

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO

ANSELMO NOGUEIRA JUNIOR

**REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E UNICIDADE DA JURISDIÇÃO:
CONTROLE JUDICIAL DE ATOS SANCIONATÓRIOS FUNDAMENTADOS
NA LEI ANTICORRUPÇÃO**

São Paulo – SP
2022

ANSELMO NOGUEIRA JUNIOR

**REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E UNICIDADE DA JURISDIÇÃO:
CONTROLE JUDICIAL DE ATOS SANCIONATÓRIOS FUNDAMENTADOS
NA LEI ANTICORRUPÇÃO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Justiça e Desenvolvimento do Instituto de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira

São Paulo - SP
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

ANSELMO NOGUEIRA JUNIOR

REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E UNICIDADE DA JURISDIÇÃO: CONTROLE JUDICIAL DE ATOS SANCIONATÓRIOS FUNDAMENTADOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Dissertação aprovada como requisito para a obtenção do grau de mestre no curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP), pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Hamze Issa

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

São Paulo, 20 de dezembro de 2022

Aos meus pais, por transmitirem a sabedoria e a perseverança necessárias para que os objetivos fossem alcançados.

À minha amada esposa, de onde surge toda a força e entusiasmo para seguir em frente.

“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.”

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

A participação de um programa de mestrado é, sem dúvida um desafio que somente é conhecido por aqueles que decidem trilhar esse caminho. O que não se espera é que são tantas as dificuldades, tantos as dúvidas que você é constantemente submetido a provações e questionamentos que te fazem pensar se realmente você está no lugar certo, no lugar onde deveria estar.

É neste momento que as pessoas especiais que estão ao seu redor entregam a força sem a qual não seria possível continuar.

Diante disso, os agradecimentos aqui apresentados nada representam se comparados com o apoio recebido ao longo dessa jornada.

Primeiramente à minha esposa, CAROLINA, quem tanto ouviu meus lamentos, os meus estresses e me fez repensar cada decisão pela desistência do programa de mestrado. Ao longo desse período somente nos sabemos as dificuldades que tivemos que justificariam a desistência, em remorsos, desse programa que nada representa diante da nossa relação. Ainda assim você sempre me fez continuar e permitiu chegar até esse momento. Sem dúvidas, eu teria desistido se não fosse a seu apoio.

Aos meus pais, CLERY e ANSELMO que mesmo não tendo tido as oportunidades de estudo que me proporcionaram, sempre me transmitiram a sabedoria e a clareza para tomar as melhores decisões, além de me formarem como pessoa. Ao meu irmão e amigo GUILHERME, com quem compartilhei também alguns momentos de angústia, que logo passavam com a sua leveza e apoio.

Um agradecimento especial devo ao DR. RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR, não apenas por me proporcionar participar do programa de mestrado, mas também por permitir o meu crescimento diário em seu escritório e as lições

que diariamente tenho a felicidade de extrair de nossas conversas. Ao longo dos 11 anos que já se passaram trabalhando no escritório Camilo Advogados, tenho certeza de que sou privilegiado de poder conviver com uma pessoa tão inteligente.

Ao meu grande amigo RAFAEL HAMZE ISSA, que foi sem nenhuma dúvida uma das primeiras pessoas que me motivaram a entrar no mundo da advocacia e do direito. Somente tenho a agradecer toda a ajuda, todos os ensinamentos e todas as conversas que tivemos até aqui. Você sem dúvida além de um grande irmão que a vida me deu é também uma inspiração que seguirei ao longo de toda a minha trajetória.

Ao meu amigo MICHEL BRAZ DE OLIVEIRA, também responsável por grande parte do meu conhecimento profissional e com que tenho a honra de compartilhar diariamente as alegrias e as mazelas da advocacia.

A todos vocês a minha profunda gratidão.

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
Capítulo 1 – Dos Atos Administrativos Sancionatórios e do Seu Controle Judicial	31
1.1. Dos Atos Administrativos Vinculados e dos Atos Discricionários.....	31
Capítulo 2 – Das Espécies de Sistemas Jurídicos de Controle Judicial dos Atos Administrativos	33
2.1 – Sistema de Jurisdição única ou Unicidade de Jurisdição.....	34
2.2. Sistema de Dualidade Jurisdicional.....	35
2.3. Unicidade Jurisdicional Mitigada ou Temperada.....	38
2.4. O Sistema Jurídico Brasileiro.....	41
Capítulo 3 – Do Controle Judicial dos Atos Sancionatórios Fundamentados na Lei Anticorrupção	44
3.1. Das Decisões Sancionatórias de Natureza Eminentemente Técnicas e a Aplicação da Teoria da Deferência.....	44
3.2. Algumas Reflexões em Relação ao Controle Judicial de Decisões que Dependem de Solução Técnica Preliminar – Exemplos do CADE e TCU.....	57
3.3. Das Sanções que Podem Ser Aplicadas com base na Lei Anticorrupção.....	69

3.4. Da Natureza Eminentemente Jurídica dos Atos Sancionatórios Fundamentados na Lei Anticorrupção e da Injustificada Aplicação da Teoria da Deferência na Hipótese.....78

CONCLUSÃO.....86

Bibliografia.....90

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir e esclarecer questões relacionadas ao controle judicial dos atos administrativos. Inicialmente se busca esclarecer qual o sistema jurídico existente no Brasil, analisando os sistemas de unicidade jurisdicional, o sistema dualista e conceituando um terceiro sistema denominado de unicidade jurisdicional temperada ou mitigada. Depois de definido o sistema jurídico no qual se insere o nosso país, busca-se avaliar a possibilidade ou não de controle judicial dos atos administrativos, o que se faz em duas etapas. Primeiro analisando a aplicação da teoria da deferência a justificar a abstenção do Poder Judiciário em relação a decisões tomadas com base em elementos técnicos pelas autoridades legitimadas. Em segundo lugar, passa-se a avaliar se essa teoria poderia ser aplicada para atos administrativos que não demandam de solução técnica preliminar. Por fim, chegando-se à conclusão acerca da possibilidade ou não de controle judicial de atos administrativos fundamentados exclusivamente em conclusões jurídicas, busca-se avaliar a possibilidade de controle de atos sancionatórios fundamentados na Lei Anticorrupção.

Palavras-chave: Controle Judicial – Administração Pública – Deferência – Lei Anticorrupção – Atos Administrativos.

ABSTRACT

This research aims to discuss and clarify issues related to judicial control of administrative acts. Initially, it seeks to clarify the existing legal system in Brazil, analyzing the systems of jurisdictional uniqueness, the dualistic system and conceptualizing a third system called tempered or mitigated jurisdictional uniqueness. After defining the legal system in which our country is inserted, we seek to assess the possibility or not of judicial control of administrative acts, which is done in two stages. First, analyzing the application of the theory of deference to justify the abstention of the Judiciary Power in relation to decisions taken based on technical elements by the legitimate authorities. Second, it proceeds to assess whether this theory could be applied to administrative acts that do not require a preliminary technical solution. Finally, reaching the conclusion about the possibility or not of judicial control of administrative acts based exclusively on legal ones, we seek to evaluate the possibility of controlling sanctioning acts based on the Anti-Corruption Law.

Keywords: Judicial Control – Public Administration – Deference – Anti-Corruption Law – Administrative Acts.

INTRODUÇÃO

A discussão relativa ao controle judicial de atos/decisões administrativas representa questão cujo tratamento jurídico é relativamente complexo diante das diversas linhas argumentativas relacionadas à matéria. De um lado, há o dever de preservar as cláusulas constitucionais de inafastabilidade e unicidade da jurisdição, que determinam que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário. De outro, há um regime jurídico administrativo que estabelece uma série de prerrogativas, competências e funções para a Administração Pública, que acabam por estabelecer a impossibilidade de controle judicial do mérito dos atos administrativos!

Diante desse aparente impasse, a doutrina tradicional, fundamentada na teoria da deferência, estabelece que o Poder Judiciário deve exercer um juízo de abstenção quando da análise de determinados atos administrativos complexos, sobretudo aqueles que demandam conhecimento técnico para sua edição já que o Poder Judiciário não teria condições de rever, tecnicamente, tais decisões.

Nestes casos, em razão de sua incapacidade institucional, cabe ao Poder Judiciário examinar apenas e tão somente os aspectos de legalidade dos atos administrativos, sem adentrar propriamente no mérito do ato, cuja edição se deu em razão de uma competência atribuída pela legislação. Ademais, adentrar em questões cuja competência fora atribuída à Administração Pública poderia colocar o Poder Judiciário como um transgressor da separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos.

Entretanto, ao que se pode perceber, sobretudo em razão da pesquisa jurisprudencial que será apontada a frente, é que a teoria da deferência, embora aplicada indistintamente, não resolve determinadas questões relacionadas ao controle judicial de atos administrativos, especialmente se tais decisões administrativas não são fundamentadas em aspectos estritamente técnicos.

O problema que se pretende analisar na presente pesquisa, portanto, se refere à (im)possibilidade de revisão judicial de atos administrativos de conteúdo puramente jurídico, já que tais atos que naturalmente podem causar lesão a direitos não encontrariam nenhuma barreira para conhecimento judicial – já que não demandaria expertise em uma determinada matéria estranha ao direito – e se inseririam na cláusula de inafastabilidade de jurisdição.

Para tal exame, será necessário abordar determinados conceitos relacionados à unicidade da jurisdição, já que para se avaliar a eventual impossibilidade de revisão do mérito dos atos administrativos, deve se reconhecer que o conceito de unicidade de jurisdição não é absoluto.

Afinal, se é conferido à Administração a possibilidade de proferir determinadas decisões não suscetíveis ao controle judicial, naturalmente deve-se reconhecer que não é absoluta a regra constitucional que determina que caberia exclusivamente ao judiciário decidir, com definitividade e em substituição à vontade das partes, todo e qualquer conflito de interesses.

Passando por esses conceitos teóricos e analisando a jurisprudência sobre a matéria, pretende-se avaliar: **(i)** a aplicabilidade da teoria da deferência em caso de decisões administrativas não pautadas em elementos técnicos; **(ii)** a verificação de existência de exceções à unicidade da jurisdição; e, **(iii)** conseqüentemente, a possibilidade ou não de controle judicial do mérito dos atos administrativos não fundamentados em questões técnicas.

Para melhor compreensão de tal problemática e do objeto da presente pesquisa é importante a introdução teórica de alguns conceitos relevantes.

A primeira constatação que merece destaque é a de que existe um regime jurídico administrativo ou regime jurídico de direito público como um conjunto de regras e princípios que colocam a Administração Pública em um patamar diferente dos administrados.¹

Buscando tutelar um pretense interesse público², a Administração Pública reúne um conjunto de funções e poderes³ que lhe permitem dar efetividade ao interesse público primário, muitas vezes em detrimento do interesse exclusivamente privado de determinada pessoa física ou jurídica.

¹ “a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições.” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006, pag. 64).

² Sobre a dificuldade de definir e delimitar o interesse público: “... a noção de interesse público é indeterminada, aberta e abstrata. Podemos afirmar o que não é interesse público com alguma facilidade. Dificilmente, porém, conseguiremos defini-lo de forma precisa, de tal sorte que seja sempre de fácil identificação qual seja tal interesse no cotejo entre as diferentes pautas e aspirações postas ao agir administrativo. O máximo que conseguiremos será bosquejar formulações genéricas do tipo: ‘interesse público é aquele pertencente a todos e cada um’, ‘é o conjunto de interesses detido por cada membro da coletividade por a ela pertencer’. Tais fórmulas, mesmo as mais elaboradas, não deixam de ser recursos retóricos que não elidem o fato de que tal noção é dúctil, vazia, genérica e abstrata. Um verdadeiro axioma, diante do qual, na impossibilidade de conhecer, há que acreditar.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 2015. São Paulo: Malheiros. p. 353). No mesmo sentido: “(...) se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto, qual o sentido em falar num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, será obtida uma solução (isto é, o interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse ‘interesse público’ obtido em concreto, ele sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro, para o direito administrativo, não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 102).

³ “ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração. O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo. Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006, pag. 66)

Toda relação jurídica que conte com a participação do Poder Público e do cidadão naturalmente atrairá as prerrogativas conferidas à Administração Pública⁴. A atuação administrativa tem por pressuposto o atingimento do interesse público primário, razão pela qual as ‘vontades’ da Administração – de benefício geral – devem se sobrepor às daquele particular com quem ela se relacionada momentaneamente.⁵

Justamente por esse motivo os poderes conferidos ao Estado encontram essa paradoxal bipolaridade⁶: buscam atender ao interesse público primário, que a todos beneficia, mas, eventualmente, para o alcance desse bem maior, podem restringir os direitos de alguns particulares, que embora pertençam ao todo e sejam igualmente beneficiados nesta seara, terão algum direito limitado pela Administração.

É em razão dessa busca do interesse primário que se confere à Administração poderes absolutamente relevantes, que não apenas permitem a adoção de decisões unilaterais pela Administração, mas autorizam que ela execute tais decisões direta e imediatamente, como manifesto exercício de sua

⁴ “Temos dito que a administração é como um Rei Midas. Este, tudo que tocava virava ouro. A Administração, onde toca, publiciza. Se se tem a presença da Administração Pública, tem-se junto, necessariamente, o ingresso do regime jurídico administrativo e a presença das chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum. A Administração é sempre afetada por cláusulas de direito público. Portanto, quando a Administração se relacionar contratualmente com particulares, poderão existir contratos onde haverá uma participação maior de cláusulas de natureza pública, e contratos onde haverá uma participação menor de cláusulas de natureza pública, mas sempre haverá uma conjugação de direito público e privado.”. (DALLARI, Adilson Abreu. Contrato de obra pública. Cadernos FUNDAP, São Paulo, ano 5, n. 11, p. 29, jul. 1985)

⁵ “ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração. O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo. Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo” (PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006, pag. 66)

⁶ “O direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a da proteção aos direitos individuais diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade; de outro, a necessidade de satisfação de interesses públicos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração.”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85/102.).

autotutela, que talvez seja uma das principais ferramentas – e privilégio – que o regime jurídico administrativo confere ao Poder Público.⁷

Dentre essa gama de poderes está o poder de polícia administrativa, que nada mais é do que a capacidade do Poder Público de, com base em lei – já que o princípio da estrita legalidade é o que impera nas relações públicas – restringir direitos dos administrados em determinados e específicos casos.⁸

A aplicação de sanções administrativas com base na Lei Anticorrupção ou em qualquer outra lei que estabeleça sanções decorrentes de ilícitos administrativos representa essa possibilidade e esse poder conferido à Administração, e somente a ela, para restringir direitos dos administrados, nas hipóteses legalmente previstas.

Entretanto, essa limitação de direitos decorrente do poder de polícia administrativa não necessariamente encontrará a concordância e a aquiescência do particular, já que, em razão da virtude e dos vícios de interpretações diferentes, podem os particulares vislumbrar uma lesão ou ameaça de lesão a direito.

Essa lesão ou ameaça de lesão a direito, por garantia expressamente prevista na Constituição Federal, alcunhada como inafastabilidade da jurisdição⁹, permite que o particular que entender ter sido lesado pelo exercício

⁷ A esse respeito, tratando dos contratos administrativos tem-se que “*A prerrogativa do poder público por excelência com que a Administração conta em seus contratos administrativos é, sem dúvida nenhuma, o privilégio da decisão unilateral e executória, prévia ao conhecimento judicial, que impõe ao contratista o dever de seu cumprimento imediato com a obrigação de impugnação contencioso-administrativa se está desconforme com a legalidade. (...) Pois bem, este formidável poder não resulta propriamente do contrato mesmo, mas da posição jurídica geral da Administração, de seu privilégio geral de autotutela, que já conhecemos, de modo que é em si mesmo extracontratual.*” (ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 606)

⁸ “*Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.*” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

⁹ “*Art. 5º. (...)*

(...)

XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”.

de um poder administrativo bata às portas do Poder Judiciário para ver tutelado o seu direito alegadamente violado.¹⁰

Esse questionamento judicial do ato administrativo pode encontrar eventual resistência a depender do tipo de ato e do tipo de lesão apontada como violada. Isto é, se a discussão versar sobre a lesão a direito em decorrência da edição de um ato administrativo vinculado¹¹, naturalmente caberá ao Poder Judiciário controlar a legalidade daquele ato administrativo, já que todas as condutas relativas ao ato vinculado estão previstas e descritas na lei.

Cabe ao magistrado, nesta hipótese, verificar a correta aplicação da lei naquele caso concreto, já que não são avaliadas eventuais escolhas da administração – já que na edição de atos administrativos vinculados o Poder Público não tem margem para decidir de uma ou outra forma. Assim, a título de exemplo, pode surgir uma lesão a direito do administrado o ato administrativo que impedir que o particular investigado seja impedido de se defender em processo administrativo sancionador.

Por estar constitucionalmente garantido, o direito de defesa não é questão de escolha do administrador, cabendo ao Poder Judiciário, no exercício típico da sua função garantir o direito líquido e certo do particular de apresentar sua defesa em toda sua plenitude naquele processo administrativo, nos exatos termos da lei.

A dúvida, a indagação e a divergência nascem em outro campo, que é o campo dos atos administrativos discricionários. Enquanto nos atos administrativos vinculados viu-se que o Poder Público somente pode agir nos exatos termos que estabelece a legislação, que nessa hipótese prescreve um

¹⁰ Nesse sentido: “*The very essece of civil liberty certainly consist in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives na injury*”. (Marbury x Madson – 1804)

¹¹ “*Há poder vinculado, também denominado competência vinculada, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente na norma jurídica. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-a uma só direção.*”. (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18ª edição - Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014. p. 26)

passo a passo da atuação administrativa, no ato discricionário confere-se ao administrador uma margem de avaliação sobre o tema que será objeto daquele ato administrativo, ou seja, permite-se que o Administrador tenha mais de um comportamento.

Isso não quer dizer que o administrador possa tomar uma decisão em dissonância ou na inexistência de uma regra legal a respeito, não é disso que se trata. Nos casos de ato administrativo discricionário é a própria Lei que confere ao administrador a referida margem de escolha sobre como decidir.¹²

Um exemplo simples, mas que permite a compreensão acerca da questão, são aquelas hipóteses de dosimetria das sanções administrativas, onde se estabelece, por exemplo, que a multa administrativa poderá ser fixada entre o valor de 'x' até o valor de 'y'. Essa margem entre 'x' e 'y' fica a cargo do administrador, que poderá deliberar de acordo com a sua convicção, desde que devidamente fundamentado e com respaldo na lei. Por estar estabelecido em lei, não pode o administrador ir aquém ou além daquela margem estabelecida.¹³ Justamente por esse motivo reconhece-se que, mesmo nos atos discricionários, há, em menor grau, a vinculação aos pressupostos e premissas estabelecidos em lei, já que o que impera na atuação administrativa é a elementar da legalidade.¹⁴

¹² “Se fosse a discricionariedade o exercício de uma liberdade administrativa outorgada sem limites, uma vez deferida pela ordem jurídica ao administrador, descabido seria imaginar-se que os atos administrativos praticados no exercício desse poder pudessem ser submetidos a qualquer forma de controle judicial [...] Tudo o que foi dito até agora, porém, nos revela uma compreensão da realidade rigorosamente oposta. Vimos que a discricionariedade administrativa é sempre o exercício de um poder de liberdade firmado dentro dos limites traçados pela ordem jurídica. E, se limites existem para o exercício de uma competência dessa natureza, é de todo o possível que o administrador possa vir a desrespeitá-los produzindo atos administrativos ilegais ou inválidos. Donde se justifica, sem a necessidade de maiores considerações, a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos administrativos.” (CARDOZO, José Eduardo Martins. **A discricionariedade e o Estado de Direito**. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 48).

