §§6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE”. Quanto a este ponto, impõe-se o seguinte questionamento: a definição da imprescindibilidade das diligências subsume-se ao mérito administrativo? Em reforço à resposta negativa, saliento que a aplicação de conceitos indeterminados, como é o caso da imprescindibilidade, traduz uma atividade interpretativa do Direito, ínsita, portanto, ao campo da legalidade, comportando revisão judicial, consequência, inclusive, do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF). Sobre o assunto: [...] a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão

Relator, aceitando-se implicitamente os índices fornecidos pelo Instituto ACNielsen (com o que fica superada discussão sobre o caráter sigiloso dos dados colhidos pela Seae/MF), não foi enfrentada a questão desse limite tolerável, em confronto com a solução proposta. 10. Contra a validade do voto do Relator ainda conspiram o fato de, após sua saída do Cade, não ter sido (aquele voto) confirmado por novo relator designado para o processo, apesar da posterior realização de audiência pública, e a juntada de documentos só após a conclusão do julgamento, irregularidade esta que contamina também os demais votos. 11. A anulação desse voto causa a anulação de todo o julgamento do pedido de reapreciação, uma vez que a decisão deu-se pela maioria de um voto. 12. Provimento parcial à remessa oficial, tida como interposta, e à apelação para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento, pelo Cade, do pedido de reapreciação, a fim de que outro julgamento se proceda na devida forma (item j do pedido inicial). (TRF1, AC 0015018-08.2005.4.01.3400/DF, rel. desembargador federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p. 264 de 2/10/2009).

de uma realidade no sentido de que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional. (GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 394). Neste sentido, sendo passível de controle pelo Judiciário a definição da imprescindibilidade das diligências requeridas pelo Cade, torna-se imperioso, para o fim de afastar a aplicação do precitado §8º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94, reconhecer que certas requisições da autarquia não foram capazes de gerar a suspensão do prazo de 60 (sessenta dias), de que o Cade dispõe para julgar os processos. Por todas, e para evitar maiores delongas na apreciação de cada requisição do Cade (e foram muitas), transcrevo as palavras contidas na manifestação do Ministério Público Federal em 1ª instância (fl. 3735), posto referirem-se a diligências que são suficientes, por si mesmas, para gerar a aprovação automática do ato: Por outro lado, o Cade não demonstrou de que modo a apuração de fatos acerca de eventual descumprimento do Apro se vincula com a instrução do Ato de Concentração. É certo que o cumprimento do Apro é pressuposto de eficácia da não autorização do ato de contratação. Entretanto, a prejudicialidade não proporciona, por si só, o vínculo entre a diligência e a formação do convencimento do julgador, do ponto de vista instrutório. Por tais razões, em princípio, não se vislumbra motivo válido para suspensão do prazo legal de deliberação no decurso das diligências referidas no Grupo (ii). (grifos originais). Porém, mesmo que se entenda que a definição da imprescindibilidade das diligências está circunscrita a uma competência discricionária, ainda assim é possível o controle judicial, por meio da análise dos motivos e fundamentos do ato. É o que será tratado no próximo tópico do presente voto.⁵⁰

A incursão no mérito administrativo, da forma como tem sido feita pelo Poder Judiciário atualmente, gera insegurança jurídica. A segurança jurídica pode ter como objeto não a norma propriamente dita, mas a sua aplicação

⁵⁰ TRF1, AC 0015018-08.2005.4.01.3400 / DF, rel. desembargador federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p. 264 de 2/10/2009.

uniforme e não arbitrária.⁵¹ É a “segurança de aplicação das normas”, que depende de elementos argumentativos e processuais.⁵² Os elementos argumentativos dizem respeito ao uso de estruturas claras e objetivas de raciocínio, presentes quando as premissas e as conclusões do raciocínio jurídico são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, bem como sua construção obedece a critérios racionais de argumentação, formalmente consistentes e materialmente coerentes.⁵³ Os elementos processuais têm relação com o procedimento, administrativo ou judicial, que permite e que considera a ampla defesa e o contraditório, bem como garante a fundamentação escrita e lógica das decisões.⁵⁴ Não basta que uma norma seja considerada segura, enquanto acessível e inteligível, mas aplicada de modo arbitrário, sem critérios objetivos e uniformes e sem uma adequada justificação e fundamentação.⁵⁵ Sem a segurança de aplicação, a segurança jurídica da norma é anulada.⁵⁶

Fernando Dias Menezes de Almeida aponta algumas tendências de evolução da teoria em torno dos macromodelos da legalidade e da justicialidade.⁵⁷ Uma delas é que a teoria do direito administrativo precisa evoluir para oferecer uma resposta à iminente crise de segurança jurídica decorrente da amplificação da legalidade — amplificação essa que lhe agrega fortes notas de princípios e de valores com base constitucional, e que a submete a uma apreciação judicial, que por sua própria natureza e dinâmica pode ensejar múltiplas e difusas decisões judiciais.⁵⁸

A perda da segurança jurídica, de certa forma, é uma perda natural de conquistas do direito brasileiro, tais como o reforço da normatividade constitucional e a aplicabilidade jurisdicional plena dos princípios da administração pública e dos direitos fundamentais.⁵⁹ Essa perda é natural porque: i) o texto constitucional, que é mais aberto, leva a margens oscilantes de interpretação constitucional; ii) os princípios não fornecem uma solução exata, precisa e predeterminada, mas sim remetem a uma decisão mais adequada para o caso concreto pelo julgador; iii) no caso de colisão de

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 156.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 411-429.

⁵⁸ Ibid., p. 416-417.

