

CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da PUC-SP. Líder do Grupo de pesquisa "Ponderação de interesses no direito administrativo e contrafações administrativas".
ricmarconde@uol.com.br

Uma¹ vez veio a este Grupo o Professor Lucas Catib De Laurentiis, que tinha feito doutorado na Alemanha, e eu falei a ele que o nosso Grupo era mais alemão do que brasileiro, porque a gente não costumava ser muito cordial. Não sei se ele me entendeu, não cordial no sentido de educado, mas cordial porque o brasileiro costuma fazer esses eventos apenas para agraciar o ego do professor. Aqui a gente também tem esse propósito pela admiração, pelo carinho, pelo respeito acadêmico à sua pessoa, à sua pesquisa... mas não apenas isso. A gente tem uma proposta aqui de debater cientificamente o tema sem todos os entraves da cordialidade. Então, vou fazer uma brevíssima exposição, talvez a gente passe um pouco do nosso horário, mas isso não me parece problemático. E aí, a partir dessa brevíssima exposição, vou te passar a palavra novamente, e depois aos demais. Está bom? Vamos lá.

Parece-me que há um problema a ser identificado, claríssimo aqui. O regime jurídico do controle jurisdicional, em relação à amplitude do exame, é sempre o mesmo? Esse é um problema dogmático. Os magistrados ao examinarem as decisões da Administração, o regime jurídico desse exame tem sempre uma amplitude igual? A resposta meio que se evidencia, na pesquisa do Professor Eduardo Jordão, que é praticamente exaustiva, ela se evidencia. Não, não é sempre igual.

-
1. Conferência proferida no Seminário "Controle judicial da Administração Pública", promovido pelo Grupo de Pesquisa Ponderação de Interesses no Direito Administrativo e Contrafações Administrativas, em 05.10.2019, na sala 224-A do prédio OABM da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

Agora, diante dessa constatação, precisamos, como juristas, definir qual é o regime correto desse controle jurisdicional; precisamos identificar critérios científicos para dizer quando ele tem que ser de um jeito e quando ele tem que ser de outro.

Trago à baila uma proposta que não foi examinada na tese do Eduardo Jordão, ele não escolheu esse país, mas bastante difundida no mundo hoje, que é a proposta do Tribunal Constitucional alemão. Esse Tribunal diferencia três tipos de controle: um *controle de evidência*, em que ele considera que só seria cabível um controle jurisdicional quando a questão fosse, de fato, claramente equivocada, indiscutivelmente equivocada; um *controle de sustentabilidade* ou *justificabilidade*, em que a Corte Constitucional, o Tribunal Constitucional alemão, verifica se quem proferiu a decisão realizou uma apreciação objetiva e justificada de todas as fontes de conhecimento disponíveis; e um *controle de intensidade*, em que o Tribunal Constitucional alemão examina a fundo a questão, em todos os seus aspectos, para ver se ela é correta ou não.

O Ministro Gilmar Mendes difundiu esse controle tripartite aqui no Brasil no acórdão do *Habeas Corpus* 102.087/MG, que deliberou sobre a tipicidade do crime de porte de arma com uma arma desmuniada. Parte do Supremo entendeu que era atípico; o Ministro Celso de Mello assim entendeu, e foi vencido. O acórdão foi relatado pelo Min. Gilmar Mendes, e nesse acórdão o Min. Gilmar Mendes explicita de forma bem didática essa jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, fixada em dezembro de 1978, não é, portanto, nada recente.

O Professor Eduardo Jordão refere-se a Cortes que não fazem uma classificação tripartite, mas dicotômica: um controle deferente, ou não deferente; um controle deferente fraco ou um controle não deferente forte. E ele examina, já foi dito aqui, a França, a Itália, os Estados Unidos e o Canadá. E, no texto que nós lemos², Itália, Estados Unidos e Canadá. Ele faz – e a gente já discutiu bastante isso neste grupo – uma pesquisa empírica muitíssimo boa, quase que perfeita, quase eu não diria, pelas pesquisas empíricas que já vi aqui no Brasil, eu diria perfeita, Professor, parabéns! Agora, a minha provocação, dentre várias, vai ser sobre o papel de uma pesquisa empírica na Ciência do Direito. Muita gente, principalmente os órgãos de pesquisa do Brasil – FAPESP etc. –, reduz a pesquisa no Direito à pesquisa de campo, à pesquisa empírica. Essa pesquisa seria, de fato,

2. JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 09-43, jan.-mar. 2016.

uma pesquisa científica, e todo resto da pesquisa que é feita, que não segue essa linha, não seria uma pesquisa científica, para muitas pessoas que trabalham, por exemplo, na FAPESP.