¹³ “O episódio central da história administrativa do século XIX e a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O executivo opera dentro dos limites traçados pelo legislativo, sob vigilância do judiciário.” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>. Consultado em 08.08.2022.

¹⁴ “In fact Locke took great pains to make it clear that no single agency of government is omnipotent, that the two main branches of the government, the legislature and the executive, do

Também é discricionário o ato administrativo que aplica um conceito jurídico indeterminado, como por exemplo, quando se estabelece que a penalidade será mais ou menos severa a depender da 'gravidade da infração'. Esses pontos específicos de discricionariedade¹⁵ são chamados de mérito administrativo, já que oriundos da vontade específica do administrador que pôde deliberar sobre aquele aspecto.

Daí porque, diferente dos atos vinculados onde é a lei que estabelece como, quando e de que forma decidir, a revisão judicial dos atos discricionários pode esbarrar no princípio da separação dos Poderes¹⁶.

O problema que se pretende analisar com a presente pesquisa é: de um lado, a Constituição Federal garante a todos os cidadãos a inafastabilidade da jurisdição, o que permite que se bata às portas do Poder Judiciário sempre que houver uma lesão ou ameaça de lesão a direito. De outro lado, há um regime jurídico administrativo que confere à Administração a competência para decidir, decisão essa que não pode ser modificada pelo Poder Judiciário, sob pena de violação à separação dos Poderes.

*have an autonomous status. (...) When he insisted upon the supremacy of the legislative power, Locke was clearly making two distinct points. First, the legislative function is prior to the executive, and the latter must be exercised according to the rules which result from the exercise of the former. This is, of course, an essential part of democratic theory. The supremacy of the law is certainly a part of the doctrine of the separation of powers. Second, Locke was saying that there is a clear sense in which the executive branch must be subordinate to the legislature. 'For what can give Laws to another, must needs be superior to him.' (...) Again this is perfectly consistent with the doctrine; the executive must not make laws; he must carry out the commands of the legislature. But this is as far as Locke goes. By legislative supremacy he goes not mean that the executive is a mere office-boy, to be completely subordinated to the legislature in the exercise of his own functions. On the contrary the power of the legislature is itself limited to the exercise of its own proper functions." (VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p. 60).*

¹⁵ Esclareça-se que: "O conceito jurídico indeterminado pode ou não conferir discricionariedade, e o critério para essa verificação não se pauta na natureza do conceito, mas na sua disciplina legal concretizada, ou seja, aliada à aptidão que os fatos possuem para comprovar a realidade normatizada". (REALE, Miguel. Introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 144)

¹⁶ "Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição." (ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127).

Em razão desse aparente conflito, algumas questões devem ser respondidas, afinal: se a jurisdição é uma e, por consequência, somente o Poder Judiciário pode decidir, com definitividade e em substituição ao interesse das partes, qualquer conflito de interesse, como é possível que determinadas decisões que causem lesão a direito possam não ter o seu mérito revisado pelo Poder Judiciário? Há uma aparente contradição no ordenamento, já que, ao que parece, há uma unicidade de jurisdição em relação a todo e qualquer litígio, apenas não em relação ao mérito de determinadas decisões administrativas!

Isso porque, a reanálise pelo Judiciário do mérito de determinado ato administrativo, cuja competência tenha sido conferida constitucional ou legalmente para a Administração Pública, pode resultar em interferência indevida do Judiciário na função precípua do Poder Executivo¹⁷. O Poder Judiciário poderia estar extrapolando os limites de sua competência ao revisar um ato cuja competência decisória foi conferida por lei à Administração Pública.¹⁸

De uma maneira geral, a ideia central do argumento relativo ao respeito ao princípio da separação dos poderes é que os Poderes do Estado devem atuar predominantemente dentro de suas funções típicas, sendo autorizado, de maneira excepcional, a atuação atípica apenas naquelas hipóteses expressamente autorizadas pelo texto constitucional.¹⁹

¹⁷ “(...)diante de um ato discricionário, isto é, em se verificando que a lei houvesse conferido ao administrador a possibilidade de optar entre praticar ou não um ato e/ou escolher os seus efeitos jurídicos, deveria o magistrado ater-se a aspectos meramente formais na atividade de controle. As razões pelas quais esta ou aquela medida houvessem sido adotadas refugiria ao exame próprio do Poder Judiciário, por fazerem parte da discricionariedade outorgada à autoridade administrativa, consubstanciando-se, tais razões, no próprio mérito do ato”. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 206.).

¹⁸ “Um dos argumentos utilizados para sugerir uma moderação do controle judicial incidente sobre a administração pública baseia-se numa suposta violação ao princípio da separação dos Poderes. A construção do raciocínio é bastante conhecida: uma supervisão judicial muita intensa sobre as decisões administrativas poderia constituir uma intromissão do Poder Judiciário nos afazeres do Poder Executivo. Esta circunstância causaria um desequilíbrio entre os três Poderes do Estado, os quais supostamente deveriam desempenhar apenas suas funções clássicas”. (JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de Uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle**. SBDP/Malheiros. 2016. p. 622)

¹⁹ “A separação dos Poderes tem como conteúdo nuclear a ideia de que as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra abuso potencial de um poder

Essa ideia e tentativa de blindagem do mérito administrativo ao controle judicial decorre de uma lógica de que no sistema jurídico brasileiro existe um regime jurídico administrativo que permite à Administração decidir, com definitividade – já que o Judiciário não pode revisar – questões que possam resultar em restrição de direitos dos administrados.

E, a lógica para a existência de tal regime jurídico administrativo, é a de que a permissão de que o Poder Judiciário interferisse em cada ato do Poder Executivo poderia: **(i)** dificultaria o exercício das funções executivas do Estado; **(ii)** desrespeitaria a separação dos poderes; **(iii)** criaria uma ideia de dependência do Poder Executivo para com o Judiciário.²⁰

Porém, essa conclusão pode, eventualmente, parecer açodada. É muito fácil fazer essa diferenciação entre o ato administrativo vinculado e o ato discricionário e a respectiva possibilidade de intervenção do judiciário quando se tem um sistema jurídico que bem define essa questão.

É o caso, por exemplo, da França, onde o sistema dual²¹ impõe a sistemática constitucional de uma clara separação de competências entre o

absoluto. Dessa ideia central decorrem dois corolários. De um lado, a especialização funcional, que se refere à necessidade de distribuir as funções estatais a órgãos diversos, para que tenham as condições de exercê-las com maior especialização e eficiência. De outro, a independência orgânica, que pressupõe a existência de um domínio de atuação Privada para cada Poder, apenas se admitindo a interferência de um Poder nas atribuições típicas de outro quando a própria Constituição tenha autorizado.” (STF, ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 2.911, Rel. Min. Carlos Britto; MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello; ADIn135, Rel. Min. Octávio Gallotti; ADI 98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 137, Rel. Min. Moreira Alves; e ADI-MC 1.296, Rel. Min. Celso de Mello.).

²⁰ Em sua obra, BILAC PINTO traz duas visões a esse respeito. A primeira de Visconde do Uruguay que estabelece: “Não tem faltado quem queira instigar a solução das questões contenciosas administrativas ao Poder Judicial. Mas esse modo de proceder traria as seguintes consequências: 1) Violaria o grande princípio da divisão dos poderes; 2) fara intervir o Poder Judicial na Administração; 3) Embaçaria a cada passo a Administração; 4) Mataria a sua responsabilidade, envolvendo a mesma Administração com o Poder Judicial.”. A segunda de Antonio Joaquim Ribas, que afirma: “Nem essa doutrina é conciliável com o princípio da independência dos poderes, consagrado pelo art. 98 da Constituição, porquanto o Executivo seria colocado em posição de dependência e subalternidade em relação ao Judicial, desde que seus atos estivessem sujeitos à revisão e à confirmação deste poder, sempre que aprovesse às partes interpor recurso deles a pretexto de lesão em seus direitos”. (PINTO, Bilac. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 240/242)

²¹ “O sistema de jurisdição dupla, de dualidade de jurisdição ou dualista caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição

Poder Judiciário e o Conselho de Estado. Lá, as matérias discricionárias tratadas pelo Conselho de Estado – matérias de natureza administrativas e que ao Estado interessam – não ficam sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário. O sistema jurídico estabelece a competência do Conselho de Estado de decidir com definitividade as questões relacionadas à Administração Pública.

A discussão é muito mais complexa no Brasil. Isso porque, como é cediço, a jurisdição no Brasil é una, ou seja, reserva-se ao Poder Judiciário o monopólio do exercício da jurisdição – resolução de conflitos com definitividade em substituição à vontade das partes.²²

No entanto, estabelece-se alguns conceitos que parecem contraditórios entre si. De um lado há o conceito de regime jurídico administrativo que estabelece, dentre outras questões, que a Administração Pública é pautada pela ideia da supremacia do interesse público sobre o privado, e que as decisões administrativas discricionárias não podem ser revistas pelo Judiciário em relação a esse aspecto – mérito do ato administrativo.

Na outra ponta, há, como visto, a previsão constitucional de que a jurisdição é una. Isso quer dizer que cabe exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com definitividade e em substituição à vontade das partes, quaisquer conflitos eventualmente existentes. A regra é prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que estabelece que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito.”*

administrativa, está destinada a julgar litígios que envolvam a Administração Pública. A jurisdição administrativa ou contencioso administrativo forma um conjunto hierárquico de juízes e/ou tribunais administrativos, encabeçados por um órgão supremo próprio, de regra denominado Conselho de Estado ou Corte Suprema Administrativa, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária, e cujas decisões representam a última instância”. (MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 193)

²² *“Manteve-se o sistema da jurisdição una, tradicional em nosso sistema jurídico, pelo qual o Poder Judiciário dispõe do monopólio da função jurisdicional. No Brasil, cabe, pois, ao Poder Judiciário, e só a ele, resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direitos, inclusive aqueles em que seja parte o Poder Público. Não vigora, portanto, o sistema do contencioso administrativo, que predomina na maioria dos países europeus continentais, como a França, onde compete a tribunais especializados, independentes, a decisão sobre certas questões administrativas que, em última instância, são resolvidas pelo Conselho de Estado”.* (CARVALHO NETO, Tarciso Vieira. **Controle jurisdicional da Administração Pública Algumas ideias**. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013. p. 132/133)

Entretanto, além dos argumentos de índole constitucional que são apresentados de um e outro lado – separação de poderes para garantir a intangibilidade do mérito administrativo e inafastabilidade da jurisdição para garantir a intervenção judicial – há ainda argumentos outros que colocam gera dúvida se essas regras constitucionais seriam absolutas.

Para os defensores da possibilidade de revisão do mérito administrativo, a regra de que o mérito administrativo é intangível é vista com preocupação. Especialmente em matérias de âmbito sancionatório, a ideia de ver uma mesma entidade imputar a conduta ilícita, presidir a instrução da investigação administrativa e realizar o julgamento acerca da existência ou não de um ilícito administrativo, pode gerar arbitrariedades²³, sobretudo quando não há possibilidade de um controle *a posteriori* daquele ato que pode gerar consequências absolutamente gravosas para o administrado.

Verifica-se, também, que os que defendem a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo²⁴, que a definição do que é ato vinculado e do que é ato discricionários nem sempre é tão precisa. Haverá atos administrativos que podem concentrar ambos os conceitos, o que tornaria ainda mais complexa a vedação ao controle judicial. A própria aplicação de princípios – como

²³ “*Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito Administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder soberano, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas.*” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 337)

“*o Direito Público e – por conseguinte – o Direito Administrativo herdaram o caráter impositivo, autoritário, unilateral, decorrente do fato de ser o espaço público o primado da autoridade, do poder soberano, que como tal só faz sentido se sobreposto aos interesses dos indivíduos.*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72).

²⁴ A título de exemplo: “*A importância prática de preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta, eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas.*” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 55)

proporcionalidade e razoabilidade – por vezes poderá ser analisada tanto sobre o prisma da vinculação como também da discricionariedade.

Ante essa complexidade na tarefa de classificar o ato, a revisão judicial seria uma garantia inafastável voltada a tutelar uma eventual lesão a direito do jurisdicionado.

Ademais, forte é o entendimento de que *“é ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito (...) quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas”*.²⁵

Por outro lado, não são menos relevantes os argumentos de quem defende a impossibilidade de revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário, além da já relevante tese da separação dos Poderes.

É porque, como é cediço, em determinados processos administrativos, reserva-se a competência para deliberação administrativa justamente em razão de esses órgãos imbuídos dessa competência possuírem a capacidade técnica para avaliar essas questões, que eventualmente transcendem a uma análise jurídica e, por esse motivo, impediriam a análise judicial.

Entende-se, assim, que para demandas de natureza eminentemente técnica a própria justiça, proporcionalidade e razoabilidade da decisão está diretamente atrelada à capacidade do órgão para conhecer dessas matérias.

A esse propósito, para melhor elucidação da questão, define-se como atos eminentemente técnicos aqueles que dependem de uma solução de natureza técnica preliminar para que, somente então, os conceitos jurídicos e predicados legais possam ser aplicados.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 108.

Assim, por exemplo, se a discussão administrativa busca a elucidação da ocorrência ou não de ato de concentração, cartel ou outro fenômeno econômico, tem-se que se trata de uma conceituação e definição de natureza eminentemente técnica e que dependerá de uma análise e definição também técnica, para que somente então se aplique os conceitos jurídicos a partir dessa solução técnica empregada.

Para esses casos em que a solução técnica deve estar presente como condição para que os conceitos jurídicos sejam aplicáveis dar-se-á a classificação de atos de natureza eminentemente técnicas.

Por outro lado, aos casos que não dependerem de qualquer elucidação técnica prévia, dar-se-á a classificação como atos eminentemente ou puramente jurídicos.

Em continuação, acerca da escolha de um órgão capacitado para cada tipo de cenário, convém colacionar o entendimento de CANOTILHO, que elucida:

“Uma das orientações hoje sugeridas é a de que, no plano das decisões estaduais, interessa não só ou não tanto o reforço da legitimação democrática, mas que a decisão seja justa. A ‘justeza’ da decisão dependerá, em grande medida, de se escolher o ‘órgão’ mais apetrechado quanto à organização, função e forma de procedimento para tomar essa decisão”.²⁶

Exemplificativamente, pode-se citar os atos administrativos relacionados à regulação setorial. As agências reguladoras, por possuírem conhecimento técnico daquele setor específico do mercado, sem dúvida possui maiores condições para deliberar a respeito de determinada controvérsia.

²⁶ J.J. GOMES CANOTILHO, Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. Separata do v. 63 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 54

A discussão em relação a esse ponto se restringe à tecnicidade do órgão legitimado para decisão e a (in) capacidade institucional²⁷ do Poder Judiciário de adentrar no mérito dessas questões, não raramente dotadas de alta carga argumentativa de natureza técnica.

Haveria, diante desse entendimento, respeito pelo Poder Judiciário em razão do maior conhecimento técnico que possui o ente administrativo incumbido da tarefa de decidir sobre determinado tema.

Outro exemplo relevante, que também é solucionado com base nesse respeito ao conhecimento técnico do órgão administrativo no mais das vezes, são as questões decididas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Naquele órgão administrativo, as decisões envolvem matéria multidisciplinar que transcendem a uma mera análise jurídica. Os aspectos econômicos e mercadológicos são quase sempre imprescindíveis para decisão técnica a ser proferida pelo Conselho.

O mesmo ocorre com as decisões do Tribunal de Contas da União – TCU. Por possuir discussões que vão além dos temas jurídicos, o Poder Judiciário se mostraria institucionalmente incapacitado para deliberação a respeito dos assuntos.

Para esses casos, onde a discussão se restringe à tecnicidade e à capacidade institucional, a doutrina e jurisprudência parecem levar em consideração o grau de discricionariedade e aprofundamento técnico dos atos administrativos, para, a partir daí verificar a viabilidade de revisão judicial do ato administrativo.

²⁷ “As atividades interpretativa e deliberativa, desta maneira, devem considerar aspectos institucionais como seus próprios resultados, assim como quanto a instituição se encontra preparada para enfrentar as demandas sociais que recebem. Estes aspectos institucionais servem como parâmetros para definir os limites de uma atividade institucional legítima. Capacidades institucionais representam um fenômeno de natureza institucional relacionada às possibilidades de o agente levantar recursos e informações que balizem o seu entendimento. Da mesma maneira, a especialização é um fator que conjugar maiores capacidades institucionais à atuação, representando um conhecimento aprofundando sobre os debates teóricos e empíricos em torno dos fatos conexos à sua atividade”. (BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; RANGEL, Henrique. **A legitimidade na teoria institucional: os efeitos sistêmicos como um aspecto legitimatório. Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 22, p. 148/169, jan./mar. 2013).

Justamente por esse motivo, a doutrina e a jurisprudência parecem seguir uma direção bastante clara em relação à possibilidade ou não de revisão judicial dos atos administrativos. Estabeleceu-se, com maior precisão na obra *“Controle Judicial de Uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle”* de autoria do Professor Eduardo Jordão a razoabilidade e regularidade da aplicação da teoria da deferência, em razão da qual os tribunais se limitam a analisar determinados aspectos da decisão administrativa, sem, contudo, (re)avaliar a solução dada pelo agente público.²⁸

Há, portanto, um exercício de autocontenção pelo Poder Judiciário que, reconhecendo a capacidade técnica da entidade administrativa, comporta-se no sentido de limitar sua análise a aspectos de legalidade e procedimento, com um comportamento deferente em relação ao mérito do ato administrativo. A teoria da deferência, portanto, impõe uma abstenção do Poder Judiciário em relação à análise do mérito do ato administrativo e à solução dada a determinada controvérsia.

Há uma predominância no entendimento dos especialistas acerca da aplicação da teoria da deferência em relação às decisões pautadas por critérios eminentemente técnicos, já que as discussões acerca da tecnicidade e da capacidade institucional ganham relevo, fazendo com que prevaleça, com definitividade, as soluções tomadas pela entidade administrativa que elucidou tecnicamente a controvérsia a ela apresentada.²⁹

²⁸ *“Há deferência judicial quando os tribunais se limitam a avaliar (por exemplo, na hipótese mais difundida) a razoabilidade da decisão realizada pela autoridade administrativa diante de uma questão substancial. Nesta hipótese, os tribunais evitam oferecer sua própria solução para a questão controvertida.”*. (JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de Uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle**. SBDP/Malheiros. 2016. p. 50)

²⁹ Tratando do controle judicial de decisões proferidas por agências reguladoras, Eduardo Jordão explica que *“Como a matéria regulatória é tecnicamente complexa, a deferência judicial às decisões das agências reguladoras transmitiria a ideia de respeito judicial a uma instituição comparativamente mais bem adaptada para enfrentá-la (tanto em função da natureza da sua atuação diuturna, como em função do seu maior aparelhamento institucional). Além disso, veicularia a intenção de não prejudicar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa. Dito de outro modo, a justificativa do controle judicial deferente às decisões das agências reguladoras reside, de um lado, na inadequação subjetiva e objetiva dos*

A dúvida surge, porém, ao se discutir a viabilidade da aplicação da teoria da deferência em relação a decisões administrativas que não são pautadas pelo critério técnico, mas sim com base em análise jurídica e interpretação legal sobre determinados conceitos jurídicos indeterminados.