⁵⁹ Ibid., p. 417.

direitos fundamentais, a estrutura jurídica desses implica que não haja uma predeterminação geral e abstrata para dosar sua aplicação no caso concreto; iv) o sistema de controle difuso de constitucionalidade induz à diversidade de soluções jurídicas para casos similares.⁶⁰

Há dois movimentos de reação que refletem uma percepção, consciente ou intuitiva, desta perda de segurança.⁶¹

O primeiro deles é o aumento do peso relativo do controle concentrado e principal de constitucionalidade.⁶² Há uma tendência evidente de concentração do controle diretamente pelo STF de mecanismos de controle principal e abstrato de constitucionalidade, bem como de busca, nos casos de controle de constitucionalidade difuso, de resultados similares ao do controle concentrado, com extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão.⁶³ Essa mudança do modo de ser do controle de constitucionalidade interfere na compreensão de legalidade que pauta a ação da administração e transforma a função do órgão controlador de função de exercitar um “poder de hermenêutica” (na expressão de Ruy Barbosa) para a de exercitar um “poder de legislação”.⁶⁴ Em verdade, atualmente este “poder de hermenêutica” talvez seja compreendido, sem maior surpresa, como poder de criação normativa, relativizando-se a própria dicotomia formada com o “poder de legislação”.⁶⁵

O segundo movimento de reação é a busca de segurança em uma normatividade que se pode dizer extravagante.⁶⁶ Essa busca tenta localizar em outras fontes normativas o ideal de previsibilidade, no plano geral e abstrato, e certeza, no plano da decisão aplicável ao caso concreto, antes encontrada na lei, compreendida em sentido material e formal, ou seja, norma geral e abstrata elaborada pelo parlamento.⁶⁷ Com isso, esse movimento tende a encontrar respostas que apontam para sentidos opostos, ou seja, de um lado, valoriza-se uma nova normatividade individual e concreta, e, de outro lado, valoriza-se uma nova normatividade geral e abstrata, ambas produzidas por órgãos diversos do poder legislativo.⁶⁸ A contratualização da ação administrativa,

⁶⁰ Ibid., p. 416-417.

⁶¹ Ibid., p. 417.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid., p. 418.

⁶⁴ Ibid., p. 418-419.

⁶⁵ Ibid., p. 419.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) com o Ministério Público, é um exemplo disso.⁶⁹

Neste artigo será abordada uma terceira forma de se obter maior segurança jurídica para o exercício da função administrativa. Para tanto, será feita uma análise de direito comparado com uma corrente jurisprudencial norte-americana denominada Doutrina Chevron.

4. Direito comparado: a Doutrina Chevron

Nos EUA, o direito administrativo se desenvolveu principalmente a partir da década de 1930, com o New Deal de Franklin D. Roosevelt.⁷⁰ Um dos primeiros livros de direito administrativo foi do então professor da Universidade de Harvard e posteriormente ministro da Suprema Corte, Felix Frankfurter, publicado em 1932.⁷¹ Antes do *crash* de 1929, tanto na legislação quanto na jurisprudência dos EUA, prevalecia a teoria econômica do *laissez-faire*, caracterizada por uma ausência de regulação estatal da atividade econômica, com exceção de serviços públicos (por exemplo, fornecimento de água, gás, eletricidade e telefonia), chamados de “monopólios naturais”.⁷² O direito administrativo tinha como objeto, em grande parte, a questão da separação de poderes.⁷³

Os New Dealers acreditavam na capacidade de regulamentação governamental da atividade econômica para curar os excessos do capitalismo *laissez-faire*.⁷⁴ Para implementar esta regulamentação, o Congresso norte-americano criou agências que deveriam ser apolíticas e deveriam ter a *expertise* técnica necessária para gerir as indústrias de uma maneira científica.⁷⁵ Isso levou a um crescimento explosivo na regulamentação da atividade econômica, o que, em razão de as agências serem, na realidade, mais políticas e terem menos

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the people 2: transformations*. Cambridge, Mass.; Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998; Cf. BRINKLEY, Alan. *The end of reform*. Nova York: Vintage Books, 1995.

⁷¹ Cf. FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. *Administrative law*. 4. ed. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 2-3.

⁷² Cf. *ibid.*, p. 3.

⁷³ Cf. *ibid.*

⁷⁴ Cf. *ibid.*

⁷⁵ Cf. *ibid.*

expertise do que havia sido pensado sua concepção ideal, por sua vez, levou a um crescimento explosivo de litígios em que as empresas desafiaram sua regulamentação.⁷⁶ Após o período inicial de resistência em larga escala da Suprema Corte em relação à regulamentação governamental da atividade econômica, a Corte aderiu à constitucionalidade da maioria das agências e regulamentos do New Deal.⁷⁷ A Corte então desenvolveu uma série de entendimentos jurisprudenciais para controlar tais agências.⁷⁸ A jurisprudência criada pela Suprema Corte enfatizou a regularidade processual no processo decisório das agências, muitas vezes refletindo os procedimentos dos tribunais, e adotou uma certa supervisão judicial da adequação substantiva (de mérito) das decisões da agência.⁷⁹ Registre-se que, posteriormente, interesses comerciais não satisfeitos com esse regime judicialmente criado pressionaram o Congresso para uma legislação mais protetiva. Em 1946, a Lei de Procedimento Administrativo (APA) foi aprovada como um acordo entre os interesses das empresas e do Poder Executivo.⁸⁰