Não adoto essa posição, mas não nego que tenha uma importância científica a pesquisa de campo no Direito. Não nego. Aliás, é difícil fazer. O Tércio Sampaio Ferraz Júnior, numa entrevista que nos concedeu³, disse-nos que os juristas não estão preparados para fazer isso, os sociólogos talvez sim, porque são treinados na Faculdade a fazer pesquisa empírica; os juristas não. Então, geralmente, a pesquisa empírica no Direito é muito mal feita, ela é até uma fraude. Por isso, o trabalho do Professor Eduardo é imprescindível no Brasil, porque mostra como se faz, como se faz a pesquisa de campo. Geralmente a pesquisa de campo é uma fraude. A pessoa fala: “Eu vou fazer uma análise de caso”. Ela pega um acórdão – a gente sabe como é –, pega um acórdão ou outro, pega uns quatro, cinco acórdãos, e considera que fez uma pesquisa de campo, que fez uma análise de caso. Isso não é fazer análise de caso, isso é fraude. Fazer análise de caso é fazer isso que o Professor Eduardo Jordão fez, ter critérios do porquê escolheu esses e não outros. Critérios, explicações do porquê de cada decisão na análise empírica. Enfim, é fazer uma análise empírica séria, bastante ampla. Há um jeito de se fazer isso que dá muito trabalho, talvez por isso não se faça tanto.

Agora, para que se faz a pesquisa empírica na área jurídica? Na minha opinião, a pesquisa empírica é um instrumento para apontar qual é o regime jurídico correto diante de certas situações. Então, a sua tese nos oferece uma série de pontos para reflexão, para pensarmos ao examinarmos qual é o regime jurídico do controle jurisdicional que deve ser considerado adequado cientificamente no Brasil. Para quem considera isso possível... acabei de participar de um debate na PUC de Campinas e lá se constatou que alguns juristas que estavam na mesa debatendo comigo não consideravam que era possível uma interpretação correta em detrimento da outra, portanto, não haveria uma Ciência por trás da interpretação. Esse é um tema bastante corrente no Brasil hoje. Há um campo no Direito, uma doutrina no Direito Administrativo bastante ampla que nega o caráter científico do Direito e da Hermenêutica. Assumo essa possibilidade de que existe uma interpretação que é mais apropriada, correta propriamente, em detrimento da equivocada. Portanto, há, sim, uma Ciência do Direito, e, por isso, um regime

3. POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes; MANCUSO, Luísa. Entrevista com Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 01, v. 2, p. 371-410, jul.-set. 2017, p. 394.

jurisdicional vigente correto na compreensão do direito positivado do Brasil, e incorreto, tendo em vista o direito positivado do Brasil.

Outro ponto que o professor Eduardo Jordão nos apresenta é que algumas Cortes adotaram estruturas simplificadoras para decidir se vão fazer um exame mais forte ou mais fraco, baseados em categorias formais, duas ou três. Aliás, me parece que todos os Judiciários, em um certo momento, adotam esse sistema. Então, no exemplo da Itália, se a competência é discricionária ou é vinculada; se é vinculada, o exame é mais intenso, se é discricionária, vamos respeitar o mérito do ato administrativo; e na competência discricionária o controle só vai ser em relação ao excesso de poder, se houve excesso de poder ou não houve.

Esse é um critério, e é um critério que foi utilizado, e é utilizado bastante no Brasil. Só que a tese do Prof. Eduardo mostra bem que esse critério é bastante problemático. E, parece-me, bastante problemático, também hoje, no Brasil, apesar de ser largamente adotado pelo Brasil. Porque o grande problema é o que é discricionariedade. Muitas e muitas vezes o que o juiz diz que é discricionariedade ou o que a Administração diz que é discricionariedade para mim manifestamente não é. Então, esse critério é um critério complicado porque é complicado saber se estamos diante de uma discricionariedade ou não.