Questiona-se, portanto, se a teoria da deferência deve ser aplicada em relação a decisões de cunho eminentemente jurídico, que não demandam conhecimentos multidisciplinares e que não envolvem discussões acerca da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Assim, a dúvida que se pretende responder é se a teoria da deferência poderia ser aplicada em casos de decisões administrativas puramente jurídicas, sobrepondo-se a regra constitucional da unicidade da jurisdição.

Tal discussão ganha relevância com a análise das decisões administrativas – sobretudo os atos sancionatórios – aplicados com base na Lei Anticorrupção.

No bojo da referida lei, por mais paradoxal que possa parecer, a questão mostra-se mais complexa em razão de inexistirem grandes discussões técnicas que impediriam a análise judicial por incapacidade institucional, por exemplo.

Na medida em que as sanções e os atos considerados ilícitos pela Lei Anticorrupção se compatibilizam com a cognição empreendida pelo Poder Judiciário, a questão se restringe, no plano de fundo, acerca do debate constitucional sobre a Separação dos Poderes e a Inafastabilidade da Jurisdição, que, por sua vez, se desdobra nas discussões relativas à deferência e à intensidade do controle judicial.

*tribunais para a regulação; de outro, no prejuízo que a sua intervenção pode causar à política regulatória das agências.”. (JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de Uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle.** SBDP/Malheiros. 2018, p. 541).*

Isso porque, tem-se como claro o entendimento, fundado na teoria da deferência, de que para decisões de natureza eminentemente técnica, a postura do Poder Judiciário deve ser de abstenção, já que o órgão administrativo, aparelhado tecnicamente, possui maiores condições de conhecer da matéria, sobretudo em razão da potencial incapacidade institucional do Poder Judiciário. É verdade que o controle, nessa hipótese, deverá ser analisado caso a caso, de acordo com o nível de complexidade técnica e da discricionariedade, de modo a avaliar a intensidade do controle.

Essa solução não resolve, porém, os casos em que a decisão administrativa, ainda que pautada em níveis de discricionariedade e com base em conceitos jurídicos indeterminados, possa resultar em lesão ou ameaça de lesão a direito tenha cunho eminentemente jurídico – como são as sanções aplicadas com base na Lei Anticorrupção.

Afinal, a indagação que merece ser respondida para solucionar essa controvérsia é se seria possível o sistema jurídico brasileiro estabelecer que a jurisdição é una, e, ao mesmo tempo impedir o conhecimento do Poder Judiciário a respeito de atos administrativos sancionatórios – e que, portanto, podem resultar em lesão à direito – em razão da proteção ao mérito administrativo.

Mais do que uma decisão sobre competências e atribuições reservadas a cada um dos Poderes, trata-se de uma questão de acesso à justiça, garantia

fundamental³⁰ previstas nos mais difundidos pactos internacionais³¹, que jamais pode ser relativizado, o que significaria verdadeiro retrocesso.³²

É evidente que, embora não possa ser violado, o direito de acesso à justiça encontra a necessidade, em determinados momentos, de observância de alguns requisitos³³, como são os casos de necessidade de esgotamento da via administrativa para questionamentos relacionados à justiça desportiva, a questionamentos relacionados a direitos previdenciários, impetração de *habeas data* etc.³⁴ Isso não quer dizer, porém, que seja impedido o conhecimento judicial do litígio pelo Poder Judiciário. O que há, apenas, é a necessidade de observância de um procedimento prévio à propositura de uma ação judicial.

³⁰ "A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível" (STF, RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 2/05/1997)

³¹ Cite-se o 8º, 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual dispõe que "[...] toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza [...]". No mesmo sentido o art. 6º, 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 - "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela";

³² "Algumas exceções históricas que este princípio sofreu se deram em períodos de não vigência do Estado de Direito. Nestas ocasiões, eram frequentes determinados atos de força legislativa auto-excluírem-se da apreciação do Judiciário. Estas exceções, contudo, tinham sempre a sua vigência condicionada à manutenção do Estado autoritário. Desaparecido este, restaura-se, em sua plenitude, a acessibilidade ampla ao Poder Judiciário" (BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 171.)

³³ Lembre-se, inclusive, que o próprio texto constitucional de 1967 estabelecia, expressamente, a necessidade de esgotamento da via administrativa para que fosse garantido o acesso à justiça. Embora não esteja mais previsto no texto da constituição vigente, há ainda algumas hipóteses em que se exige o esgotamento da via administrativa para que seja viabilizado o acesso à justiça. Veja o texto constante do art. 153, §4º da Constituição Federal de 1967, com redação que lhe foi dada pela EC 7/1977: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido."

³⁴ "Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Judiciário (o contraditório e a ampla defesa), não tem caráter absoluto. Logo, hão de ser exercidos, pelas partes, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recurso, ainda mais quando não observados os procedimentos estatuídos" (STF, RE 158.665, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 2/05/1997).

Em todo caso, mesmo exigindo-se que sejam superadas essas condicionantes de esgotamento da via administrativa, é garantido, indiscutivelmente, a disputa judicial em relação aos temas propostos, o que se justifica em razão da impossibilidade de se afastar da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.³⁵

Portanto, de um lado, há o direito constitucional, inviolável e inafastável de acesso à justiça. De outro, há a necessidade de garantia de separação dos Poderes, impedindo-se que o Poder Judiciário interfira indistintamente nas decisões administrativas.

O entendimento jurisprudencial, doutrinário e o estudo do direito comparado a respeito do tema trazem reflexões importantes acerca dessa indagação, como se observará ao longo da presente pesquisa.

Capítulo 1 – Dos Atos Administrativos Sancionatórios e do Seu Controle Judicial

A discussão relativa ao controle judicial dos atos administrativos não é recente, tampouco pacífica.

³⁵ Nesse sentido: *"garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos 'segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado'. Por isso, a abertura da via judiciária é uma imposição directamente dirigida ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais"* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Direito constitucional e teoria da constituição"**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275)

"...a função jurisdicional do Estado visa à atuação da lei aos conflitos de interesses ocorrentes, assim compondo-os e resguardando a ordem jurídica. Sua finalidade é manter a paz jurídica, o que se dá com a afirmação da vontade da lei e conseqüente atribuição a cada uma das partes daquilo que é seu. Atuando a lei, a jurisdição faz justiça. Desse modo, tutela a ordem jurídica e, conseqüentemente, o direito subjetivo, quando ameaçado ou violado" (SANTOS, Moacyr Amaral. "Primeiras linhas de direito processual civil". 16ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 70)

"(...) Nas bases da Constituição vigente, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerida pelas partes de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição." (FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 142)

De um lado, há discussões que se referem a conceitos constitucionais que podem parecer conflitantes diante daqueles que defendem a possibilidade de intervenção. De outro, a proteção aos direitos e garantias individuais pode demandar a necessidade de uma agir do Poder Judiciário para coibir abusos e evitar lesões a direitos.

Não é possível tratar do controle judicial dos atos administrativos sem indicar, ao menos brevemente, qual a diferença entre os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários.

1.1. Dos Atos Administrativos Vinculados e dos Atos Discricionários

Os atos administrativos vinculados, como já difundido, são aqueles que indicam específica e detalhadamente qual deve ser o agir do Administrador ou agente público.

A lei não deixa dúvidas em seu comando de quais devem ser todas as condutas que um agente público deve seguir para permitir prática de determinado ato administrativo. Em outras palavras, a lei estabelecerá, em um ato vinculado, o passo a passo de como deve agir o administrador.

Note que neste caso o agente público, para fazer cumprir a lei, não possui dúvidas ou margens de escolha de qualquer será a sua conduta. Não é dado ao Administrador qualquer espaço para deliberação ou ponderação, já que a lei é específica em conceituar e indicar os seus deveres.

De outro lado, há os atos administrativos discricionários que são aqueles que, muito embora a Lei estabeleça de maneira clara quais os passos que deve seguir o administrador – já que pela elementar do princípio da legalidade somente poderá fazer aquilo que a lei autoriza – é concedida uma certa liberdade de escolha dentro de determinadas margens estabelecidas pela legislação.

Ou seja, dentro dos limites da lei, permite-se ao agente público uma escolha, sempre devidamente fundamentada.

Nesse sentido:

“Os limites da ação voluntária do agente são, portanto, o ordenamento jurídico (limites traçados pela lei para o caso concreto), a competência (do agente e do órgão), a finalidade (do interesse público concreto) e forma (prescrita ou permitida por lei): ultrapassar esses limites significa arbitrariedade, a contrário da discricionariedade, que é a liberdade de movimentação do agente público, nos atos não vinculados, dentro de tais limites.”³⁶

Muito embora o cumprimento de determinado comando legal possa, remotamente, implicar em alguma lesão ou ameaça de lesão a direito, são os atos discricionários que acabam por resultar em relevantes discussões e provocar demandas judiciais que buscam o controle do ato pelo Poder Judiciário.

Isso porque, ao se conferir ao agente público determinada margem de escolha, faz-se com que tal escolha possa ora ser melhor ora ser prejudicial para o administrado, o que implica em descontentamentos e subjetivismos. Também resulta, pé preciso dizer, em arbitrariedades ainda que dentro das margens estabelecidas na legislação.

Ou seja, ainda que dentro dos limites da discricionariedade, por vezes as espaçadas margens conferidas pela legislação podem conceder ao administrador a possibilidade de decisão arbitrárias, que invariavelmente levarão a discussão ao controle judicial.

No entanto, o controle judicial da discricionariedade ou o controle do mérito do ato administrativo é questão substancialmente polêmica, já que, como visto, passa por uma série de conceitos aparentemente conflitantes e potencialmente contraditórios.

³⁶ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª. ed., p. 511

Assim, como se verá adiante, a possibilidade de controle judicial de determinados atos administrativos dependerá do sistema jurídico no qual aquele ato administrativo se insere, já que a possibilidade de controle dependerá das regras e princípios aplicáveis àqueles atos.

Por esse motivo, torna-se relevante a análise acerca das espécies de sistemas em relação ao controle judicial dos atos administrativos.

Capítulo 2 – Das Espécies de Sistemas Jurídicos de Controle Judicial dos Atos Administrativos

Como observado nos tópicos precedentes, a discussão acerca da revisão judicial de atos e decisões administrativas não é passível de resolução a partir de um modelo único, de uma técnica ou de um método que possa ser aplicável de maneira universal.

Isso porque, a eficiência da técnica ou do modelo fica obrigatoriamente subordinada ao sistema jurídico onde ela se insere, de modo que, o sucesso da solução condiciona-se à obediência das normas que regem o sistema.

Portanto, antes de identificar os métodos de controle judicial dos atos administrativos, é imperativo o conhecimento dos sistemas nos quais eles se inserem, pois, como visto, de nada adiantará um procedimento/método extraordinário se ele se mostrar inapto dentro do sistema do qual ele pertence.

Dentre os vários sistemas que existem no direito comparado, já que cada país possui suas regras e diretrizes próprias, há ao menos 3 (três) sistemas principais que merecem ser objeto de estudo para elucidação do problema proposto na presente pesquisa.

2.1 – Sistema de Jurisdição única ou Unicidade de Jurisdição

O primeiro deles é o sistema de jurisdição única, una ou exclusiva, que estabelece que somente o Poder Judiciário poderá decidir, com definitividade e em substituição à vontade das partes, os conflitos estabelecidos entre particular e Administração Pública.

Neste sistema, não há qualquer impedimento que a Administração Pública profira suas decisões, exercite as suas prerrogativas e privilégios – sobretudo a autotutela – e desempenhe efetivamente os poderes que lhe foram atribuídos. O que se estabelece, apenas, é que tais decisões administrativas não estão imunes de revisão judicial, já que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser afastada do Poder Judiciário, que é quem detém exclusivamente a função jurisdicional.

Note, portanto, que a ideia de unicidade de jurisdição é indissociável da cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição, já que uma fundamenta a outra. A jurisdição é una, pois é inafastável. A jurisdição é inafastável, porque é a única!

2.2. Sistema de Dualidade Jurisdicional

De outro lado, há o sistema dualista, ou sistema de dualidade de jurisdição, que, ao contrário do sistema da unicidade, não prega a inafastabilidade do Poder Judiciário para todo e qualquer conflito.

Nesse tipo de sistema há a coexistência de duas ‘jurisdições’, que concomitantemente transitam em paralelo³⁷. De um lado, há a jurisdição comum,

³⁷ “O sistema de jurisdição dupla, de dualidade de jurisdição ou dualista caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa, esta destinada a julgar litígios que envolvam a Administração Pública. A jurisdição administrativa ou contencioso administrativo forma um conjunto hierárquico de juízes e/ou tribunais administrativos, encabeçados por um órgão supremo próprio, de regra denominado Conselho de Estado ou Corte Suprema

que trata de litígios primordialmente relacionados aos interesses privados – disputas comerciais, demandas relativas a interesses particulares de pessoas físicas, litígios referentes a interesses de empresas etc.

Nesta hipótese, de exercício judicante para tratamento de demandas relacionadas a direito privado, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário a decisão final. Ainda no sistema dualista não há dúvida acerca da exclusividade do Poder Judiciário de decidir definitivamente conflitos insaturados em razão de interesses unicamente privados.

A diferença surge quando inserido na discussão o interesse público, seja ele o interesse primário – atingimento dos fins públicos – seja ele o interesse secundário – interesses internos do Poder Público.

Para dirimir questões relacionadas aos interesses públicos de quaisquer espécies, no sistema dualista, atribui-se a competência a um tribunal próprio, alheio ao Poder Judiciário. Cria-se, normalmente, um tribunal administrativo vinculado ao Poder Executivo que terá como atribuição a elucidação de disputas nas quais haja interesse público envolvido.³⁸

Há, portanto, de um lado a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, que tem por objeto a resolução de conflitos de natureza eminentemente privada. E há, de outro lado, a atividade jurisdicional exercida

Administrativa, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária, e cujas decisões representam a última instância”. (MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 193)

³⁸ “*Essa autonomização de uma jurisdição própria da Administração Pública foi devida, sem dúvida, a motivos técnicos resultantes da necessidade de os litígios da Administração serem apreciados por um juiz tecnicamente mais apto e idôneo. Mas, e embora a juridicização administrativa corresponda ainda hoje a um princípio de divisão de tarefas, a doutrina reconhece que o motivo técnico não foi ‘o único nem o principal’ (NIGRO). A principal razão foi, pelo contrário, de natureza política: a jurisdição administrativa surgiu devido à especial interpretação que, ‘à luz de uma tradição’ (RIVERO), foi feita do princípio da separação de poderes. No plano das relações entre o Poder Judicial e o Poder Executivo, esse princípio de separação admitia, à partida, duas interpretações possíveis: ou se entendia que, mesmo nos casos em que a Administração é parte, se trata ainda de atividade de julgar, da competência dos tribunais judiciais ou, como veio a acontecer, se acentuava o facto de se tratar de julgar o Executivo e, assim, se proibia a ingerência dos tribunais comuns*”. (ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra. Almedina, 2003. p. 23/24)

por um determinado órgão ou entidade administrativa, que terá como tarefa a resolução dos casos que versem sobre direitos e interesses públicos.

Como a divisão de competências e atribuições é cristalina e bem demarcada, discussões acerca de revisões dessas decisões judiciais ou administrativas (profira pelo Poder Judiciário ou pelo tribunal administrativo) perdem relevância. Havendo um critério técnico e claro acerca das competências, poucas dúvidas remanescem acerca da forma de aplicação das sanções, e desaparece a importância de discutir a possibilidade de interferência de em uma 'jurisdição' na outra.

É evidente que tal fato não elimina absolutamente eventuais dúvidas ou controvérsias a respeito dessas questões, já que haverá casos que, com muita pertinência, discutir-se-á de quem será a competência para analisar determinados litígios. As discussões se restringem, porém, a avaliação acerca da competência (se interesse é público ou privado), ou se havendo concurso de interesses de quem é a competência para resolução. Uma vez definida a competência, não mais se discute sobre as decisões proferidas.

Não haverá, destarte, interferências do Poder Judiciário no tribunal administrativo, e não haverá interferências do tribunal administrativo no Poder Judiciário. A divisão de poderes e a ideia de *check and balancess* ecoa nestes sistemas, também denominado de contencioso administrativo!³⁹

Tais discussões a respeito dos sistemas – se dualista ou de unicidade de jurisdição – serão tanto mais complexos quanto maiores forem as particularidades de cada sistema jurídico.

Em diversos países não há uma definição clara a respeito de qual é o sistema jurídico vigente, se é um sistema de unicidade de jurisdição, se é um sistema dualista ou se é um sistema misto ou híbrido.

³⁹ “Este sistema es un sistema de autocontrol; no podrían ya ejercerlo los jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración...”. (ENTERRÍA, García de. **La Lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo**. Madrid: Ediciones Civitas, 1974. p. 20).

Haverá situações em que o sistema jurídico é primordialmente unitário, mas que encontra algumas reservas relativas às decisões administrativas. Haverá sistemas em que a revisão judicial dos atos/decisões administrativas será feita pelo Poder Judiciário como uma função efetivamente revisional, como se uma instância recursal fosse; haverá sistemas que estabelecerão critério específicos definindo quando será e quando não será possível a intervenção do Poder Judiciário no ato/decisão administrativa.

E por isso cabe repetir: tais sistemas serão tanto mais complexos quanto maiores forem as suas peculiaridades.

As pesquisas relacionadas ao assunto, entretanto, permitiram algumas conclusões parciais a respeito dos sistemas existentes e identificados, o que pode servir como parâmetro para elucidação do problema proposto.

Duas conclusões importantes deste capítulo que servem como premissa de todo o trabalho: **(i)** é indiscutível a existência de sistemas puramente de unicidade de jurisdição e sistemas puramente dualistas. Isto é, em determinados sistemas jurídicos verificou-se que a aplicação de determinado método sem que ele seja contaminado por regras ou ideias de outro sistema; **(ii)** por outro lado, é indiscutível que existam alguns sistemas que mesclam conceitos tanto de um sistema unitário como de um sistema dualista. Neste aspecto, deve-se observar que realizada tal ‘mistura’ haverá problemas complexos a serem enfrentados.

Daí porque é possível concluir que haverá a presença de um terceiro sistema, que poderá ser classificado como sistema de unicidade jurisdicional mitigada ou temperada.

2.3. Unicidade Jurisdicional Mitigada ou Temperada

Na análise empreendida em relação a essa última conclusão – de sistemas que mesclam ideias de dois modelos diferentes – há que se observar um padrão que é indissociável da análise.

É porque, do que foi observado, pode-se concluir que esses sistemas são compostos de **elementos fixos e elementos variáveis**. Os elementos fixos se traduzem naquelas características que pertencem ao núcleo fundante do sistema, aquelas características *sine quo non* de funcionalidade daquele modelo estabelecido. Por elementos variáveis entende-se como aquelas regras que se amoldam ao sistema estabelecido, fazendo incorporar parâmetros que servirão de base para aplicação desse modelo combinado.

Isto é, no estudo comparado verificou-se que esses sistemas jungidos – que mesclam características tanto do sistema de unicidade de jurisdição como do sistema dualista – há alguns critérios elementares que são determinantes para a existência daquele sistema. Os elementos fixos do sistema proposto são saltitantes quando se lê as regras e critérios de determinados modelos.

É diferente, entretanto, dos sistemas puramente dualistas ou puramente unitários, em que não se verifica elementos básicos que fundam o sistema (elementos fixos) unidos com elementos que se amoldam a esse sistema principal (elementos variáveis). O que há são balizas fortes e bem determinadas daquele engessado sistema.