Para Funk e Seamon, o que é especial sobre interpretação da lei em direito administrativo é a forma como os tribunais tratam interpretações da lei feitas pelas agências.⁸¹ As agências interpretam a lei em uma série de circunstâncias, muitas vezes no curso de uma regulamentação (incluindo a elaboração de regras interpretativas e declarações envolvendo políticas públicas) bem como nos julgamentos de seus processos administrativos.⁸² Os tribunais estabeleceram várias doutrinas para permitir às agências fazer uma primeira abordagem do problema, em parte porque os tribunais podem querer levar em conta a experiência e especialização das agências em determinado assunto.⁸³ Historicamente, quando os tribunais apreciam uma ação de uma agência, eles frequentemente demonstram deferência significativa à interpretação da lei feita por ela (agência).⁸⁴

Em 1984, a Suprema Corte dos EUA decidiu o caso *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), que se tornou a mais

⁷⁶ Cf. *ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 273.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

citada (e talvez a mais debatida) decisão envolvendo direito administrativo de todos os tempos naquele país.⁸⁵ De acordo com a Suprema Corte:

Quando uma corte revisa a interpretação da agência do estatuto que ela administra, ela é confrontada por duas questões. Primeiro, sempre, é a questão se o Congresso se manifestou diretamente sobre a questão especificamente em debate. Se a intenção do Congresso é clara, este é o fim do assunto; para a corte, bem como para a agência, devem dar efetividade à intenção inequívoca expressada pelo Congresso. Se, no entanto, a corte determina que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em debate, a corte não impõe simplesmente a sua própria interpretação sobre o estatuto, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Pelo contrário, se o estatuto é omissivo ou ambíguo no que diz respeito ao assunto específico, a questão para a corte é se a resposta da agência é baseada em uma interpretação admissível do estatuto.

O poder de uma agência administrativa de administrar um programa [...] criado pelo Congresso necessariamente requer a formulação de políticas e a elaboração de regras para preencher qualquer lacuna deixada, implícita ou explicitamente, pelo Congresso. Se o Congresso explicitamente deixou uma lacuna para a agência preencher, há uma delegação expressa de competência (*authority*) para a agência elucidar uma disposição específica do estatuto pela regulamentação. A tais regulamentos legislativos é dado um peso controlador (*controlling weight*) a menos que sejam arbitrários, inconstantes (*capricious*), ou manifestamente contrários ao estatuto. Às vezes, a delegação legislativa a uma agência sobre uma questão em particular é implícita em vez de explícita. Neste caso, a corte não pode substituir sua própria interpretação de uma disposição legal no lugar de uma interpretação razoável feita pelo administrador de uma agência.⁸⁶

⁸⁵ Ibid., p. 275. Cf. BARRON, David J.; KAGAN, Elena. Chevron's nondelegation doctrine. *The Supreme Court Review*, v. 2001, 2001; cf. MERRILL, Thomas W.; HICKMAN, Kristin E. Chevron's domain. *Georgetown Law Journal*, v. 89, 2000-2001; cf. CHABOT, Christine Kexel. Selling Chevron. *Administrative Law Review*, v. 67, Issue 3, Summer 2015.

⁸⁶ Cf. William F. Funk e Richard H. Seamon, *Administrative law*, op. cit., p. 275.

Este trecho da decisão resume o que se tornou conhecido como o teste Chevron de duas etapas.⁸⁷ A primeira etapa é determinar se o texto da lei a ser interpretado é ambíguo, ou se o significado da disposição é claro, utilizando-se ferramentas tradicionais de interpretação legal.⁸⁸ Se o sentido da disposição é claro, esse é o fim da questão, e o tribunal declara o significado claro da lei.⁸⁹ Se, no entanto, após o uso de ferramentas tradicionais de interpretação da lei, o significado da disposição não pode ser considerado claro, mas sim permanece ambíguo, em seguida, o tribunal vai para a segunda etapa.⁹⁰ A segunda etapa é determinar se a interpretação da agência é razoável ou admissível, ou se a interpretação está fora do âmbito de ambiguidade da disposição legal.⁹¹ Se a interpretação que a agência faz é razoável ou admissível, o tribunal mantém a interpretação da agência, *mesmo que ele (tribunal) entenda que não se trata da melhor interpretação*.⁹²

Há exceções à Doutrina Chevron, ou seja, situações em que a deferência judicial não é adequada. Podem ser citadas como exemplos as seguintes hipóteses: i) se a interpretação é feita pela primeira vez pela agência no âmbito de um litígio em que ela é parte; ii) se a agência que faz a interpretação não é a agência responsável pela “administração”, total ou parcial, da lei, no sentido de ter poder normativo e de julgamento (poder de polícia).⁹³ Tais situações podem ser caracterizadas como uma necessidade de determinação inicial se o Congresso, mesmo se a lei é ambígua, teve a intenção de que os tribunais prestassem deferência às interpretações da lei feitas pelas agências. Alguns chamam este momento de “Etapa Zero de Chevron”.⁹⁴

Na jurisprudência norte-americana se destacam outros casos ligados à interpretação da Doutrina Chevron. São eles: *Christensen*, *Mead* e *Barnhart*.⁹⁵

Em *Christensen* (*Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (2000)), a Suprema Corte decidiu que interpretações a pareceres jurídicos (*opinion letters*), tais como declarações políticas (*policy statements*), manuais da agência

⁸⁷ Cf. *ibid.*

⁸⁸ Cf. *ibid.*

⁸⁹ Cf. *ibid.*

⁹⁰ Cf. *ibid.*

⁹¹ Cf. *ibid.*

⁹² Cf. *ibid.*

⁹³ Cf. *ibid.*, p. 279-281.

⁹⁴ SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, abr. 2006.

⁹⁵ Como aponta Cass Sunstein: “Thus, under *Christensen*, *Mead*, and *Barnhart*, the real question is Congress’s (implied) instructions in the particular statutory scheme. The grant of authority to act with the force of law is a sufficient but not necessary condition for a court to find that Congress has granted an agency the power to interpret ambiguous statutory terms.”. *Ibid.*, p. 217-218.

(*agency manuals*) e orientações de aplicação (*enforcement guidelines*), carecem de força de lei, e por isso não implicam uma deferência da maneira de Chevron.⁹⁶

No caso *Mead* (*United States v. Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001)), a Suprema Corte entendeu que, para se analisar se há ou não a incidência de Chevron, deve ser feita uma avaliação contextual das ações da agência, tendo em vista todas as circunstâncias para se determinar se, de fato, o Congresso delegou competência legislativa à agência e se a interpretação em que a agência invoca a deferência de Chevron foi feita no exercício daquela competência delegada.⁹⁷

Em *Barnhart* (*Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002)), prevaleceu a visão do ministro Breyer, que há bastante tempo defendia uma abordagem contextual para se determinar a deferência judicial às interpretações de lei das agências, em vez de uma regra geral de deferência.⁹⁸ Nessa decisão, a Suprema Corte entendeu que a natureza intersticial da questão jurídica, a *expertise* da agência relativa a ela, a importância da questão para a execução da lei, a complexidade dessa execução e o exame cuidadoso que a agência tem feito sobre a questão por um longo período de tempo, tudo isso indica que a Doutrina Chevron fornece a “lente adequada” para se visualizar a legalidade da interpretação da lei feita pela agência.⁹⁹

⁹⁶ Cf. William F. Funk e Richard H. Seamon, *Administrative law*, op. cit., p. 285. Como explica Cass Sunstein: “Speaking in broad terms, the Court said that ‘[i]nterpretations such as those in opinion letters-like interpretations contained in policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law-do not warrant Chevron-style deference.’ The Court distinguished opinion letters and their analogues from interpretations ‘arrived at after, for example, a formal adjudication or notice-and-comment rulemaking’. Opinion letters would be treated in the same way as the Administrator’s opinion in *Skidmore*-as having merely persuasive authority. In so ruling, the Court made it clear that *Skidmore* had survived *Chevron*”. Cass R. Sunstein, *Chevron step zero*, op. cit., p. 212.

⁹⁷ Cf. William F. Funk e Richard H. Seamon, *Administrative law*, op. cit., p. 284-286. Segundo Cass Sunstein: “The key to the holding is the suggestion that *Chevron* applies ‘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 that authority.’ It follows that the clearest cases for *Chevron* deference involve an exercise of delegated rulemaking authority. In the Court’s understanding, a delegation of interpretive power ‘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 a comparable congressional intent.’ The linchpin for deference is therefore the power to act with the force of law. Such power follows from the authority to use formal procedures, but it may also be based on other evidence of what Congress intended”. Cass R. Sunstein, *Chevron step zero*, op. cit., p. 213-214.

⁹⁸ Cf. William F. Funk e Richard H. Seamon, *Administrative law*, op. cit., p. 287. Cf. SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 520-521, 1989.

⁹⁹ Cf. William F. Funk e Richard H. Seamon, *Administrative law*, op. cit., p. 287. De acordo com Sunstein: “At issue in *Barnhart* was a Social Security Administration regulation specifying that a

Note-se que este entendimento em *Barnhart* se aproxima do que se defende neste artigo, ou seja, de que o Poder Judiciário no Brasil deve adotar o seguinte entendimento: no caso de uma decisão proferida por uma agência reguladora ou outro órgão ou entidade da administração pública em que houve o efetivo respeito ao contraditório e à ampla defesa, e a decisão (ato administrativo) é razoável ou admissível, o juiz deve manter a decisão tomada na esfera administrativa, que muitas vezes é fruto de conhecimento altamente especializado, de pessoas experientes na área, *ainda que ele (juiz) entenda que não se trata da melhor interpretação*.

O objetivo deste artigo não é aprofundar a análise da Doutrina Chevron, mas tão somente indicar um parâmetro de direito comparado como forma de se garantir maior segurança jurídica. Note-se que a utilização da Doutrina Chevron também é discutida em outros países.¹⁰⁰ Neste artigo, discute-se um pouco da realidade brasileira.

No Brasil a Doutrina Chevron é debatida por parte da doutrina. De acordo com Eduardo Fortunato Bim, por exemplo, o campo perfeito para a aplicação da Doutrina Chevron reside na questão científica ou técnica.¹⁰¹ Isso porque, por diversos motivos, são intermináveis as disputas entre cientistas

claimant for disability benefits did not have an 'impairment' unless he was facing a problem expected to last at least twelve months. This twelve-month rule had been adopted after notice-and-comment procedures, but the Court acknowledged that the agency had initially reached its interpretation through less formal means. In a crucial passage, the Court said that the use of those means did not preclude Chevron deference. On the contrary, the Court read Mead to say that Chevron deference would depend on 'the interpretive method used and the nature of the question at issue'. In the key sentence, Justice Breyer wrote for the Court: '[T]he interstitial nature of the legal question, the related expertise of the Agency, the importance of the question to administration of the statute, the complexity of that administration, and the careful consideration the Agency has given the question over a long period of time all indicate that Chevron provides the appropriate legal lens through which to view the legality of the Agency interpretation here at issue'. This sentence represents an extraordinary personal triumph for Justice Breyer. Sixteen years earlier, he had argued against a strong reading of Chevron and contended that a case-by-case inquiry would be far better than a simple deference rule. Barnhart calls for just such an inquiry. Just as Judge Breyer urged in 1986, whether an agency's decision is 'interstitial' has now become highly relevant to the question of deference. Barnhart added that careful consideration over a long period of time-a factor that might have become an anachronism after Chevron, as Justice Scalia urged in 1989-also bears on whether Chevron provides 'the appropriate legal lens'". Cass R. Sunstein, Chevron step zero, op. cit., p. 216-217.