Nos sistemas mistos, porém, as circunstâncias são diferentes, já que há união de ideias entre os sistemas propostos. Essa união, no entanto, embora represente a mescla de duas ideias centrais dos sistemas, não admitirá a subversão de algumas premissas básicas para estabelecimento do sistema.

Na maior parte dos casos estudados, sobretudo no Brasil e nos Estados Unidos, constata-se que embora os sistemas apresentem características tanto de uma unicidade de jurisdição como de uma justiça dualista, há claros elementos fixos desses sistemas que servem como norte para aplicação do modelo de uma maneira geral.

Com efeito, pode-se observar que tanto no sistema brasileiro como no sistema norte americano a regra geral e inafastável é a da inafastabilidade da

jurisdição e do exercício preponderante da jurisdição estatal, exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário. Este é sempre o elemento fundante desses sistemas jurídicos.

No entanto, determinadas regras relativas a esses sistemas que não são puros se amoldam a ele para atender a determinados objetivos. Essas regras que se amoldam ao sistema jurídico são os elementos variáveis antes destacados, já que permitem alguma variação da aplicação do modelo sem lhe retirar a sua essência, ou a sua regra principal. Assim, se nesses sistemas de 'jurisdição mista' o elemento fixo e invariável é o exercício da jurisdição estatal pelo Poder Judiciário, os elementos variáveis trarão alguns requisitos, ressalvas, reservas em relação a aplicação desse modelo.

Ouse-se concluir, diante deste contexto e a título de conclusão parcial, que há uma espécie de unicidade jurisdicional **temperada** em relação a esses modelos alcunhados como mistos, já que a regra é a da unidade, mas complementada e salpicada por alguns elementos que seriam próprios do sistema dualista.

Os exemplos, evidentemente, poderiam ir ao infinito. Mas especificamente em relação aos países acima mencionados (Brasil e Estados Unidos) é possível trazer algumas características semelhantes em relação a esses sistemas, sobretudo em relação à sua conformação como sistemas de unicidade jurisdicional temperada.

No caso dos Estados Unidos da América, embora a regra seja da inafastabilidade da jurisdição, o acesso ao Poder Judiciário para discutir decisões administrativas não é irrestrito. Como será demonstrado a frente, nos Estados Unidos da América e em relação às decisões administrativas, o Poder Judiciário funciona como verdadeiro 'órgão revisor' ou instância recursal.

Assim, exige-se, como pressuposto da demanda judicial, o esgotamento da via administrativa para que, somente então, se possa ingressar no Poder Judiciário para que esse possa rever a decisão proferida.

Há, assim, a inafastável conclusão de reserva administrativa acerca da etapa inicial e instrutória do processo, limitando-se o Poder Judiciário a avaliar a decisão proferida pela autoridade administrativa, o que, ao menos em tese, limita o exercício e o alcance do Poder Judiciário em relação a questões que não tenham pertinência direta com os temas tratados na decisão administrativa.

Ao funcionar como órgão puramente revisional, o Poder Judiciário deve respeitar a dialeticidade, devendo abster-se de empreender análise em relação a questões que não foram debatidas ao longo do processo administrativo.

Trata-se de uma conclusão pautada pela própria regra do sistema: se a revisão judicial é requisito para a propositura da demanda perante o Poder Judiciário, há, conseqüentemente, uma limitação de atuação do Poder Judiciário, que estará adstrito às conclusões postas na decisão administrativa.

Este 'prequestionamento' obrigatório das matérias que serão ou poderão ser levadas ao Poder Judiciário demonstra uma limitação à atuação do Poder Judiciário, e embora seja a regra do sistema a inafastabilidade da jurisdição – o elemento fixo –, verifica-se que essa regra é mitigada, já que a jurisdição pode ser afastada ou inviabilizada caso não tenha sido analisada a discussão pretendida na decisão administrativa sobre a qual se recorre.

Portanto, ao que parece, o sistema dos Estado Unidos da América seria um exemplo claro de unicidade jurisdicional temperada, já que se reúne nos sistemas o elemento fixo da inafastabilidade da jurisdição, mas se estabelecem alguns predicados que limitam a atuação jurisdicional, ou condicionam o direito de ação pelo jurisdicionado.

2.4. O Sistema Jurídico Brasileiro

No sistema jurídico brasileiro, de igual modo, não há o respeito a uma ideia de unicidade jurisdicional pura.

Como regra geral, estabelece-se, pela cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição e em razão de a jurisdição ser una, que nenhuma norma pode estabelecer instâncias administrativas de curso forçado, ou seja, ressalvadas as expressas exceções constitucionais⁴⁰, não se admite, como condição de ajuizamento de demanda judicial, o esgotamento das vias administrativas. Assim, define-se que somente os órgãos judiciais podem proferir decisões definitivas, dotadas de *'the final enforcing Power'*, como salientam os administrativistas norte-americanos.⁴¹

Entretanto, as precisas definições a esse respeito são contrapostas por outras regras e entendimentos. Prova disso é que a revisão judicial de atos/decisões administrativas no Brasil encontra uma grande discussão, onde entram em evidência a natureza do ato administrativo e a natureza do conteúdo desses atos.

De um lado, não há dúvidas acerca da possibilidade do controle judicial do ato administrativo vinculado, caso seja observado algum desrespeito sobre a forma, conteúdo ou finalidade daquele ato praticado. Se o agir da Administração é pautado por um determinado *iter* expressamente estabelecido na Lei, a constatação de descumprimento desse procedimento é facilitada, o que dá ensejo à intervenção judicial.

⁴⁰Por exemplo:

“Art. 217 (...)

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”

⁴¹ Esclarecendo tal definição, Hely Lopes Meirelles elucida que: “a denominada coisa julgada administrativa, que, na verdade, é apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao ato jurisdicional administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam de *the final enforcing Power* e que se traduz livremente como o poder conclusivo da Justiça Comum. Esse, poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o contencioso administrativo, é privativo das decisões judiciais. Sobre esse tema, observou, com justeza, Araújo Falcão que: ‘Mesmo aqueles que sustentam a teoria da chamada coisa julgada administrativa reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de res judicata propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, quando ocorresse, sob o nome de irretroatividade.’ (Direito administrativo brasileiro. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 687-688).

Se, por outro lado, o ato/decisão administrativo é pautado pela discricionariedade, isto é, embora também esteja previsto na lei, o administrador tem mais de uma forma de praticar aquele ato, ou possui uma determinada margem para decisão, a intervenção do Poder Judiciário encontra algumas ressalvas.

As decisões administrativas discricionárias revelam a atribuição de determinados poderes e competências para o editor daquele ato. Considerando a elementar da legalidade que estabelece que o agente público somente pode agir nas hipóteses que a lei ordena, o agir discricionário conforme a lei é a própria expressão do exercício dos poderes e competências conferidos pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo.

Entende-se, em linhas gerais, que a atribuição de competências à administração para analisar tais contendas resulte exatamente de aptidão técnica para lidar com as matérias relacionadas a tais atribuições.⁴² Em outras palavras, privilegia-se o conhecimento técnico da autoridade administrativa em detrimento da reserva judicial.

Daí porque a intervenção judicial pode ser dificultada, já que a extrapolação dos limites de atuação do Poder Judiciário poderia resultar em uma quebra da cláusula de independência dos poderes, ou do *check and balances*. É uma discussão para outro momento nesta pesquisa.

Acerca da discussão e do tratamento da revisão judicial de atos administrativos no Brasil, é preciso observar que, atualmente, há uma tendência em se afirmar que o mérito do ato administrativo é intangível, já que expressa o

⁴² “A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que têm contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Os que o criticam se baseiam no fato de que fica mitigada em favor dos litigantes privados a garantia de imparcialidade, já que na Justiça Administrativa o Estado, em tese, é parte e juiz do conflito.” (CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 1003.).

exercício discricionário e, portanto, os poderes e competências atribuídos pela lei para o agente público.

É claro que essa ideia cuja elucidação compõe uma parcela relevante do objetivo da pesquisa compreende uma série de discussões, polêmicas e vertentes que serão estudadas a frente. Mas a verdade é que, em maior ou menor grau, doutrina e jurisprudência estão em consenso quanto à impossibilidade de revisão judicial de atos e decisões administrativas em determinadas hipóteses que serão estudadas.

Entende-se, assim, que em pese a necessidade de análise dos atos administrativos e a verificação da intensidade de controle desses atos, o fato é que ao olhar para o regramento brasileiro se está diante de um sistema de unicidade jurisdicional temperada, já que a regra geral do sistema é a da possibilidade de controle do ato administrativo em razão da unicidade da jurisdição (elemento fixo), com algumas ressalvas e reservas que se amoldam a esses sistema para apresentar algumas condicionantes em relação ao sistema como um todo (elementos variáveis).

Conclui-se, assim, que a ideia de sistemas jurídicos em relação ao controle judicial pode ter três faces principais: **(i)** o sistema que estabelece puramente a unicidade de jurisdição; **(ii)** o sistema que estabelece puramente a jurisdição dualista; **(iii)** e o sistema que reúne elementos de ambos os sistemas. Como visto acima, alcunhou-se, neste trabalho, a terceira hipótese como unicidade jurisdicional mitigada ou temperada.

Feita essa análise preliminar, adiante serão estudados cada um dos sistemas e empreendida a análise do direito comparado.

Capítulo 3 – Do Controle Judicial dos Atos Sancionatórios Fundamentados na Lei Anticorrupção

3.1) Das Decisões Sancionatórias de Natureza Eminentemente Técnicas e a Aplicação da Teoria da Deferência

Foi demonstrado até o presente momento que há, basicamente, 3 (três) modelos principais de sistema jurisdicional, ou ao menos 3 (três) mais importantes. Dentre eles está o sistema que estabelece a unicidade da jurisdição, o sistema que estabelece uma jurisdição dual, e um terceiro sistema, neste trabalho denominado de sistema de unicidade jurisdicional temperada, que representa a união de alguns dos dois sistemas anteriores.

Antes de analisar os atos administrativos sancionatórios aplicados com base na lei anticorrupção, que trazem decisões de cunho puramente jurídico, cabe avaliar a aplicação da teoria da deferência, sobretudo em decisões administrativas de natureza eminentemente técnica.

No sistema brasileiro de jurisdição, que é o sistema sob o qual se deve voltar o olhar a partir deste momento, é evidente que há uma predominância pela regra da unicidade da jurisdição, que é a regra geral e cláusula constitucional, mas em algumas e determinadas hipóteses essa regra geral e constitucional pode ser mitigada para atender aos anseios desse sistema.

Isso porque, convencionou-se concluir que as decisões administrativas de natureza eminentemente técnicas não poderiam ser submetidas à revisão, validação ou controle do Poder Judiciário, seja porque se trata de uma decisão relacionada ao mérito administrativo e, portanto, uma função atribuída pela lei ao Poder Executivo, seja por se tratar de decisão de caráter eminentemente técnico, cuja cognição judicial não alcançaria.

Centra-se neste momento a análise para a segunda hipótese, onde se fundamenta a necessidade de abstenção do Poder Judiciário em razão do aspecto técnico da decisão.

É certo que a atividade judicante, jurisdicional, é pautada pela generalidade, no sentido de que o magistrado, dotado do conhecimento das leis, aplica o direito delas decorrente ao caso concreto submetido à avaliação.

A evolução da compreensão acerca da atividade jurisdicional, evidentemente, retirou a ideia obsoleta de que ao juiz cabia dizer apenas a vontade da lei, ao afirmar que *'le juge est la bouche de la loi'*, ou que o juiz é a boca da lei.

Como a evolução do entendimento, chegou-se à conclusão de que a atividade do juiz não se limitava à aplicação pura e simples da legislação, mas sim a realização da própria subsunção, que é a própria atividade judicial de aplicar a lei ao caso concreto, levando em consideração o seu livre convencimento motivado.

A verdade é que ao mesmo tempo em que avançou a compreensão acerca da função jurisdicional, já que se entendia que aquela ideia inicial de mera aplicação da lei ao caso concreto se mostrava ineficiente, de igual modo se avançou a análise e o tratamento de algumas matérias de interesse da sociedade.

Verificava-se, em determinado momento, que a complexidade das relações comerciais, institucionais, econômicas, gerenciais etc. demandavam conhecimento altamente especializado, que, por vezes, não eram encontrados no governo central, o que dificultava a análise de determinadas demandas sociais. Com isso, inicia-se a construção de um pensamento voltado à descentralização e desconcentração de determinadas funções do estado, sobretudo em razão da necessidade de aprimoramento técnico de alguns setores.

Esse processo evolutivo é resultado de um avanço que se inicia propriamente entre os anos de 1980 e 1990, quando então o Estado passou a perceber que não possuía condições suficientes para tratar e dispor sobre determinadas questões sociais, mercadológicas, técnicas etc.

A insuficiência de conhecimento técnico especializado em determinados setores e a mera referência à lei para conduzir os interesses da sociedade, lei essa editada de maneira geral e abstrata, muitas vezes resultava na dificuldade ou até mesmo na inviabilização de efetivação de direitos e, ao fim e ao cabo, na consagração do Estado Democrático de Direito.

Identificou-se, assim, um Estado de parcial ineficiência, uma vez que a inexistência de conhecimento técnico, normas concretas e direcionadas a determinados seguimentos – como energia, saúde, saneamento etc. – impediam a consagração desses direitos básicos.

Neste momento inicia-se de maneira mais efetiva a atividade regulatória no Brasil, com a criação de algumas agências reguladoras, que, sob a roupagem de autarquias especiais, foram criadas de modo a permitir que o Estado empreendesse a regulação setorial em relação àquelas atividades sensíveis e que representava ao final, direta ou indiretamente, a consagração de direitos.

Além das agências reguladoras, que foram criadas e passaram a desempenhar um papel importante a partir dos anos 90 (noventa), há outras entidades que foram criadas ainda antes disso, mas que também desempenhavam papéis relevantes e pautados pelo critério técnico, como é o exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (criado em sua concepção original em 1962) e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM (criada em 1976).

A ideia de criação dessas entidades, e, também, de alguns órgãos que integram a própria administração central de alguns entes federativos, sempre foi permitir a presença do Estado em alguns locais onde ele não alcançava em razão da sua absoluta incapacidade técnica.

Essas entidades e órgãos criados com natureza eminentemente técnica funcionam, desde então, como uma espécie de *longa manus* do Estado, de modo a permitir a efetiva participação do Poder Público em áreas de alta tecnicidade.

A atribuição de poderes amplos a essas entidades, justamente em razão da impossibilidade de tratamento de tais questões pelo próprio Estado, faz com que essas entidades tenham a possibilidade de praticar atos das mais variadas espécies, tudo para permitir a mencionada efetivação de direitos e controle de determinados segmentos sensíveis do mercado.

O desempenho das funções atribuídas a essas entidades, no entanto, podem resultar em lesões ou ameaça de lesões a direitos. Afinal, como é cediço, essas entidades exercem poder fiscalizatório, poder de polícia que pode restringir determinados direitos e criar determinadas obrigações.

O administrado que se sentir violado em razão de alguma decisão ou entendimento dessas entidades administrativas poderá, eventualmente, bater às portas do judiciário para ver tutelado o seu direito. Até porque, pela ordem constitucional vigente, *‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’*. (art. 5º, inciso XXXV, CF).

É esse movimento, apresentado de maneira minguada, que instaura a discussão acerca da possibilidade ou não de revisão judicial dos atos administrativos no Brasil.

Passa-se a discutir, assim, se essas decisões administrativas poderiam ser revistas pelo Poder Judiciário, já que diversos problemas poderiam surgir dessa intervenção. Dois argumentos principais podem ser resumidamente apresentados neste momento, sem prejuízo de tratamento em tópico pertinente.

Em primeiro lugar, a intervenção do Poder Judiciário na atividade estatal poderia resultar em uma violação à **separação dos poderes**, pois, se por meio da Constituição Federal ou da legislação fora atribuído uma série de poderes e competências para essas entidades administrativas – vinculadas ao Poder Executivo – a vulneração dessas decisões administrativas em razão da revisão judicial implicaria em quebra da cláusula de separação de Poderes, já que o

Poder Judiciário estaria extrapolando suas competências e invadindo a seara de atuação do Poder Executivo, seara essa estabelecida pelo ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, defende-se a **incapacidade institucional** do Poder Judiciário para analisar determinadas questões. Isso porque, determinados temas de interesse da sociedade demandam alto conhecimento técnico e análises complexas de especialistas. O Poder Judiciário, limitado à ciência jurídica, não teria estrutura e aparato científico suficiente para proferir decisões sobre determinadas matérias em relação ao aspecto técnico. Assim, conclui-se que o Poder Judiciário não possuiria capacidade institucional para tratar dessas questões relevantes de ordem eminentemente técnica.

Em terceiro lugar, reunindo as ideias anteriores e outras mais, o **regime jurídico administrativo** estabelece, dentre as premissas e prerrogativas conferidas à Administração Pública, a intangibilidade do mérito administrativo, que protege a higidez do ato/decisão da administração contra eventuais interferências judiciais.

Essas conclusões que teriam o condão de obstar a atividade jurisdicional, embora claramente relevantes e plausíveis, encontram uma série de problemas práticos e contraposições previstas no ordenamento jurídico.

As perguntas que poderiam surgir desta análise são: **(i)** como é possível coexistir um regime jurídico administrativo que prega a intangibilidade do mérito do ato administrativo e, ao mesmo tempo, a cláusula de inafastabilidade da jurisdição, que diz que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação judicial?; **(ii)** se a jurisdição é una, isto é, se somente o Poder Judiciário pode decidir com definitividade e em substituição à vontade das partes, como esse conceito de unidade se sustenta sem se sobrepor à ideia de intangibilidade do mérito administrativo?

No contexto do que foi exposto anteriormente, as dúvidas acima apresentadas poderiam ser respondidas, fundamentalmente, pela ideia apresentada acerca da uma unicidade jurisdicional temperada, que permitirá, em

determinados casos, que sejam feitas algumas exceções a essa regra unitária que não seria absoluta e inafastável.

A questão a se saber, portanto, é quais os critérios e momentos que a unicidade jurisdicional poderia ser relativizada!

A teoria que melhor tratará a questão e que resume com substancial brilhantismo os mecanismos aplicáveis a tais situações é a teoria da deferência, assim alcunhada por Eduardo Jordão.

A teoria da deferência, referencial teórico da presente pesquisa, estabelecerá que, determinados atos administrativos não estariam suscetíveis ao controle judicial. Nestas hipóteses, o Poder Judiciário exerceria sua autocontenção, abstendo-se de controlar o ato administrativo editado.

A doutrina em questão determinará, dentro de seus detalhamentos e pormenorizadas análises, que o controle judicial é definido em função e em razão da natureza do ato administrativo que se pretende controlar. Em determinados casos haverá um controle judicial forte (leia-se: maior poder de controle do Poder Judiciário) e em algumas hipóteses haverá o controle judicial fraco (leia-se: controle judicial limitado a determinadas circunstâncias e aspectos).

Guardadas as ideias centrais, que necessariamente serão analisadas com profundidade no momento oportuno, cabe neste momento avaliar as hipóteses de controle fraco, que é justamente onde reside a teoria da deferência em sua essência. A corporificação da teoria da deferência se dará nos casos de controle judicial fraco, já que é neste momento que se verifica uma maior contenção do Poder Judiciário.

Pois bem!