¹⁰⁰ Cf. MELIN, Patrick. *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland*. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (Cisg). Mohr Siebeck: Tübingen, 2005. p. 95 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht); HALLAM-EAMES, Lucy. Echoes of the Chevron Doctrine in English law. *Judicial Review*, v. 15, Issue 1, mar. 2010; Cf. ALLARS, Margaret. *Chevron in Australia: a duplicitous rejection?* *Administrative Law Review*, v. 54, 2002.

¹⁰¹ BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, a. 49, n. 193, p. 133, jan./mar. 2012.

e entre as metodologias científicas, bem como são múltiplas as alterações de decisões embasadas nessa dinâmica.¹⁰² Assim, Eduardo Bim sustenta que, salvo em casos nos quais a escolha regulamentar ou do caso concreto seja desarrazoada, deve prevalecer a decisão administrativa, até mesmo em razão do campo discricionário e político reservado à administração.¹⁰³

Como aponta Bim, a discussão técnica sempre estará aberta, sendo um *moto-perpétuo* científico de contestação.¹⁰⁴ Porém, reconhecer esse *moto-perpétuo* científico não autoriza a ingerência judicial nessa matéria, antes a desaconselha, a não ser em casos flagrantemente desarrazoados, uma vez que essa cautela “não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo” (REsp 1.171.688).¹⁰⁵ Isso, segundo ele, está longe de tornar a decisão administrativa imune a críticas ou ao controle judicial, mas apenas reconhece que as limitações da ciência tornam qualquer decisão naturalmente criticável, embora não inválida.¹⁰⁶ Por isso, um ponto fundamental da Doutrina Chevron é o de que por meio dela não se afere qual é a melhor interpretação do significado da norma, mas apenas uma razoável, vedando-se leituras arbitrárias.¹⁰⁷

Ainda no âmbito dos debates envolvendo a Doutrina Chevron, é importante a menção à Doutrina Seminole Rock.

A discussão até este ponto considerou as hipóteses em que os tribunais reveem as decisões das agências no momento em que interpretam as leis. Questiona-se se deve haver diferença quando os tribunais examinam as decisões das agências no momento em que elas interpretam normas que elas próprias elaboram. A Suprema Corte dos EUA entendeu que deve haver um padrão diferente de análise.¹⁰⁸

Originalmente, esse padrão foi estabelecido no caso *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945), muito antes de Chevron.¹⁰⁹ Nesse caso, a Suprema Corte afirmou que, quando confrontado com a necessidade de interpretar um regulamento administrativo, o tribunal deve necessariamente olhar para a interpretação administrativa do regulamento se o significado das

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid., p. 134.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Cf. William F. Funk e Richard H. Seamon, *Administrative law*, op. cit., p. 290.

¹⁰⁹ Cf. *ibid.*

palavras usadas gera dúvida.¹¹⁰ A intenção do Congresso ou os princípios da Constituição em algumas situações podem ser relevantes em um primeiro momento na escolha entre várias interpretações.¹¹¹ Mas o critério final é a interpretação administrativa, que se torna o peso controlador (*controlling weight*) a menos que ela seja claramente errônea ou inconsistente com o regulamento.¹¹²

Embora formulado de modo diferente, esse *standard* tem muito em comum com a apreciação judicial sob Chevron.¹¹³ Em primeiro lugar, deve-se olhar para a linguagem do próprio regulamento.¹¹⁴ Se ela é clara, esse é o fim do assunto.¹¹⁵ Se, no entanto, a linguagem é ambígua, em seguida, o tribunal verifica se a Constituição ou a lei torna uma determinada interpretação inadequada.¹¹⁶ Finalmente, se houver uma interpretação administrativa não descartada pela Constituição ou pela lei, essa interpretação é dominante a menos que seja claramente errônea ou inconsistente com o regulamento.¹¹⁷ Esse “claramente errônea ou inconsistente com o regulamento” carrega uma grande semelhança com deferência Chevron a uma interpretação razoável ou admissível da agência.¹¹⁸ O que veio a ser conhecido como a Doutrina Seminole Rock foi reafirmado em *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997), bem depois de Chevron.¹¹⁹

Feitas estas ponderações, é possível concluir que a Doutrina Chevron poderia ser considerada uma terceira via de redução da insegurança jurídica no Brasil, com a consequente valorização da atuação da administração pública. No longo prazo, essa é uma ótima alternativa. O problema é saber se, no Brasil, os órgãos e entidades da administração pública possuem estrutura e qualidade da atuação compatíveis com tamanha valorização.

Nesse sentido, um dos grandes desafios a serem enfrentados é superar a mentalidade de busca de resultados de curto prazo, muito comum no Brasil, por alternativas que enfrentem o problema de forma que se propõe mais sólida e permanente.

¹¹⁰ Cf. *ibid.*

¹¹¹ Cf. *ibid.*, p. 291.

¹¹² Cf. *ibid.*

¹¹³ Cf. *ibid.*

¹¹⁴ Cf. *ibid.*

¹¹⁵ Cf. *ibid.*

¹¹⁶ Cf. *ibid.*

¹¹⁷ Cf. *ibid.*

¹¹⁸ Cf. *ibid.*

¹¹⁹ Cf. *ibid.*

5. Da necessidade de fortalecimento dos órgãos e entidades da administração pública

A produção acadêmica no Brasil precisa ir além da tradicional discussão meramente dogmática. O direito precisa ser analisado não somente no mundo abstrato e hipotético, mas também como ele interage na sociedade, consideradas outras variáveis como estrutura institucional, fatores econômicos, sociais e políticos.¹²⁰ Assim, defender meramente a importação da Doutrina Chevron sem atenção para a condição específica do Brasil é absolutamente sem sentido.

Esta última parte do artigo tem como finalidade suprir esta lacuna, ou seja, considerar tanto as fragilidades da estrutura administrativa no Brasil como as medidas para aprimorá-la. Sem este fortalecimento institucional da administração pública do Brasil, o uso de orientação jurisprudencial semelhante à Doutrina Chevron não seria um grande avanço, mesmo considerando a insegurança jurídica atual.

Nesta parte do artigo a análise será concentrada nas agências reguladoras. Essa escolha se faz por uma questão metodológica específica: houve efetivamente uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre as fragilidades institucionais das agências reguladoras, até mesmo em razão da notória baixa qualidade dos serviços públicos por ela regulados. Ou seja, há efetivamente dados empíricos, notadamente negativos, sobre as agências reguladoras. No entanto, essa escolha metodológica não significa que a Doutrina Chevron não possa ser utilizada no tocante à atuação de autarquias e outras entidades da administração direta ou indireta. Muito pelo contrário. A mesma estratégia (fortalecimento institucional visando a futura adoção da Doutrina Chevron) também pode ser utilizada quanto a CVM, Ibama, Cade, Procon, Banco Central, INSS, entre outros.

Em razão de solicitação do Congresso Nacional, em 2009, o TCU realizou auditoria operacional para aferir a governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil. Como resultado desse trabalho, prolatou-se o Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário (TC 012.693/2009-9), o qual apontou uma série de recomendações e boas práticas a serem seguidas pelas agências supracitadas

¹²⁰ Sobre a relação entre a Doutrina Chevron e a possível influência do presidente dos EUA sobre as agências, cf. KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 2375-2379, 2000-2001.

de maneira a fortalecer a governança regulatória. Em 2013, nova fiscalização sobre a governança das agências reguladoras de infraestrutura foi autorizada, em razão de deliberação constante do Acórdão 224/2013-TCU Plenário (TC 044.446/2012-8).¹²¹

Auditorias realizadas anteriormente pelo TCU levantaram falhas generalizadas nas agências reguladoras, como: ausência ou má fiscalização dos contratos; procedimentos internos morosos e ineficientes; não aplicação de sanções e baixo percentual de recebimento das multas aplicadas; obscuridade na tomada de decisões por falta de transparência e de fundamentação técnica robusta; e não enfrentamento de questões setoriais relevantes ao interesse público.¹²²

Em 2009, foi realizada auditoria de avaliação da governança regulatória pela qual diagnosticou-se: ausência de tratamento orçamentário distinto das demais entidades da administração pública, visto serem as agências reguladoras autarquias especiais; forte contingenciamento de recursos, inclusive de arrecadação própria; necessidade de extensão do período de quarentena dos dirigentes; excessiva demora na indicação e nomeação desses; ausência de regulamentação de forma de substituição dos conselheiros e diretores em seus impedimentos e afastamentos legais, ou ainda no período de vacância que antecede a nomeação de novo dirigente; falha nos mecanismos adotados para a divulgação das ações e decisões finalísticas e nas destinadas a dar transparência ao processo decisório das agências; baixa participação e controle social; ausência de processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados; e não institucionalização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como ferramenta de melhoria da qualidade regulatória. Com base nesse quadro, é possível afirmar que a governança das agências era incipiente.¹²³

Em 2013, com a realização da nova fiscalização, o TCU avaliou a governança dessas entidades por meio de dois grandes temas: a) as condições para que o processo decisório das agências seja transparente e produza decisões técnicas e livres de ingerência e b) uso de estratégia organizacional para orientar a gestão e alavancar o atendimento de políticas públicas.¹²⁴

¹²¹ TCU, AC-0240-05/15-P, TC 031.996/2013-2, Ata 05 — Plenário, relator: Raimundo Carreiro — Auditoria Operacional. Agências Reguladoras de Infraestrutura. Avaliação da Governança da Regulação. Recomendações, 11/2/2015, p. 1. Disponível em: <www.regulacao.gov.br/arquivos/relatorio-de-auditoria-governanca-das-ars.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2015.

¹²² Ibid., p. 5.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid., p. 6.

Após analisar essa segunda fiscalização, o TCU proferiu o seguinte Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de relatório de auditoria operacional que teve por objetivo avaliar a governança da regulação nos setores de energia, comunicações e transportes, por meio das agências reguladoras de infraestrutura.

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Energia Elétrica, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que adotem:

9.1.1. as boas práticas referentes a Análise de Impacto Regulatório (AIR) recomendadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE);

9.1.2. medidas com vistas a gerenciar seus riscos institucionais, por meio do desenvolvimento de uma política de gestão de risco;

9.2. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Energia Elétrica, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que elaborem seus planos estratégicos e estabeleçam em normativos regras que orientem o processo de implementação, acompanhamento e revisão da estratégia organizacional, assim como o estabelecimento dos responsáveis por cada etapa;

9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Aviação Civil e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que enviem esforços para que, de um lado, todos os elementos característicos da tomada de decisão transparente sejam implementados e, por outro lado, os sítios eletrônicos se apresentem de forma mais amigável e com usabilidade melhor, permitindo, assim, fácil interação com essas informações;