As discussões centrais relativas à teoria da deferência se revelam quando se está diante de atos/decisões administrativas de natureza não jurídica, ou, ao menos, cujo conteúdo jurídico não seja predominante naquele ato.

Assim ocorre, por exemplo, com as decisões de natureza eminentemente políticas, decisões de natureza eminentemente econômicas, enfim, decisões de natureza eminentemente técnicas.

Nestes casos, os elementos centrais dos atos administrativos e os seus principais atributos – como motivo e objeto, por exemplo – não estão relacionados com matérias que necessariamente são de conhecimento do Poder Judiciário. A especialização das discussões e a modernização das análises como narrado acima impõe a observância de uma série de nuances e elementos de matérias absolutamente estranhas ao direito, tornando a compreensão destes atos administrativos difícil.

É justamente em razão dessa complexidade que o Poder Legislativo, por vezes, atribui a determinados órgãos técnicos, mediante ato normativo próprio, a competência para disporem dessas questões. Se é a tecnicidade o elemento essencial para elucidação daquelas questões, o comando legal determinará a criação de entidades com competência para desempenhar tal papel. Reserva-se, assim, à entidade especializada a competência para a deliberação sobre aquelas questões relacionadas à sua área de expertise.

Note, portanto, que é o conhecimento técnico e a especialidade que legitima a atribuição de competências a esses órgãos e entidades especializadas vinculadas ao Poder Executivo, transferindo a ele a incumbência de, em sua atividade típica, desempenhar as funções que lhe foram atribuídas.⁴³

⁴³ Nesse sentido: “*deve contribuir para a clarificação da forma dos actos normativos, quer na escolha da forma entre os vários escalões normativos (exemplo: opção entre a forma legal ou a forma regulamentar) quer dentro da mesma hierarquia normativa (exemplo: opção por lei ou decreto-lei, decreto regulamentar ou portaria). Uma das orientações hoje sugeridas é a de que, no plano das decisões estaduais, interessa não só ou não tanto o reforço da legitimação democrática, mas que a decisão seja justa. A ‘justeza’ da decisão dependerá, em grande medida, de se escolher o ‘órgão’ mais apetrechado quanto à organização, função e forma de procedimento para tomar essa decisão*” (J.J. GOMES CANOTILHO, *Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação*. Separata do v. 63 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 54)

Assim, é fundamentado nestas permissões que, por exemplo, as Agências Reguladoras editam seus atos para regulação de determinados setores da economia, atos estes motivos exclusivamente pelo critério técnico.

É justamente por esse motivo que se entende que a intervenção judicial em determinados atos administrativos proferidos no exercício desta competência mencionada, poderá resultar em violação à separação dos Poderes, como já mencionado acima.

A primeira definição, destarte, é a de que a técnica permite a atribuição de poderes a determinados órgãos/entidades vinculadas ao Poder Executivo, que no exercício de sua função típica desempenhará essas tarefas que lhe foram atribuídas.

A segunda definição, também já pontua, se refere à efetiva possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir nessas matérias de alta especialização e de alta e complexa discussão técnica. Neste ponto, é a avaliação acerca da (in)capacidade institucional do Poder Judiciário que determinará a viabilidade ou não da intervenção diante de determinadas decisões administrativas.

Não é necessário o aprofundamento em diversos conceitos para visualizar a razoabilidade desta definição. O Poder Judiciário não poderá controlar o mérito de atos administrativos que tratam de questões absolutamente fora do seu conhecimento. O Poder Judiciário não adentrará, por exemplo, em questões aeroespaciais se tais matérias são estranhas à sua atuação. Lhe falta conhecimento. Lhe falta capacidade institucional!

Com a consciência da trivial exposição acima, suficiente para as conclusões deste momento, pode-se afirmar que a teoria da deferência irá se solidificar partindo dessas duas premissas: **(i)** de um lado, a atribuição de competências em razão da tecnicidade das matérias; **(ii)** de outro, a

incapacidade institucional do Poder Judiciário de conhecer de determinadas questões.⁴⁴

Baseada nesses elementos preliminares a teoria da deferência criará uma espécie de barreira ao redor do ato/decisão administrativa. Barreira essa que impedirá que o Poder Judiciário se imiscua no conteúdo do ato administrativo e dele se apodere.

É preciso dizer, entretanto, que a teoria da deferência apenas impõe essa autocontenção do Poder Judiciário em determinados casos. Quer-se com isso dizer que falar em deferência não quer dizer eliminação de todo e qualquer tipo de controle judicial.

O controle judicial será sempre mais possível quanto maior forem os contornos e tratamentos jurídicos nos quais fundamentam-se aquele ato a ser ou não controlado. De igual modo, o controle será tanto menos possível quanto maiores forem as fundamentações técnicas daqueles atos editados.

Esta, aliás, talvez seja o principal pilar da doutrina ‘*Chevron*’ nos Estados Unidos⁴⁵, que estabelece que os tribunais devem acatar ou respeitar as decisões administrativas em relação às quais não haja um claro tratamento jurídico.

⁴⁴ Segundo o entendimento jurisprudencial: “*Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.*” (RE 1083955 – AGR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 28/05/2019, DJe 06/06/2019)

⁴⁵ “*A referência é a Chevron U.S.A Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984), caso em que a Suprema Corte americana defendeu longamente a autorrestrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas de ambiguidades na legislação a elas pertinente. No julgamento desse caso, a Suprema Corte americana afirmou que “os juízes não são especializados na matéria” da regulação ambiental, e sugeriu que a utilização, pelo legislador, de termos ambíguos equivaleria a uma delegação para as agências, “que estariam numa melhor posição” institucional para conciliar os interesses contrapostos na legislação pertinente.*” (A TEORIA DA DEFERÊNCIA E A PRÁTICA JUDICIAL: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE O CONTROLE DO TJRJ À AGENERSA. JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 2 (2018) Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, p. 537-571, 2018. JORDÃO, Eduardo. CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. P. 543)

Por outro lado, porém, sempre que um ato tiver contornos jurídicos claros, procedimentos cristalinos ao qual a lei impõe observância, o Poder Judiciário terá a total liberdade de controlar tais atos, na exata medida do descumprimento ao preceito expresso estabelecido na norma jurídica.

É preciso dizer, neste contexto, que teoria da deferência não é sinônimo de impossibilidade de controle. Ao contrário disso, a teoria da deferência permite a visualização dos critérios claros e objetivos que determinarão quando e até que ponto o controle deve ir.

Como se verá em momento oportuno, porém, a teoria da deferência tem sido utilizada, por vezes, pelo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva, um critério objetivo irrefletido para impedir a reclamação do direito por um jurisdicionado, o que acaba, ao fim e ao cabo, por ceifar o seu acesso à justiça.

Acerca da existência de uma certa generalização da teoria da deferência, convém colacionar artigo publicado pelo Prof. Eduardo Jordão a respeito da matéria:

“Atualmente, a mera alusão à necessidade de deferência parece ser entendida como justificativa suficiente para impedir todo tipo de controle.

Duas lições centrais, extraídas da teoria e da jurisprudência brasileira e estrangeira, vêm sendo negligenciadas.

(i) A deferência do controlador não implica necessariamente a manutenção da decisão controlada. Ela corresponde a uma orientação respeitosa, a uma atitude de autorrestrição, face às ponderações realizadas pelo controlado. Mas esta atitude pode não ser suficiente para evitar a intervenção. Deferência não é incompatível com controle.

(ii) A intensidade da deferência varia.

Primeiro, em função da indeterminação do direito. Ela é tanto mais devida quanto menos clara for a solução que o direito impõe (se é que ela impõe alguma) ao aspecto controvertido.

Quer-se evitar que escolhas da entidade controlada (a quem a lei atribui a competência prima facie) realizadas num cenário de indeterminação normativa sejam substituídas por outras escolhas, preferidas pelo controlador. Mas se o direito é claro,

ele deve ser aplicado, com afastamento da decisão administrativa que não lhe é conforme.

Segundo, em função da natureza da decisão e as características das instituições envolvidas. Pretende-se alocar poder decisório à instituição que detém maior aptidão para 'criar soluções' para o caso concreto, dada a indeterminação do direito.

Assim, a deferência variará em atenção às características tanto do controlador, como do controlado. Se a decisão controlada tem natureza política, demandará menos deferência do Congresso do que dos Tribunais, visto que a legitimidade daquele é maior do que a destes. Se a decisão é técnica, merecerá maior deferência quando tenha sido emitida por agência reguladora (dada sua especialização) do que pela administração central.

Terceiro, em função da razoabilidade da decisão controlada. A indeterminação do direito não importa que todas as escolhas sejam igualmente válidas. Algumas podem ser particularmente irrazoáveis, a ponto de justificar a intervenção.”⁴⁶

Os claros esclarecimentos permitem concluir, portanto, que ao se aplicar a teoria da deferência, deve haver cuidado e método, já que a aplicação da deferência não implica, *per se*, na impossibilidade de controle.

O fato é que, atualmente, o Poder Judiciário se mostra cada vez mais deferente em controlar atos e decisões proferidas por órgãos e entidades de natureza técnica, ainda que, em determinados casos, o controle seja viável em razão da inobservância de algumas violações ao procedimento e à legislação.

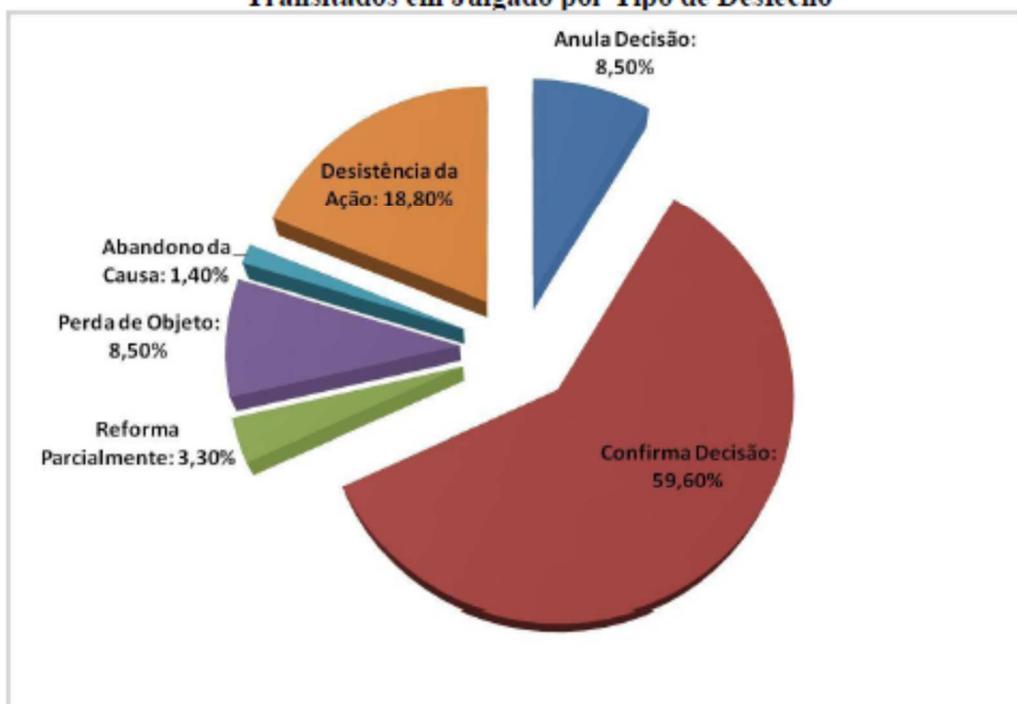
Em interessante pesquisa⁴⁷ tendo por objeto a análise da “*Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*” contratada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e elaborada por Tércio Sampaio Feraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque e Paulo Furquim de Azevedo, são apresentados alguns elementos importantíssimos a respeito do cenário do controle judicial da administração pública.

⁴⁶ Levando a Deferência a Sério. JORDÃO, Eduardo. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/05/Jord%C3%A3o12.05.pdf> – Consultado em 27.07.2022

⁴⁷ Relatório de pesquisa patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme Edital de Seleção 01/2009, tendo como autores Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Paulo Furquim de Azevedo https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Consultado em 27.09.2022.

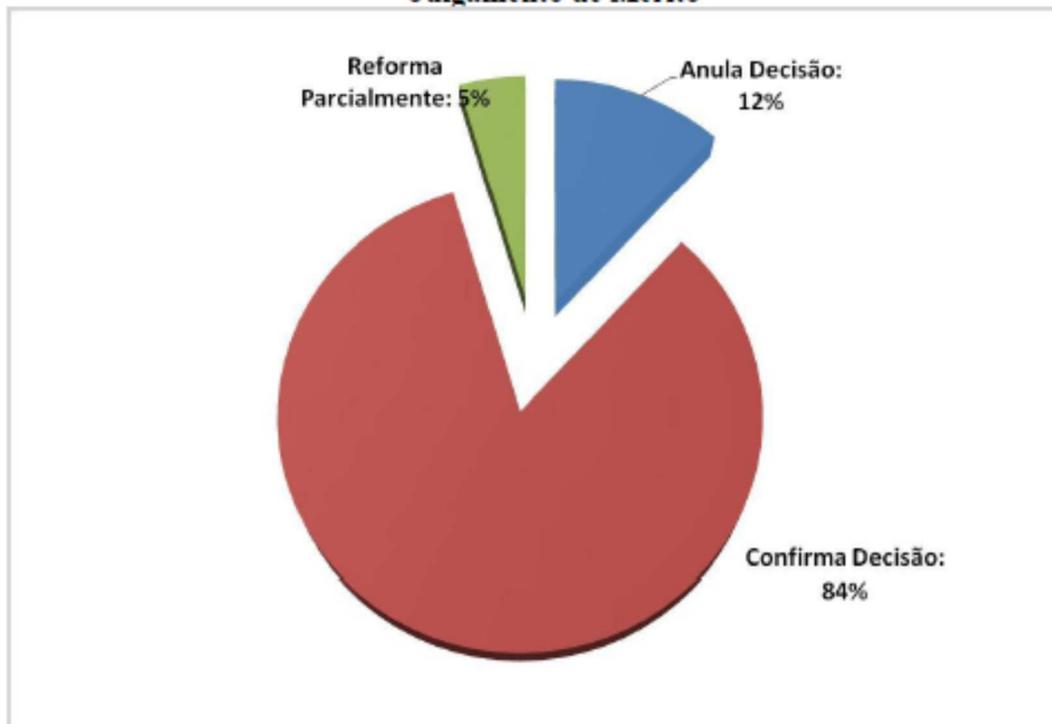
Embora sua elaboração tenha ocorrido já há alguns anos, é possível notar que, já naquele momento, o Poder Judiciário se mostrava deferente às entidades altamente especializada. Veja alguns dos gráficos que são apresentados no estudo:

Figura 4.1.
Transitados em Julgado por Tipo de Desfecho



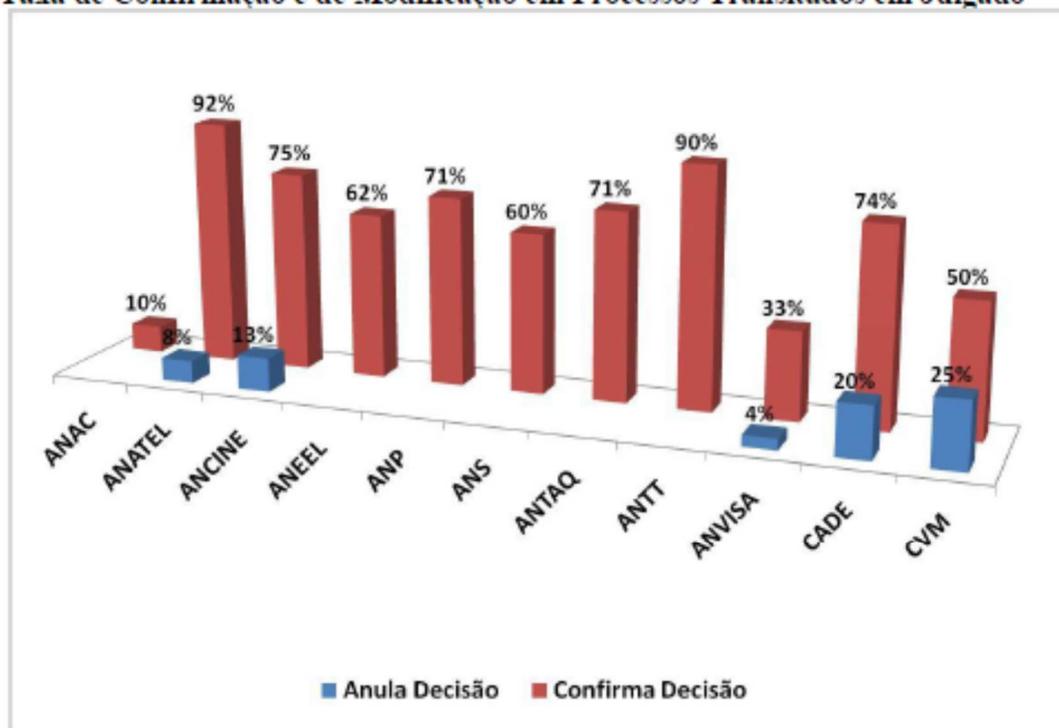
Fonte: Pesquisa de Campo

Figura 4.2.
Taxa de Confirmação de Transitados em Julgado com Julgamento de Mérito



Fonte: Pesquisa de Campo

Figura 4.6.
Taxa de Confirmação e de Modificação em Processos Transitados em Julgado



Fonte: Pesquisa de Campo

OBS: Excluídas a ANA e a Previc, por contarem com número insuficiente de transitados em julgado.

Os gráficos demonstram que, já naquele momento da pesquisa, os percentuais de confirmação das decisões eram, elevadíssimos, sendo que a grande maioria das decisões tinha como fundamento a impossibilidade de revisão do mérito ato administrativo, seja por questões relacionadas à separação dos Poderes, seja em razão da tecnicidade da matéria envolvida.

Nota-se, assim, uma proeminência das decisões ‘deferentes’, isto é, que preservam o ato/decisão administrativa proferida no bojo das entidades especializadas.

É certo, porém, que as decisões naturalmente tendem a variar a depender do órgão/entidade prolator da decisão, seja por razões de legitimação, seja por questões relacionadas à eficiência da instrução e análise técnica elaborada.

Por esse motivo, cabe analisar, resumidamente, a forma como o Poder Judiciário se porta em relação a algumas dessas entidades.

3.2) Algumas Reflexões em Relação ao Controle Judicial de Decisões que Dependem de Solução Técnica Preliminar – Exemplos do CADE e TCU

Tem-se defendido, ao longo da presente pesquisa, que a discussão acerca do controle judicial de atos administrativos levará em consideração a natureza da decisão proferida e o próprio órgão prolator, o que determinará uma posição de intervenção ou de abstenção em relação ao ato analisado.

Neste contexto, esclareceu-se que segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, decisões de natureza eminentemente técnicas⁴⁸ tendem a

⁴⁸ Indicadas como aquelas que dependem de uma solução técnica prévia (não jurídica) para que então sejam aplicadas os conceitos jurídicos e as normas pertinentes. Como exemplo, foi ilustrado o caso de decisão

provocar um juízo de abstenção, justamente porque se entende que as decisões administrativas que dependem de uma solução estritamente técnica prévia – solução econômica, de engenharia, ambiental etc. – possuem maior legitimidade se o órgão prolator da decisão for um órgão com conhecimento específico acerca daquelas matérias objeto do estudo.

Nestes casos, o argumento da tecnicidade e da incapacidade institucional do Poder Judiciário ganham relevo e atraem a posição de maior deferência.

Diante disso, para testar e comprovar essa teoria, convém colacionar alguns conceitos, informações e entendimentos em relação a algumas entidades que foram criadas especificamente para elucidar problemas de maior tecnicidade, seja por estarem focadas em determinadas matérias, seja por estarem vinculadas a determinados segmentos da sociedade.

Elegeu-se, para tal análise, algumas entidades que possuem grande incidência de demandas no Judiciário e que analisam por vezes questões de alta complexidade, o que permitirá uma maior percepção acerca do comportamento dos julgadores diante de decisões técnicas complexas.

É necessário esclarecer que não se pretende neste tópico o estudo exaustivo da jurisprudência ou da natureza e competência das entidades em questão, mas apenas a identificação de teses utilizadas para justificar a abstenção ou intervenção do Poder Judiciário em suas decisões para que, mais adiante, se verifique a plausibilidade de tais teses diante das decisões sancionatórias fundamentadas na Lei Anticorrupção, que é o objeto central deste trabalho.

Para tal exercício, será analisada inicialmente o controle judicial e as teorias jurídicas a ele relacionados diante de decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e, depois, em relação ao Tribunal de Contas da União – TCU.

sobre a ocorrência ou não de infração à ordem econômica, o que dependerá sempre de análise econômica prévia para que então sejam dadas as definições jurídicas.

Com isso, será possível identificar o entendimento teórico a respeito do controle judicial de atos administrativos quando fundamentados em soluções técnicas dadas por estes órgãos dotados de maior tecnicidade.

Principia-se, portanto, pela análise de tais aspectos em relação ao CADE, já que seus atos são reiteradamente levados à análise do Poder Judiciário.

Antes disso, porém, convém destacar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é uma “*autarquia em regime especial com função judicante, com jurisdição em todo o território nacional.*”. Dentre as funções desempenhadas, são descritas como principais as seguintes:

“Função Preventiva: controle de fusões, aquisições, incorporações e outros atos de concentração da atividade econômica entre grandes empresas, que possam colocar em risco a livre concorrência;

Função Repressiva: combate a cartéis e outras condutas nocivas ao ambiente concorrencial; e

Função Educativa: disseminar a cultura da concorrência, instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Defesa da Concorrência e cartilhas.”⁴⁹

Observa-se, além da indiscutível importância da existência e das competências atribuídas ao CADE, que dentro das suas funções, inclusive pelo fato de ser uma autarquia especial com função judicante, estão a fiscalização, poderes instrutórios limitados, poder de decisão que implica em sancionamentos, com procedimentos próprios para execução etc.

⁴⁹ Cartilha do CADE, páginas 20/21. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf> Consultado em 27.09.2022

Tais competências e funções, desse modo, são claramente potencializadoras de atos administrativos que causem lesão ou ameaça a lesão a direitos, o que, conseqüentemente, permitiria a provocação judicial acerca da necessidade do controle judicial dos atos praticados pelo CADE.

Afinal se a jurisdição é una e é inafastável o direito de bater às portas do Judiciário para repelir lesão ou ameaça de lesão a direito, este é um clássico exemplo de preservação de tal cláusula constitucional.

Ocorre, entretanto, que as questões relacionadas ao controle judicial das decisões do CADE não se distanciam do quanto analisado há pouco. As decisões proferidas pelo CADE, embora também possuam relevantes contornos jurídicos, são pautadas, em sua essência, pelo critério essencialmente técnico.

As equipes multidisciplinares e de notório conhecimento técnico empreendem análises econômicas, mercadológicas e de consumo que são absolutamente complexas e retiram do Poder Judiciário qualquer possibilidade de avaliação acerca daquelas análises.

São essas análises, aliás, que no mais das vezes vão concluir pela aprovação ou reprovação de determinada matéria, pela condenação e aplicação de sanção em determinados processos de responsabilização, em imposição de sanções mais ou menos graves em razão do resultado dessas avaliações.

Tendo como motivo do ato administrativo conclusões baseadas nestas análises eminentemente técnicas, é evidente que o controle judicial das decisões do CADE é absolutamente fraco e limitado a questões outras que não aquelas relacionadas à apuração da prática ou não do ilícito econômico, ou da existência ou não de concentração de mercado em decorrência de determinada operação societária.

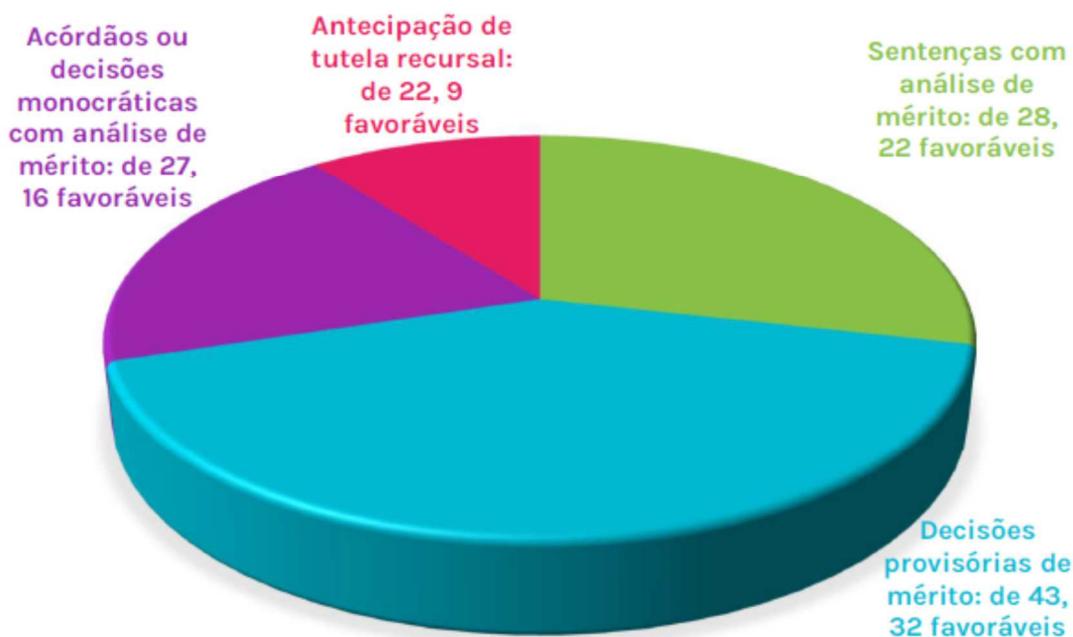
A análise específica e especializada do CADE, portanto, blinda em maior ou menor grau o mérito do ato administrativo, impedindo considerações ou revisões do Poder Judiciário em relação a ele, já que não possui o magistrado

condições técnicas de avaliação, e não possui o Poder Judiciário capacidade institucional para subsidiar eventual decisão judicial.⁵⁰

⁵⁰ Nesse sentido, convém colacionar entendimento do STF: “AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. 3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. 4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251). 5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. 6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. Precedentes: ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016. 7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090). 8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. “Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13). 9. In casu, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a Autarquia concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste). 10. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

Tais conclusões se refletem na jurisprudência específica em relação ao controle judicial das decisões do CADE. A esse respeito, convém apresentar estudo elaborado pelo Procurador Chefe do CADE Walter de Agra Junior⁵¹, que fez detalhado estudo acerca dessa jurisprudência. Veja:

Êxito do CADE no Judiciário em 2019



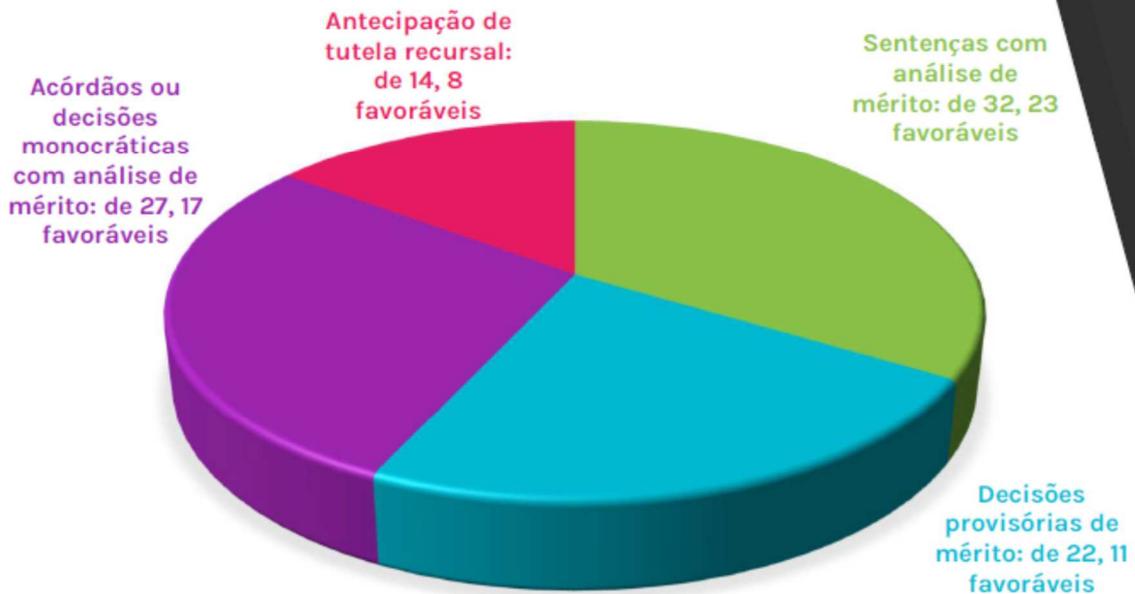
Das 120 decisões em que a PFE atuou, 79 foram favoráveis ao CADE.

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

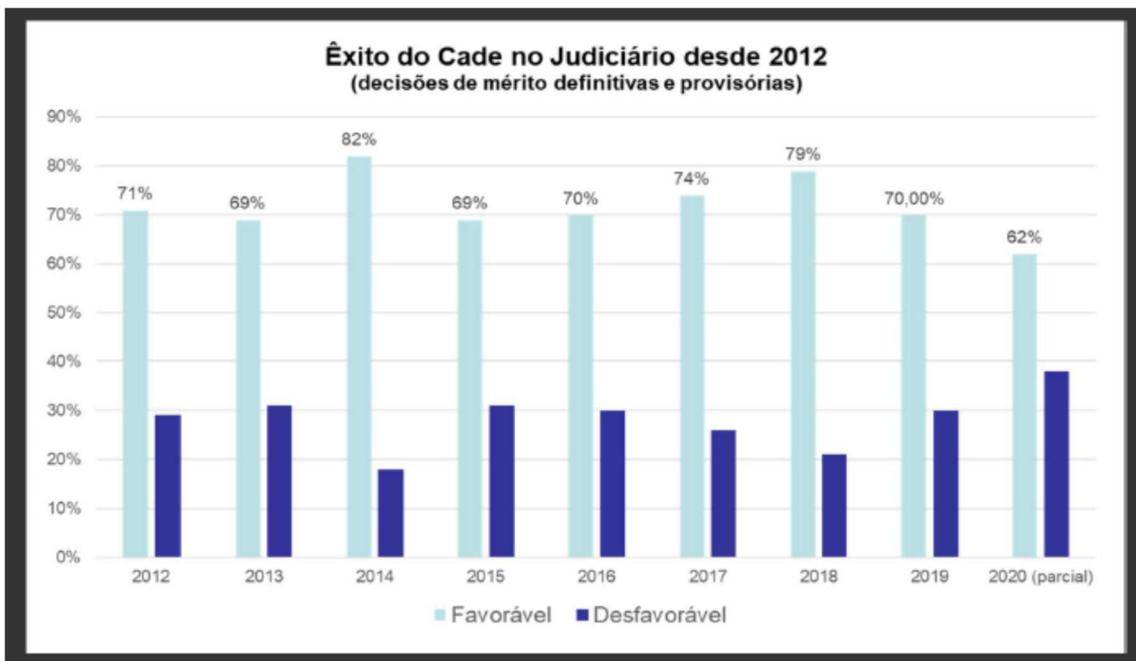
(RE 1083955 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019)

⁵¹ Controvérsias na revisão judicial das decisões do CADE" elaborada por Walter de Agra Junior, Procurador-Chefe do CADE. Disponível em https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/483/Walter_Agra.pdf Consultado em 27.09.2022

Êxito do CADE no Judiciário em 2020 (até outubro)



Das 95 decisões em que a PFE atuou, 59 foram favoráveis ao CADE.



Pode-se observar que na maior parte dos casos o resultado do julgamento é pela manutenção da decisão proferida pela autoridade antitruste.

É preciso esclarecer que o fato de os percentuais menores de êxito do CADE em decisões antecipatórias e, portanto, provisórias tem uma razão

objetiva. Na maior parte dos processos movidos contra o CADE em razão de condenações administrativas que têm como consequência a aplicação de multas são formulados pedidos liminares e de antecipação de tutela para suspensão da exigibilidade das multas aplicadas.

Tais discussões se inserem, evidentemente, dentro do campo de cognição dos magistrados, o que permite a eles, com base nos pressupostos legais e nos princípios que norteiam o direito avaliar a viabilidade de deferimento das medidas antecipatórias.

Tal decisão, no entanto, não implica propriamente em vulneração da decisão técnica administrativa, mas apenas uma cautela conferida pelo juiz para evitar a concretização de danos irreparáveis, condição cuja demonstração é necessária para a concessão da medida antecipatória.

Não se deve perder de vista, ademais, que muitos dos pedidos antecipatórios vêm acompanhados de depósitos judiciais nos valores das multas, o que acaba por viabilizar a concretização da medida liminar. Essas decisões acompanhadas de depósitos judiciais muitas vezes resultam em concessão automática da medida antecipatória, aplicando-se por analogia a legislação tributária.⁵²

Mas o fato é que as decisões de mérito, que poderiam hipoteticamente implicar em intervenção judicial acabam não o fazendo. Há uma clara deferência do Poder Judiciário em relação às decisões de matéria eminentemente técnica decididas pelo CADE.

Ainda quando existente alguma intervenção, os números mostram que na maioria desses casos as intervenções são para que sejam anuladas as decisões administrativas em razão da inobservância de alguma etapa ou regra

⁵² Nesse sentido: “Desse modo, além da possibilidade de suspensão da multa nos termos do art. 98, caput, supramencionado, possível também a suspensão da exigibilidade do crédito, em analogia ao artigo 151, inciso II, do CTN, pelo depósito integral do montante do débito. Aliás, isso constitui direito subjetivo do contribuinte a ser exercido, inclusive, independentemente de autorização judicial.”. (TRF-3. Processo n. 5001838-55.2020.4.03.6115. 2ª Vara Federal de São Carlos).

do procedimento, conferindo-se à autarquia especial a possibilidade de proferir nova decisão. Nestes casos, a decisão judicial tangencia o mérito apenas naquilo que é necessário para demonstrar a violação de determinados direitos, sem tecer considerações propriamente acerca da adequação da decisão.

Os casos de anulação das decisões administrativa, portanto, são casos de intervenção judicial sem prejuízo da deferência, já que o Poder Judiciário intervém na decisão administrativa, preservando o mérito do ato pautado em questões puramente técnicas.⁵³

Tal intervenção legalista não implicaria nas causas que justificam a teoria da deferência, que é a separação dos poderes, já que ao se limitar ao controle da legalidade do ato, sem invadir a competência atribuída à autoridade antitruste, o Poder Judiciário preserva a autonomia da autoridade administrativa, e, por fim, do Poder Executivo, devolvendo para este a possibilidade de nova decisão técnica cumprindo os requisitos legais.

Tem-se, assim, que em relação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE as decisões judiciais não são absolutamente deferentes e alheias às decisões, mas se limitam, na grande maioria das vezes, a controlar os contornos jurídicos do ato administrativo, abstendo-se da análise e aprofundamento quanto ao mérito do ato.

Passando-se para a análise em relação ao Tribunal de Contas da União – TCU verifica-se que a situação é bastante semelhante.

⁵³ A esse respeito: “*O prestígio das decisões do Cade, assim como de outros órgãos que exercem funções assemelhadas na ordenação dos mercados, notadamente as agências reguladoras, demanda, portanto, uma atividade tipicamente de controle a ser exercida pelo judiciário, centrando-se, em essência, na análise dos requisitos formais, bem como numa releitura da fundamentação ou motivação decisória, já que estamos diante de atos que gozam de presunção de juridicidade e, inexistente qualquer ilegalidade ou abuso, a sentença deveria resultar na confirmação do que fora concluído pela autoridade administrativa como forma de prestigiar o conhecimento técnico detido por esses órgãos, o que, para sociedade, propiciaria a almejada segurança jurídica, aqui compreendida como justa expectativa de que a lei antitruste signifique o que os órgãos especializados assim entendem. Vários outros efeitos irradiariam dessa cultura, como, por exemplo, o incentivo para que todos os interessados busquem esgotar os esforços e argumentos necessários para o bom julgamento da questão perante a esfera administrativa, privilegiando essa seara de discussão.*”. (DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS DECISÕES DO CADE E O EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS, Humberto Santos, p. 75-94. RDC, Vol. 9, nº 2. Dezembro 2021 ISSN 2318-2253, DOI: 10.52896/rdc.v9i2.941)

É claro que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU muitas vezes possuem alta carga jurídica e que, portanto, fogem da discussão acerca da capacidade institucional do Poder Judiciário ou da tecnicidade. Mas ainda assim, remanesce a discussão da Separação dos Poderes, já que o Tribunal de Contas da União – TCU no âmbito da repartição constitucional de competências, situa-se ao lado do Poder Legislativo como seu auxiliar.

Mas o fato é que, para a finalidade buscada neste tópico – controle judicial de decisões que pressupõe prévia solução técnica – não serão analisados em relação ao TCU decisões puramente jurídicas comuns na Corte de Contas, como, por exemplo, aplicação regular dos regramentos aplicáveis às licitações e contratos administrativos, que muitas vezes são facilmente resolvidos com base na análise de cumprimento do comando legal.

O que importará neste momento são as decisões que pressupõe o estudo técnico do Tribunal de Contas, que são decisões comuns no âmbito do controle externo da Administração Pública.

No âmbito de suas competências, cabe aos Tribunais de Contas a fiscalização e controle dos gastos públicos, o que resulta, no mais das vezes, na avaliação de regularidade e necessidade das despesas ordenadas pelos agentes públicos em nome de pessoas jurídicas de direito público interno ou até mesmo de entidades integrantes da administração indireta.

Essas avaliações de despesas ordenadas ou até mesmo o julgamento das contas de um chefe do Poder Executivo dependerá de avaliações e conclusões técnicas.

Assim, por exemplo, se está avaliando o cumprimento de um contrato de concessão ou de um contrato administrativo, é imprescindível que se busque especialistas na matéria para que realizem tais avaliações.

Diante disso, o corpo técnico das cortes de contas conta com engenheiros, economistas e técnicos das mais variadas áreas, que produzirão relatórios e pareceres para subsidiar as decisões dos conselheiros desses tribunais.

Isso porque, não se afigura possível e razoável que se conclua pelo inadimplemento de um contrato de construção ou seu desvirtuamento com base em conceitos unicamente jurídicos. Necessária será a utilização de conceitos econômicos ou de engenharia para que somente então se busque a aplicação dos contornos jurídicos com base nas conclusões técnicas apresentadas.

Portanto, o julgamento proferido pelo Tribunal de Contas⁵⁴ na maioria das vezes dependerá de análises técnicas que fogem ao conhecimento do Poder Judiciário.