9.4. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres e à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que estabeleçam, em normativo, prazo máximo razoável para disponibilizar os relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências ou consultas públicas, conforme disposto no item 9.2 do Acórdão 2261/2011-TCU-Plenário;

9.5. recomendar à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que, no âmbito de suas competências, envide esforços para:

9.5.1. a edição de decretos visando regulamentar a forma de substituição dos Diretores e Conselheiros da Agência Nacional de Petróleo, Agência Nacional de Energia Elétrica e Agência Nacional de Aviação Civil, em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares, ou ainda no período de vacância que anteceder à nomeação de novo conselheiro ou diretor, nos termos do artigo 10 da Lei 9.986/2000;

9.5.2. a alteração do art. 56 da Lei 10.233/2001 a fim de excluir a expressão “descumprimento manifesto de suas atribuições”, visto ser conceito jurídico indeterminado que pode levar ao estabelecimento de hipóteses desarrazoadas e imotivadas para a exoneração de Diretores e Conselheiros das agências reguladoras, com efeitos danosos à autonomia decisória dessas entidades, e por conseguinte à governança regulatória;

9.5.3. a realização de estudos com vistas a alterar as regras orçamentárias no sentido de distinguir as agências reguladoras das demais autarquias no trato orçamentário, dotando-as de real autonomia financeira;

9.6. recomendar, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU à Comissão de Ética Pública da Presidência da República que regule a extensão da aplicabilidade da Lei de Conflitos de Interesses aos ocupantes de cargos hierarquicamente inferiores, cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme previsto no parágrafo único do art. 2º, da Lei 12.813/2013;

9.7. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis,

Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Energia Elétrica, com fulcro no art. 4º da Portaria-Segecex 13, de 27/4/2011, que, conforme art. 2º, inciso III, e 6º, inciso II, da Lei 12.813/2013 c/c art. 4º do Decreto 4.187/2002 e Nota de Orientação 1/2014 da Comissão de Ética Pública da Presidência da República, o prazo de quarentena aplicável aos Diretores e Conselheiros das agências reguladoras é de 6 meses, com direito a remuneração compensatória por igual período;

9.8. encaminhar cópia da presente deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentam ao Senado Federal;

9.9. considerar cumprido o item 9.2 do Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Energia Elétrica;

9.10. considerar implementado o item 9.4 do Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário pela Agência Nacional de Telecomunicações;

9.11. considerar cumprido o item 9.7 do Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário;

9.12. arquivar os presentes autos.¹²⁵

Além dessas medidas propostas pelo TCU, é imperioso citar a possibilidade de atuação mais forte do Ministério Público ante ilegalidades cometidas no âmbito das agências reguladoras ou de outros órgãos e entidades da administração pública. Isso pode ser feito sem prejuízo da adoção de um modelo de Ministério Público resolutivo no caso de divergência de opinião.¹²⁶ Além do poder de persuasão dos argumentos anteriormente

¹²⁵ Ibid., p. 35-36.

¹²⁶ De acordo com Marcelo Pedroso Goulart: “Dentro do perfil institucional consagrado na Constituição de 1988, pode-se trabalhar dois modelos de Ministério Público: o *Ministério Público demandista* e o *Ministério Público resolutivo*. No primeiro modelo — *Ministério Público demandista* —, o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. É um mero agente processual. [...] Na esfera civil, convivem as figuras do Ministério Público agente (autor de ações civis públicas) e do Ministério Público interveniente (“fiscal da lei” ou custos legis). A distinção revela a visão meramente processual do Ministério Público cível. De um lado, o órgão que instaura processos ajuizando ações civis públicas; de outro, o que intervém nos processos, nos casos em que a lei determina. Não existe Ministério Público fora do processo. No campo da defesa dos interesses coletivos e difusos, essa visão processual restringe os procedimentos administrativos e inquéritos civis a instrumentos de coleta das provas necessárias ao embasamento das ações civis públicas. O Ministério Público transfere para o Poder Judiciário, via ação civil pública, a solução de todas as questões que lhe são postas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário. O resultado disso

impostos, o rigor da lei, incluindo sanções penais e por ato de improbidade administrativa, também pode ser usado como incentivo para se promover o fortalecimento institucional. Por exemplo, as questões relativas à necessidade de maior transparência nas decisões das agências, aos conflitos de interesses dos agentes públicos¹²⁷ e ao alto grau de ingerência política, por meio de indicação de conselheiros ligados a partidos políticos, podem ser objeto de maior atenção do Ministério Público Federal. Tais questões, inclusive, estão inseridas no Mapa Estratégico do MPF e estão relacionadas ao grande tema “Combate ao Crime e à Corrupção”.¹²⁸

Assim, a redução das fragilidades institucionais dos órgãos e entidades da administração pública é uma condição essencial para se pensar na aplicação de entendimento semelhante à Doutrina Chevron no Brasil.

é desastroso, pois o Judiciário, em regra, responde mal às demandas que envolvem interesses coletivos e difusos, negando vigência aos novos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988 e nas leis democratizantes. [...] Na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O MP deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais. Para tal, deve *politizar* e *desjurisdicionar* a sua atuação, ou seja, o Ministério Público deve: transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integralmente e em rede nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da *sociedade civil planetária*; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação). Assim balizado, o Ministério Público estará apto a cumprir a função mediadora que o mundo contemporâneo requer, habilitando-se como agente privilegiado da luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania”. GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 27-30, jan./jun. 2001.