Justamente por esse motivo, o julgamento das contas pelos tribunais de contas representa o mérito administrativo, mérito esse que pela doutrina tradicional é considerado intangível, o que impede a revisão judicial. Nota-se que o controle de legalidade jamais é vedado, mas apenas a revisão judicial do mérito, da essência do ato administrativo.

Nesse sentido:

*“Julgar é apreciar o mérito e, portanto, mesmo que a Constituição não utilizasse expressamente o termo “julgar”, ainda assim, uma decisão dessa Corte seria impenetrável para o Poder Judiciário. Se a maculasse manifesta ilegalidade, como qualquer sentença, poderia até ser cassada por meio de mandado de segurança, mas, nunca, jamais, poderia se permitir ao magistrado substituir-se nesse julgamento de mérito.”*⁵⁵

⁵⁴ Necessário esclarecer que o julgamento proferido pelo Tribunal de Contas não se confunde com o julgamento do Poder Judiciário. O termo julgar utilizado pelo texto constitucional é no sentido de “*apreciar, examinar, analisar as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese é de caráter eminentemente administrativo.*” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Atlas. 2012, p. 995)

⁵⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. 150

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF também já proferiu decisão, que merece ser transcrita:

“Direito administrativo. Mandado de segurança. Ato do TCU. Suspensão de licitação. Subconcessão de trecho de ferrovia.

1. Mandado de segurança impugnando ato do TCU que indeferiu pedido de suspensão de procedimento licitatório para subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte Sul.

2. A questão debatida nos autos tem caráter eminentemente técnico. Em assuntos dessa natureza, o Poder Judiciário deve ser deferente à discricionariedade técnica da Administração e à capacidade institucional do órgão de controle, sobretudo em juízo cautelar.

3. Ademais, não há prova pré-constituída das irregularidades alegadas. Não foram apresentadas as minutas do edital e do contrato de subconcessão a ser firmado, tampouco as demais decisões proferidas pela Corte de Contas. (...). Nesse aspecto, entendo que não estão preenchidos os requisitos para a concessão da liminar.

7. A questão debatida neste processo tem caráter eminentemente técnico. A definição do melhor formato para exploração das ferrovias do país pressupõe uma análise global das características desse setor econômico, bem como das necessidades da população e dos agentes de mercado que se utilizam diariamente desse meio de escoação da produção. Em assuntos dessa natureza, o Poder Judiciário deve ser deferente à discricionariedade técnica da Administração e à capacidade institucional do órgão de controle, sobretudo em juízo cautelar. (...).⁵⁶

O entendimento do Min. Roberto Barroso é claro no sentido de que é a tecnicidade da decisão que impede o controle judicial do ato administrativo. Por consequência, sendo a questão técnica a determinante para o entendimento de que o ato não pode ter seu mérito controlado, corrobora tal entendimento argumentando que a capacidade institucional do TCU e a sua discricionariedade técnica é que justificam a necessidade de um comportamento deferente por parte do Poder Judiciário.

⁵⁶ STF - MC MS: 36378 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/03/2019, Data de Publicação: DJe-063 29/03/2019

Portanto, pela análise objetiva aqui empreendida, pode-se notar que tanto em relação ao CADE como em relação do TCU as teorias aplicáveis determinam que o controle judicial, embora possível, não é recomendado em razão da tecnicidade das entidades em questão, já que a capacidade institucional que eles possuem e a discricionariedade técnica de que são dotados os seus atos, impõem um dever de abstenção do Poder Judiciário.

Essa conclusão é absolutamente relevante para a presente pesquisas.

A teoria da deferência, já analisada alhures, determinará a observância da tecnicidade, da capacidade institucional e da separação de Poderes para avaliar a necessidade de um controle deferente do Poder Judiciário para com os atos administrativos. Sendo assim, a teoria da deferência corrobora a conclusão aplicável aos órgãos/entidades administrativas dotadas de ampla capacitação técnica.

O problema que não é respondido pela teoria da deferência e que se ousa trabalhar neste momento é o comportamento do Poder Judiciário quando diante de decisões que não dependem de qualquer elucidação técnica prévia que impediria o conhecimento ou compreensão do Poder Judiciário.

É exatamente o caso das decisões fundamentadas na Lei Anticorrupção.

Diferentemente do CADE e do TCU as decisões fundamentadas na Lei Anticorrupção dependem de avaliação puramente jurídica o que afastaria as teses analisadas neste tópico, como se verá adiante.

3.3) Das Sanções que Podem Ser Aplicadas com base na Lei Anticorrupção

A Lei n. 12.846/2013, alcunhada de Lei Anticorrupção, “*Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*”.

Dentre as condutas puníveis estão aquelas descritas no art. 5^o⁵⁷ da referida Lei que estabelece condutas potencialmente reprováveis e que possam causar prejuízo para a Administração.

Dentre as condutas descritas, como se verá em momento oportuno, estão uma série de conceitos jurídicos indeterminados e uma série de questões implicam em verdadeira valoração e, até mesmo subjetivismos do julgador. Essas questões, claramente demandam problemas conceituais e práticos relevantes na aplicação da legislação em questão.

57 “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.”.

Já em relação às sanções, a Lei Anticorrupção apresenta um rol enxuto, porém contundente acerca das punições aplicáveis para aqueles que praticam um dos verbos descritos no art. 5º, já transcrito.

As penas aplicáveis, em âmbito administrativo, são as seguintes:

“Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.”.

Embora objetivo, o capítulo que trata das sanções aplicáveis com base na Lei Anticorrupção apresenta relevantes discussões doutrinárias, sobretudo em razão da relevante liberdade decisória do aplicador da Lei, além das espaçadas margens de discricionariedade no momento da escolha da sanção a ser aplicada.

De imediato se nota que as sanções podem ser aplicadas cumulativamente, sendo que não se estabelece um critério objetivo para definir em que circunstâncias se determinará a aplicação cumulativa, e em que circunstâncias se aplicará as sanções isoladamente.

Portanto, cabe a quem preside o processo administrativo de responsabilização definir, com base em conceitos jurídicos indeterminados, a aplicação de sanções cumulativas ou isoladas. Nesse sentido, o parágrafo primeiro do art. 6º estabelece que *“As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.”.*

Deixar a cargo do aplicador a decisão acerca da aplicação cumulativa ou isolada da infração não é, por si só, um problema. Basta que a decisão administrativa seja suficientemente motivada e fundamentada, o que tornará razoável a deliberação de caso a caso.

A questão é justamente quando se está diante de uma decisão cuja motivação ou fundamentação pode dividir opiniões em relação a sua suficiência. Discussões também podem ser problematizadas se considerado o fato de que a escolha pela aplicação cumulativa ou isolada da sanção podem se inserir no âmbito da discricionariedade administrativa, o que pode ser traduzido como parte do ato administrativo protegida do controle judicial.

Essa questão se soma a ainda outros problemas que poderiam conduzir a decisões problemáticas e absolutamente violadoras de direitos individuais.

A espaçada margem de escolha entre o valor da multa a ser aplicada pode ser um problema relevante. Definir uma margem de multa entre 0,2% a 20% sobre o faturamento de uma empresa é transferir para o interprete a possibilidade de aplicação de qualquer multa, como melhor lhe aprouver.

Soma-se a tudo isso o fato que talvez seja a maior 'vantagem' da Lei Anticorrupção em relação ao combate veemente dos ilícitos contra a administração pública, que é o fato de que a responsabilização é objetiva.⁵⁸

Isto é, o elemento volitivo perde qualquer relevância neste caso. A princípios, ilícitos culposos ou meros erros podem ser classificados como atos passíveis de punição com base na Lei Anticorrupção, o que levaria o administrado às graves sanções administrativas previstas na referida lei.

⁵⁸ A justificativa para a responsabilização objetiva da Lei constou na Mensagem nº 314, de 1º de agosto de 2013, da Presidência da República, que dispôs: *“Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.”*

Em razão das condutas puníveis, das sanções e da natureza das infrações a doutrina já se dividiu acerca da classificação da Lei Anticorrupção como uma norma de natureza penal.

De um lado, se entendeu⁵⁹ que a natureza e gravidade das infrações são comparáveis com àqueles crimes previstos no Código Penal no título de crimes contra a Administração Pública, atraindo a natureza penal da Lei Anticorrupção. De outro lado, entendeu-se que a norma não teria natureza penal,⁶⁰ o que, com o devido respeito, parece ser a conclusão mais adequada, já que a estrutura normativa da lei Anticorrupção, o núcleo do tipo e o elemento volitivo encontra contornos distintos das referências levadas em consideração em matéria penal.⁶¹

Além das punições administrativas, é possível também a responsabilização judicial, o que escapa à discussão da presente pesquisa, já que se busca justamente avaliar a possibilidade de controle judicial da sanção administrativa.

⁵⁹ “A presente lei tem nítida natureza penal. Com efeito, as condutas ilícitas típicas e os seus efeitos delituosos têm substância penal, na medida em que se justapõem na esfera propriamente penal. Assim, os crimes contra a administração pública cometidos pelos agentes públicos do Estado (agentes políticos e administrativos) constantes da legislação penal, esparsa e codificada, correspondem aos tipos enumerados no artigo 5º da presente Lei.”. (CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. p. 33)

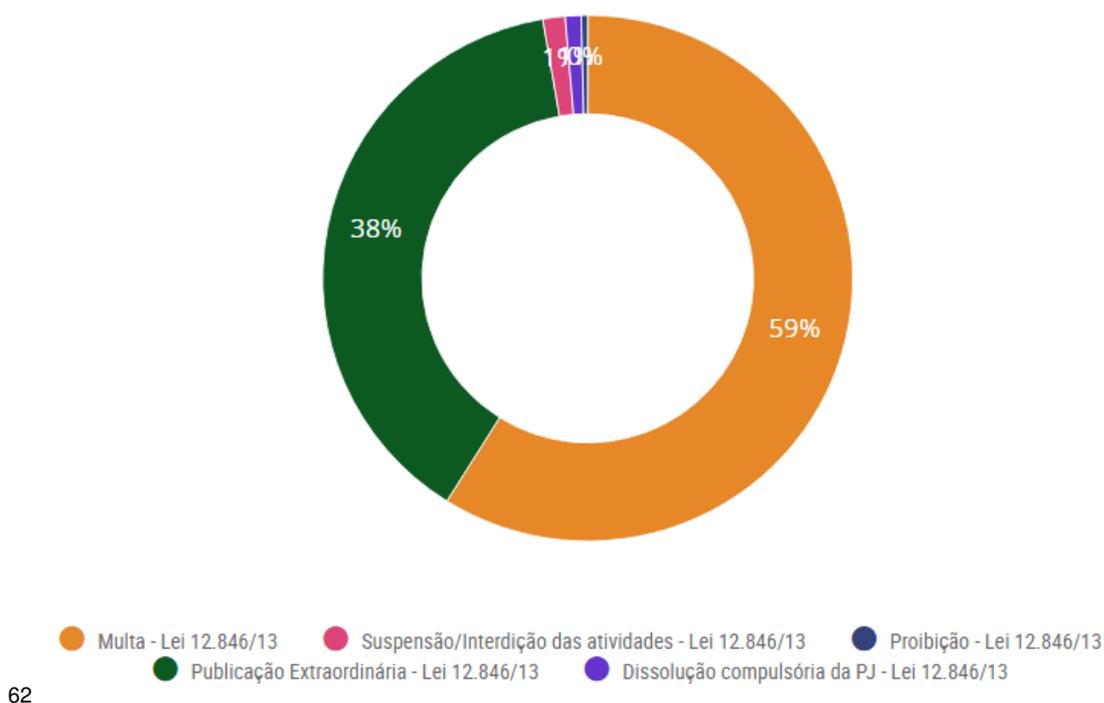
⁶⁰ “A Lei nº 12.846/2013 disciplina típicos ilícitos administrativos, os quais podem ser resumidos como sendo o descumprimento voluntário de uma regra, prevendo-se para tanto, uma sanção a ser aplicada por determinada autoridade no exercício de função administrativa. Logo, a referida legislação não tem natureza penal. E essa afirmação não demanda maior complexidade. Aliás, a opção do legislador foi bastante evidente: quis enfrentar a questão a partir do prisma do direito administrativo sancionador, deixando de lado o a partir do viés criminal. De mais a mais, as condutas tipificadas no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 já são tuteladas, em suma, pelo direito criminal, porque definidas como delitos. Seria aquilo que já está posto, o que é inconcebível, de modo que reforçamos a ideia de que a Lei Anticorrupção não possui natureza penal. Então, não se pode, de modo algum, dar contornos de direito criminal à Lei nº 12.846/2013, justamente porque sua estrutura punitiva de longe se assemelha à estrutura penal. Sem contar que, no caso, o caráter das penas, não se afigura compatível com o direito criminal, especialmente quanto à sua estrutura, bem como se distancia das premissas básicas do regime jurídico penal.”. (HEINEN, Juliano. **Comentários à lei anticorrupção Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 36).

⁶¹ “No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade.”. (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 389)

Ainda assim, mesmo sendo possível a aplicação judicial de algumas sanções previstas na lei Anticorrupção é notória a preferência e efetividade da aplicação das sanções no âmbito dos processos administrativos sancionadores.

A esse respeito, convém colacionar dados do Portal da Transparência do Governo Federal que indicam que a maior parte das sanções fundamentadas na Lei Anticorrupção são aquelas passíveis de aplicação em âmbito administrativo.

Veja:



⁶² Disponível em <https://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/cnep?ordenarPor=nome&direcao=asc#avisualizacao-grafica>.

Também relevante a demonstração do aumento do número de sanções aplicadas desde a edição da Lei Anticorrupção, bem como a vigência das sanções ao final de cada ano:

Evolução histórica das penalizações



63

Portanto, os dados e informações extraídos pelo Portal da Transparência demonstram que, de um lado dentre as sanções passíveis de aplicação no âmbito da Lei Anticorrupção há uma clara predileção pelas sanções que podem ser aplicadas administrativamente. De outro lado verifica-se um aumento relevante no número de decisões aplicadas com base na referida lei.

Essas questões são relevantes para o problema trazido nesta pesquisa.

É verdade que as espaçadas margens de discricionariedade, os conceitos jurídicos indeterminados pelos quais deverão passar os julgadores, a responsabilidade objetiva e diversos outros fatores demonstrados servem para tornar eficaz a Lei Anticorrupção.

⁶³ Disponível em <https://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes>

No entanto, essa liberdade conferida ao intérprete pode resultar igualmente em prejuízos incalculáveis e indeterminados caso a decisão não seja proferida de maneira razoável e seguindo os pressupostos legais, de proporcionalidade e de boa-fé⁶⁴. As arbitrariedades que podem surgir da atribuição de amplos poderes são indiscutíveis.

Embora a Lei Anticorrupção seja adequada, legítima e razoável, não se pode perder de vista o fato de que a atribuição de amplos poderes nas mãos de autoridades mal-intencionadas pode resultar em arbítrios potencialmente lesivos aos cidadãos. Aliás, a principal característica de regimes absolutistas e arbitrários é a ampla atribuição de poderes, o que pode resultar em gravíssimas consequências.⁶⁵

⁶⁴ “Trata-se, pois de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento insidioso. A autoridade atua embuçada em pretense interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio. Sob a máscara da legalidade, procura, à esconsa, alcançar finalidade estranha à competência que possui. Em outras palavras: atua à falsa-fé. Enquanto de público o ato se apresenta escorreito, na verdade possui uma outra face que se forceja por ocultar, já que é constituída de má-sorte e orientada para escopos subalternos.”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 63)

⁶⁵ “Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito Administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder soberano, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas.”. (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 337) “O Direito Administrativo nasce no crepúsculo do absolutismo e sob o signo da imperatividade, razão pela qual perpassa um forte sentido de assimetria – substantiva e adjetiva – entre a administração pública, de um lado, e os indivíduos e os entes civis, de outro”. (MOREIRA NETO, Diogo de. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571/592). “o Direito Público e – por conseguinte – o Direito Administrativo herdaram o caráter impositivo, autoritário, unilateral, decorrente do fato de ser o espaço público o primado da autoridade, do poder soberano, que como tal só faz sentido se sobreposto aos interesses dos indivíduos.”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72).

“En ocasiones se precisa que el acto administrativo irrazonable se configura cuando: a) no se explicitan los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustentan; b) se omitan considerar hechos comprobados em el expediente, de público conocimiento, o se sustente em hechos o pruebas imposibles; y c) exista desproporción entre los médios empleados y el fin preceptuado pela norma.”. (SESIN, **Administración pública. Actividade reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994. p. 304).

Nessas circunstâncias, é inimaginável que o administrado que sofreu a sanção decorrente de processo administrativo disciplinar não tenha meios adequados para questionar a justiça da decisão perante o Poder Judiciário.

É claro que, mais uma vez, é necessário esclarecer que aspectos de ilegalidade não impedem a revisão judicial do ato, o que resolve boa parte dos problemas relacionados a decisões arbitrárias e equivocadas.

Haverá casos, entretanto, que as decisões proferidas com base na Lei Anticorrupção estejam à margem do aspecto puramente legal e que podem resultar em uma lesão ou ameaça de lesão a direito, o que pode provocar o interesse do administrado em bater às portas do Poder Judiciário para fazer cessar a ameaça ou reparar a lesão sofrida.

É justamente neste caso que se verifica a dificuldade em se estabelecer o conceito de intangibilidade do mérito administrativo, ou de impossibilidade de revisão judicial da decisão administrativa. O paradoxo é inquestionável: cláusula de inafastabilidade de jurisdição e proteção do mérito administrativo são pontos contraditórios dentro de um mesmo sistema jurídico.

Voltando à teoria da deferência, lembra-se que ela justifica a abstenção do Poder Judiciário diante de decisões técnicas, o que mostraria um reconhecimento da incapacidade institucional do Judiciário em prol da legitimação do órgão criado para aquela finalidade materializada no ato administrativo questionado.

Viu-se também que, falando em intensidade de controle trazida na já mencionada obra de Eduardo Jordão, os atos administrativos serão tanto mais 'controláveis' quanto maiores forem os contornos jurídicos a eles aplicáveis. Ou, no mesmo sentido, haverá maior intervenção judicial quanto menor for o aspecto técnico (econômico, de engenharia, ambiental etc.) do ato administrativo mencionado.

No caso da Lei Anticorrupção, portanto, a teoria da deferência não resolve o problema relacionado à possibilidade ou não de revisão judicial do ato administrativo sancionador, já que as decisões fundamentadas na Lei Anticorrupção independem de elucidações preliminares de questões técnicas, como as decisões do CADE, por exemplo.

Assim, tem-se que a teoria da deferência resolve parcialmente o problema relacionado à contradição existente entre a cláusula de inafastabilidade da jurisdição e o regime jurídico administrativo que impede a revisão judicial do mérito do ato administrativo, quando presente no ato administrativo questões técnicas de conhecimento específico do órgão prolator do ato administrativo.

Mas não há, *a priori*, justificativa para a aplicação da teoria da deferência nos casos de decisões fundamentadas na Lei Anticorrupção, ou qualquer outra decisão que não dependa preliminarmente de solução técnica preliminar para eu sejam aplicados os contornos jurídicos adequados à matéria.

É justamente esse o ponto que será abordado adiante.

3.4. Da Natureza Eminentemente Jurídica dos Atos Sancionatórios Fundamentados na Lei Anticorrupção e da Injustificada Aplicação da Teoria da Deferência na Hipótese

Como demonstrado nos tópicos acima, a teoria da deferência estabelece que o Poder Judiciário não adentre ao mérito do ato administrativo, considerando, especialmente, duas questões primordiais: (i) o respeito à separação dos Poderes e às competências administrativas; e, (ii) o respeito à tecnicidade e a (in)capacidade institucional.

Com base nessas premissas, analisou-se o comportamento do Poder Judiciário diante de decisões administrativas proferidas por algumas entidades

chaves (CADE, TCU e Agências Reguladoras) que, de fato, têm utilizado tais fundamentos para obstar a análise judicial do mérito das decisões administrativas proferidas por essas entidades.

O que sobressai nas decisões judiciais deferentes, embora haja menções expressas acerca do respeito à separação dos Poderes, é o reconhecimento da autoridade administrativa como um ente com conhecimento específico na matéria técnica analisada. Confirma-se, portanto, a incapacidade institucional do Poder Judiciário e a tecnicidade da autoridade administrativa, fazendo prevalecer a decisão pautada em critérios técnicos.

Assim, as decisões judiciais não avançam no mérito de decisões proferidas pelo CADE em razão do desconhecimento acerca da tecnicidade econômica. As decisões judiciais não avançam no mérito das decisões proferidas pelo TCU em razão da tecnicidade da gestão e administração pública. As decisões judiciais não avançam nas decisões tomadas pelas agências reguladoras em razão da tecnicidade da regulação setorial. As decisões judiciais não avançam no mérito de decisões administrativas de natureza técnica, preservando as competências atribuídas à entidade legitimada a fazer tal análise!

Tais decisões absenteístas, portanto, são claros reflexos e consequências da aplicação da teoria da deferência. É claro que as decisões judiciais não necessariamente fundamentam sua decisão, de maneira expressa, na teoria sobredita. Mas ainda que involuntária e inconscientemente as decisões judiciais que se abstêm da análise do mérito do ato administrativo com base na fundamentação de que a entidade administrativa possui competência técnica para tal análise e que esse conhecimento técnico falta ao Poder Judiciário, estão, indiscutivelmente, a aplicar a teoria da deferência e a exercer um juízo de autocontenção em relação ao mérito do ato administrativo.

Deve-se ressaltar, para que não haja uma equivocada compreensão em relação ao conteúdo e objetivo da presente pesquisa, que não se entende como incorreto ou inadequada a aplicação da teoria da deferência nos casos acima

ilustrados. A teoria da deferência é pensamento importante e determinante para limitação do controle judicial, para manutenção da harmonia entre os Poderes e para permitir a aplicação adequada das normas técnicas e jurídicas relacionadas aos mais diversos setores da administração sensíveis para os cidadãos.

O ponto fulcral da análise, portanto, não é o estudo da regularidade ou correção da teoria da deferência, mas sim a sua aplicação indistinta e desmedida, sobretudo em circunstâncias que não estão revestidas daqueles aspectos que a teoria admite aplicação, em especial a tecnicidade.

O objeto da análise, assim, não está ligado à possibilidade de aplicação da teoria da deferência. Ela deve ser aplicada! A questão é a verificação de quais os limites do controle judicial sobre decisões administrativas que não são dotadas de fundamentos técnicos, ou seja, decisões fundamentadas em argumentos exclusivamente jurídicos.

A análise subjacente, destarte, está relacionada não com a possibilidade de controle judicial, mas com a avaliação de sua intensidade de modo a avaliar se a aplicação indistinta da teoria poderia resultar em violação da cláusula constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Assim, se o objeto do estudo é a possibilidade do controle judicial de decisões administrativas que não são pautadas pela tecnicidade, a análise de aplicação da Lei Anticorrupção parece um terreno fértil para avaliações.

Como se pode observar, a aplicação da Lei Anticorrupção pressupõe a ocorrência de alguma ou algumas das condutas estabelecidas na legislação como condutas reprováveis e puníveis. A partir da prática de uma dessas ilegalidades, instaura-se o procedimento cabível que levará até a aplicação de uma determinada sanção, ou até a comprovação de inexistência de ilegalidade.

Dentre as condutas ilícitas descritas na norma administrativa sancionadora são mencionados diversos conceitos jurídicos indeterminados, o

que coloca o administrado em grava risco, já que as decisões podem ser pautadas por subjetivismos.

O risco de as decisões administrativas serem jogadas ao subjetivismo é sem dúvida existente. Isso porque, a Lei n. 12.846/13 traz previsões que são suscetíveis de interpretações distintas, pois traz causas de aplicação de sanção as seguintes situações; “*prometer, oferecer ou dar (...) vantagem indevida a agente público*” (art. 5º, inciso, I); “*comprovadamente, financiar, custear ou patrocinar (...) a prática de atos ilícitos*” (art. 5º, inciso II); “*comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses*” (art. 5º, inciso III); “*frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório*” (art. 5º, inciso IV, alínea ‘a’); “*impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público,*” (art. 5º, inciso IV, alínea ‘b’); “*afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo,*” (art. 5º, inciso IV, alínea ‘c’); “*fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente,*” (art. 5º, inciso IV, alínea ‘d’); “*criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo,*” (art. 5º, inciso IV, alínea ‘e’); “*obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento (...)*” (art. 5º, inciso IV, alínea ‘f’); “*manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública*” (art. 5º, inciso IV, alínea ‘g’); “*dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos (...) ou intervir em sua atuação (...)*” (art. 5º, inciso V).

Da leitura dos dispositivos legais sancionatórios, pode-se notar que, em diversos momentos, o núcleo do tipo administrativo sancionador veicula conceitos jurídicos indeterminados (como vantagem indevida, modo fraudulento, reais interesses etc.), deixando à mercê do administrador e de seu subjetivismo, pautado em suas individuais experiências de vida, a interpretação e conclusão acerca da conceituação e compreensão desses conceitos jurídicos indeterminados.

É imperioso destacar, neste ponto, que os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com a discricionariedade.⁶⁶ Enquanto nesta o administrador tem uma margem para deliberação pautada na lei, margem essa previsível e esperada dentro daqueles contornos, naquela a conceituação e compreensão sobre os conceitos fica a cargo da interpretação do administrador, embora também deva ser feita de maneira fundamentada e com base na lei.

Essas circunstâncias, em especial os conceitos jurídicos indeterminados, podem colocar em risco, sobremaneira, o administrado. Isso porque, por exemplo, para algumas pessoas podem concluir que determinada empresa *'comprovadamente'* financiou a prática de ilícitos, enquanto outras podem concluir que aquelas provas produzidas não comprovam tal irregularidade.

As decisões administrativas tomadas nesse sentido estão claramente suscetíveis a erros, erros esses que acabam por resultar em lesão ou ameaça de lesão a direitos dos administrados.

Deve-se fazer um aparte para registrar que tais erros possíveis não estão relacionados com quaisquer ineficiências da administração, ou falta de preparo para lidar com tais questões, absolutamente! Até porque, até mesmo nos mais altos cargos do Poder Judiciário – e de quaisquer dos Poderes da República – é possível constatar que a divergência sobre a comprovação ou não de determinado fato muitas vezes não é unânime.

Aliás, deve-se constar que não é baixo o número de reforma de decisão judiciais em segunda instância após a análise do mérito do processo, com base em uma reavaliação das provas produzidas.

⁶⁶ “Como já dito na decisão, ora agravada, em ambos os julgados foi admitida a intervenção do Poder Judiciário e não há, em nenhum deles, a premissa de que a tese jurídica firmada foi a de não ingerência no mérito administrativo. Ao revés, no próprio aresto embargado, admite-se (item “6”, supra) que o Judiciário pode imiscuir-se “na análise do mérito administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo, também os princípios e mandamentos constitucionais.”. (STJ - RESP nº 1436903/DF)

A esse respeito, cabe mencionar exemplificativamente o estudo realizado acerca das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT que em análise específica acerca da ‘taxa de recorribilidade’ e da ‘taxa de reversibilidade’ das decisões proferidas verificou-se que aproximadamente 40% das decisões de primeiro grau são reformadas.

Veja:

“(…) A seguir, analisamos doze acórdãos de cada uma das seis Turmas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT. A Tabela 2 apresenta a consolidação desses dados, da mesma forma que foram colhidos. Entretanto, para os fins deste artigo, não faz diferença se a apelação foi acolhida integralmente ou apenas parcialmente, assim sendo, ao somarmos esses resultados, encontramos uma Taxa de Reversibilidade média de 40,28%:

Tabela 2 - Resultado Consolidado - Reversibilidade

Turma	Provido	Parcialmente provido	Improvido
1	1	3	8
2	4	1	7
3	2	2	8
4	3	2	7
5	1	2	9
6	4	4	4

Considerando-se que os resultados, apesar do tamanho da amostra, sejam representativos do desempenho do TJDFT, teríamos uma Taxa de Recorribilidade média de 46% e uma Taxa de Reversibilidade média de 40,28%. Esses resultados colocariam o TJDFT quase no centro dos Quadrantes da Figura 5, mas posicionado na região nordeste do Quadrante IV, conforme demonstrado na Figura 6 abaixo, indicando que cerca da metade das sentenças são apeladas e destas, metade são reformadas, sendo o equivalente estatístico de decidido no ‘cara ou coroa’.⁶⁷

Embora a análise específica do TJDFT não seja representativa de todos os tribunais do país, é preciso reconhecer, o que é de conhecimento geral, que

⁶⁷ www.ufsm.br/revistadireito - ‘Taxa de Recorribilidade, Taxa de Reversibilidade e Eficiência Judicial’ . V. 14, n. 1/2019. p. 19/20.

há atualmente uma alta taxa de reversibilidade das decisões judiciais, o que demonstra a dificuldade da interpretação única e contundente em relação a diversos casos e circunstâncias.

É evidente, portanto, que discussões acerca de valoração de prova, definição e conceitos jurídicos indeterminados, e de aplicação de um ou outro entendimento pode resultar em entendimentos distintos a depender do interlocutor e as circunstâncias específicas do caso analisado.

Isso implica, como já adiantado, na evidente possibilidade de decisões administrativas pautadas na Lei Anticorrupção que causem lesão a direito do administrado. Essas decisões, potencialmente danosas – já que as penas aplicadas com base na lei são de altíssima gravidade, como visto – poderiam resultar em decisões definitivas ante a impossibilidade de submissão dessas discussões ao Poder Judiciário.

É preciso compreender, entretanto, que tais decisões não podem ser protegidas pela teoria da deferência, ou simplesmente sob a argumentação de que a revisão da decisão administrativa implicaria em violação à separação dos Poderes.

A premissa para tal conclusão é que a regra do ordenamento jurídico brasileiro é de que a jurisdição é una e inafastável, já que se está diante de um sistema jurídico unitário, que reserva ao Poder Judiciário o exercício exclusivo da jurisdição, permitindo que ele, e somente ele, possa decidir, com definitividade e em substituição à vontade das partes, os conflitos de interesses.

A aplicação da teoria da deferência e a impossibilidade de controle em relação ao mérito dos atos administrativos de natureza eminentemente técnica não representam a instauração de uma jurisdição administrativa, ou uma jurisdição paralela, mas apenas uma limitação ao controle judicial acerca de determinados assuntos, cuja competência fora atribuída ao Poder Executivo para deliberação em razão da afinidade dos assuntos.

Portanto, há dois fatores principais que favorecem o entendimento acerca da necessidade de o Poder Judiciário se autoconter diante de uma decisão administrativa de natureza técnica, sendo a primeira delas o respeito à separação de Poderes e a segunda a incapacidade institucional.

A separação dos Poderes determinará a impossibilidade de revisão judicial do ato administrativo por um motivo simples e objetivo: se o Poder Legislativo atribuiu ao Poder Executivo o exercício de determinadas competências em razão da sua expertise, capacidade técnica, conhecimento de determinado setor etc., é porque o legislador, que é a *'vox populi'*, determinou que tais competências ou funções fossem desempenhadas pelo Executivo. Portanto, a determinação se dá inclusive em razão da repartição de competências entre os Poderes, considerando suas funções típicas e atípicas.

Já o argumento da incapacidade institucional, pode ser interpretado como uma consequência da premissa apontada acima. Viu-se que se atribuiu a competência/função a determinado Poder justamente em razão de ele possuir condições e conhecimento técnico suficiente, razão pela qual, por um critério de exclusão, exclui-se o Poder que originalmente teria tais competências em razão da falta dessa expertise. A incapacidade institucional é justamente o reconhecimento de que o Poder analisado não possui conhecimento técnico ou meios para deliberar sobre determinada questão.

Desse modo, as justificativas para aplicação da teoria da deferência ou para se exigir a autocontenção do Poder Judiciário diante de um ato administrativo que é submetido para a sua análise, podem se basear na separação dos Poderes, em razão das competências legal ou constitucionalmente atribuídas a determinados Poderes e na incapacidade institucional do Poder Judiciário de deliberar sobre questões de natureza eminentemente técnicas.

Em relação ao controle judicial de decisões que não dependam de definições técnicas, porém, não existem explicações suficientes que possam afastar a conclusão de que a cláusula constitucional da inafastabilidade da

jurisdição e o conceito de unicidade jurisdicional possam ser afastadas como argumento de que o mérito do ato administrativo deve ser respeitado e é inviolável.

Talvez a questão não esteja inserida na possibilidade ou não de intervenção judicial no mérito do ato administrativo, mas sim na análise acerca necessidade e da razoabilidade.

A questão parece clara se observado o fato de que a existência de unicidade de jurisdição e da cláusula de inafastabilidade, aspectos indiscutivelmente ligados às garantias individuais dos cidadãos, não podem ser suplantadas por regras, princípios ou construções que dissociadas dessas cláusulas constitucionais.

A intervenção será sempre possível, o que não implica dizer que o Poder Judiciário sempre deverá intervir nas decisões proferidas pelas entidades administrativas.

CONCLUSÃO

Ao longo do que foi demonstrado na presente pesquisa verifica-se que não é nova tampouco simples a discussão acerca do controle judicial da Administração Pública. As discussões relacionadas a esse tema podem ter vários recortes e vários enfoques, todos eles com suas peculiaridades e polêmicas.

Escolheu-se como objeto do presente trabalho responder à duas questões pontuais e específicas, quais sejam: (i) se a cláusula da inafastabilidade da jurisdição trazida no texto constitucional é absoluta, assim como o conceito da unicidade de jurisdição; e, por consequência, (ii) se os atos administrativos fundamentados na Lei Anticorrupção podem ser objeto de revisão judicial, inclusive em relação ao seu mérito.

Ao longo do trabalho ficou evidenciada a possibilidade de intervenção judicial em atos administrativos que causem lesão ou ameaça de lesão a direito seja tal intervenção em maior ou menor grau. O que se tornou mais complexa, porém, é a questão que indaga se, podendo intervir, deve o Poder Judiciário fazê-lo indistintamente.

É para responder a essa pergunta que se deve analisar os conceitos trazidos ao longo do presente trabalho para, conjugando-os, chegar à conclusão de que a intervenção é sempre possível, porém, nem sempre razoável, nem sempre adequada e nem sempre necessária.

Primeiro deve-se estabelecer, como visto nos tópicos preliminares, que a cláusula de inafastabilidade da jurisdição e o conceito de unicidade jurisdicional não são absolutos. Existirão circunstâncias, como visto, que determinarão a relativização de alguns desses conceitos, ora demandando a abstenção do Poder Judiciário, ora demandando a intervenção, ora reconhecendo a legitimação de outro órgão que não exerce jurisdição a resolução da questão posta em discussão.

A definição para cada um desses cenários, se possível for resumir, é a de que, quando a decisão administrativa proferida depender de solução técnica para que somente então os conceitos jurídicos possam ser aplicados, não caberá ao Poder Judiciário a intervenção se o órgão prolator da decisão administrativo foi criado com as competências para analisar aquelas questões técnicas e se possui estrutura e *expertise* para tal solução. A autocontenção nestes casos é recomendável e adequada, legitimando-se a decisão administrativa tomada pelo órgão/entidade que, embora não exerça jurisdição, deve dar a última palavra em relação àquela discussão técnica.

Note que neste caso é que haverá a indicada relativização da cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição e, também, do conceito de unicidade, já que, embora nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito possa ser afastada do Poder Judiciário, ele não poderá intervir para alterar o mérito da

decisão administrativa tomada com base em critérios e métodos técnicos que o Poder Judiciário não domina.

Em outros casos, porém, se a decisão administrativa que é levada para revisão judicial não está pautada em critérios técnicos que sejam estranhos ao Poder Judiciário, se não há necessidade de solução prévia de questões não relacionadas a conceitos jurídicos e se a decisão possui contornos exclusivamente jurídicos e de conhecimento e compreensão do Poder Judiciário, nestes casos caberá a intervenção caso o Poder Judiciário entenda ser o caso de ajuste no ato administrativo proferido, já que, nestas hipóteses, não existem justificativas plausíveis que impeçam a ação do Poder Judiciário.

É necessário esclarecer, mais uma vez, que não se está tratando de aspectos de legalidade do ato administrativo ou competência da autoridade que o editou. Em relação a esses casos, ainda que a questão subjacente ao ato seja técnica poderá o Poder Judiciário intervir, já que se trata de violação direta à legislação.

Justamente por isso, não se vislumbrando nenhuma ilegalidade, a decisão judicial que envereda pela intervenção deve demonstrar, detalhada e fundamentadamente, as razões pelas quais a intervenção é necessária, adequada e razoável, já que se estará diante de um ato proferido por uma autoridade dotada de competência e legitimada para prática daquele ato.

Assim, nos casos das decisões fundamentadas na Lei Anticorrupção, as intervenções no mérito do ato administrativo não podem ser vedadas com base na teoria da deferência ou em qualquer outra teoria, já que se tratando de aspectos jurídicos não pode haver tal afastamento do Poder Judiciário.

Entretanto, embora seja permitido, o Poder Judiciário não deve intervir nas decisões administrativas proferidas, tampouco funcionar como uma instância revisora da Administração, o que claramente implicaria intervenção indevida do Poder Judiciário no Poder Executivo. Neste caso, é indiscutível a nulidade da decisão judicial que se imiscui na atividade executiva.

Somente nos casos em que existirem razões que demonstrem a necessidade e razoabilidade na intervenção é que caberá ao Poder Judiciário, fundamentadamente, intervir na decisão administrativa, o que não implicará qualquer violação à Separação dos Poderes ou os princípios constitucionais.

Ao contrário disso, tal intervenção representará funcionamento normal do conceito dos freios e contrapesos que envolvem os Poderes da República.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. "**Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**". São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo**.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>.

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

BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; RANGEL, Henrique. **A legitimidade na teoria institucional: os efeitos sistêmicos como um aspecto legitimatório**. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 22, jan./mar. 2013

CARDOZO, José Eduardo Martins. **A discricionariedade e o Estado de Direito**. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

CARVALHO NETO, Tarciso Vieira. **Controle jurisdicional da Administração Pública Algumas ideias**. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Contrato de obra pública**. Cadernos FUNDAP, São Paulo, ano 5, n. 11, jul. 1985

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ENTERRÍA, García de. **La Lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo**. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra. Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei anticorrupção Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

J.J. GOMES CANOTILHO, **Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação**. Separata do v. 63 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de Uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle**. SBDP/Malheiros. 2016.

JORDÃO, Eduardo. **Levando a Deferência a Sério**. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/05/Jord%C3%A3o12.05.pdf>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 2015. São Paulo: Malheiros.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18ª edição - Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES

NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006.

PINTO, Bilac. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 144

SESIN, **Administración pública. Actividade reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.