¹²⁷ Conforme apontam Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka: “*Conventional civil service systems attempt to insulate career officials from politics and to pay them adequate salaries. These are important goals, but they are only part of the task of creating a professional civil service. Even if pay is at parity with private-sector earnings and political involvement is forbidden, officials may face incentives to use their positions for private economic gain. Some countries, even though they outlaw bribery, have done little to control economic conflicts of interest. Financial conflicts of interest arise from a confusion of roles. If public officials make decisions that can affect their private wealth or that of business firms in which they or their families have a stake, they may skew their choices in favor of these private interests. No bribery is necessary to create problems. Officials simply follow their own economic self-interest*”. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016. p. 174-175.

¹²⁸ Mapa Estratégico do Ministério Público Federal. Disponível em: <www.modernizacao.mpf.mp.br/pdf/mapa_estrategico_final_ok.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2015.

6. Conclusão

Conforme demonstrado neste artigo, a adoção da Doutrina Chevron ou de orientação semelhante pode significar a identificação de um ponto médio equilibrado entre o controle judicial e a valorização da atuação administrativa, de forma a se superar a crise de insegurança jurídica.

A crise de insegurança jurídica analisada é a resultante da postura do Poder Judiciário de revisar decisões proferidas após o devido processo administrativo, muitas vezes de forma casuística. A perda da segurança jurídica, nesses casos, como visto, é uma consequência natural de conquistas do direito brasileiro, tais como o reforço da normatividade constitucional e a aplicabilidade jurisdicional plena dos princípios da administração pública e dos direitos fundamentais.

Essa situação enseja movimentos de reação, como o aumento do peso relativo do controle concentrado e principal de constitucionalidade e a busca de segurança em uma normatividade que se pode dizer extravagante. Este artigo apresenta uma terceira forma de se obter maior segurança jurídica para o exercício da função administrativa, por meio da adoção da Doutrina Chevron.

Em outras palavras, o Poder Judiciário, ao analisar decisões tomadas pela administração pública, deveria adotar o seguinte entendimento: se a decisão é razoável ou admissível e tiver sido proferida com respeito ao devido processo administrativo, ele (Judiciário) deve manter o entendimento proferido na esfera administrativa, que muitas vezes é fruto de conhecimento altamente especializado, de pessoas experientes na área, *ainda que ele (Judiciário) entenda que não se trata da melhor interpretação*.

Contudo, a adoção de tal doutrina não pode ser feita sem se levar em conta a realidade brasileira. Ou seja, para que seja valorizada a atuação administrativa no Brasil, é preciso, primeiro, fortalecer as instituições públicas. O próprio Ministério Público precisa se adaptar a esse novo contexto, com a mudança de um modelo de Ministério Público demandista para um modelo de Ministério Público resolutivo, e intensificação do combate da corrupção.

Entre as medidas necessárias para o fortalecimento das instituições brasileiras, como das agências reguladoras, podem ser citadas aquelas sugeridas pelo TCU, entre outras: adoção das boas práticas referentes a Análise de Impacto Regulatório (AIR) recomendadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); fazer com que todos os elementos característicos da tomada de decisão transparente sejam implementados e os

sítios eletrônicos se apresentem de forma mais amigável e com usabilidade melhor, permitindo, assim, fácil interação com essas informações; edição de decretos visando regulamentar de forma mais rigorosa a forma de substituição dos diretores e conselheiros de agências reguladoras, em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares, ou ainda no período de vacância que anteceder à nomeação de novo conselheiro ou diretor; regulamentação da extensão da aplicabilidade da Lei de Conflitos de Interesses aos ocupantes de cargos hierarquicamente inferiores, cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro.

Sem que ocorra o fortalecimento institucional, a deferência judicial a decisões administrativas pode significar apenas o retrocesso no controle da administração pública. O tradicional imediatismo no Brasil precisa ser deixado de lado. Em seu lugar, deve-se buscar ao mesmo tempo o objetivo de longo prazo (redução da insegurança jurídica), mas com atenção ao problema de curto prazo (fortalecimento da administração pública no Brasil).

Referências

ACKERMAN, Bruce. *We the people 2: transformations*. Cambridge, Mass.; Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

ALLARS, Margaret. Chevron in Australia: a duplicitous rejection? *Administrative Law Review*, v. 54, p. 569-594, 2002.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. *Memória jurisprudencial: ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARRON, David J.; KAGAN, Elena. Chevron's nondelegation doctrine. *The Supreme Court Review*, v. 2001, p. 201-265, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, a. 49, n. 193, p. 125-139, jan./mar. 2012.

BRINKLEY, Alan. *The end of reform*. Nova York: Vintage Books, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformação e efetividade do direito administrativo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

CHABOT, Christine Kexel. Selling Chevron. *Administrative Law Review*, v. 67, Issue 3, p. 481-550, Summer 2015.

ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. Statutory interpretation as practical reasoning. *Stanford Law Review*, v. 42, p. 321-384, 1989-1990.

FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, p. 1-16, 1951.

FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. *Administrative law*. 4. ed. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 9-32, jan./jun. 2001.

HALLAM-EAMES, Lucy. Echoes of the Chevron Doctrine in English law. *Judicial Review*, v. 15, Issue 1, p. 81-84, mar. 2010.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Nova York: Oxford University Press, 2010.

KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 2245-2385, 2000-2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A processualização do direito administrativo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

____. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas, In: MILARÉ, Édís (Org.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELIN, Patrick. *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland*. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (Cisg). Mohr Siebeck: Tübingen, 2005.

MERRILL, Thomas W.; HICKMAN, Kristin E. Chevron's domain. *Georgetown Law Journal*, v. 89, p. 833-921, 2000-2001.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Memória jurisprudencial: ministro Castro Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 511-521, 1989.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, p. 187-249, abr. 2006.

_____. Interest groups in American public law. *Stanford Law Review*, v. 38, p. 29-87, 1985-1986.