Em termos científicos, para mim, discricionariedade haverá quando não for possível dizer para todos, objetivamente, que uma resposta é melhor que a outra; se for possível objetivamente dizer para todos que uma resposta é melhor do que a outra, não haverá discricionariedade. Então, vou dar um exemplo bem rápido: decisão administrativa sobre a remoção de um servidor de um órgão para outro; praticamente é certo que se essa remoção for impugnada no Judiciário hoje ele dirá: “Não vou examinar isso, porque é discricionário; salvo se for provada uma má-fé, uma perseguição, um dolo, mas, se não houver prova de dolo, respeita-se a decisão administrativa”. Será mesmo? Será que se eu não conseguir caracterizar que o interesse público objetivamente não está sendo realizado com aquela remoção, aquela decisão não seria inválida? Porque há situações em que, de fato, não é possível objetivamente dizer; cairemos no pluralismo político. Se ficar melhor ele estar na Secretaria de Educação ou na Secretaria de Saúde, porque quero dar um impulso a mais nesse momento histórico à educação do que à saúde... há certas situações que vão depender muito da opinião de cada um, não tem como dizer se este errou ou se acertou. Agora, há situações em que não é bem assim. Se, por exemplo, um órgão está com um servidor, e outro está com quarenta; e decide-se lotar ele aqui para ficar com quarenta e um e deixar aquele órgão só com um, objetivamente, ressalvadas situações excepcionais, dá para dizer que a decisão é equivocada. Então, me parece que esse critério da discricionariedade

e da vinculação é um critério importante – porque, de fato, quando nós caímos em questões próprias do pluralismo, o Judiciário deve respeitar, se não quebra a separação de poderes –, mas é um critério que vem sendo secularmente deturpado pela doutrina e pela jurisprudência nas relações de poder da sociedade. O que estaria manifestamente fora da discricionariedade o Judiciário diz que é discricionário para não se meter nas relações de poder.

A Itália deu um passo importante nesse tema, apresentando uma discussão muito rica na nossa matéria. Disse: “Bom, mas além da discricionariedade e da vinculação – e o professor Eduardo Jordão pontuou muito bem aqui na exposição brilhante que ele fez – existiria o tema da discricionariedade técnica”. Eu me lembro, fui aluno do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello aqui no mestrado da PUC-SP, e ele, durante muitos anos, recusou enfaticamente esse conceito da discricionariedade técnica, dizia que é um equívoco, que não existe discricionariedade na discricionariedade técnica, que isso é uma contradição em termos. E, numa edição muito mais recente de seu *Curso de Administrativo*, não me lembro exatamente qual,⁴ alterou seu pensamento e acrescentou uma referência ao tema da discricionariedade técnica. Vejam, sempre faço reverência ao professor Celso Antônio em decorrência da seriedade científica dele. O Professor Celso Antônio traz à baila praticamente a resposta que o Prof. Eduardo nos apresentou aqui no texto ora discutido. Diz lá que os italianos perceberam que haveria uma diferença entre o *juízo opinativo* propriamente e o *juízo de oportunidade*. Bom, mas em alguns momentos, a decisão administrativa decorreria de uma avaliação complexa, que envolve ao mesmo tempo um *juízo de oportunidade* e um *juízo opinativo*. E aí, diz o Professor Celso Antônio, no Curso dele, hoje, isso seria a “discricionariedade técnica”, porque eu tenho um “juízo discricionário” no “juízo de oportunidade” e tenho um “juízo técnico”, porque há uma decisão que exige os dois juízos.

Entendo a crítica conceitual de que uma coisa é oportunidade e outra coisa é opinabilidade, mas me parece que também podemos avançar aqui em relação à busca de uma análise científica do Direito sobre o regime jurídico vigente. Porque – se discricionariedade significa admitirmos duas respostas igualmente válidas, deixando a escolha para o agente competente, a partir de suas convicções subjetivas sobre a melhor forma de realizar o interesse público, e uma vez escolhida uma ou outra, a decisão deve ser mantida pelo Judiciário – me parece que

4. Trata-se da 28ª edição, publicada em 2011 (§98-A, p. 437-438. Atualmente: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. Cap. VII-98-A, p. 445-446.

há questões técnicas, próprias de uma opinabilidade técnica, que envolvem essa situação. Se eu perguntar para um engenheiro qual é o valor venal de um imóvel, o engenheiro pode dizer, por exemplo: “Esse imóvel vale um milhão e duzentos mil reais no mercado”. Não é tão incomum que eu chame um outro engenheiro igualmente sério e ele diga: “Não, vale um milhão e trezentos mil”. Quem errou? Às vezes, dentro da técnica da engenharia, é possível dizer: “esta resposta foi errada”. Mas conversando com os engenheiros muitos deles me dizem: “Bom, eu cheguei a essa conclusão, a esse valor, mas eu não tenho como dizer dentro da técnica que meu colega está errado, não tenho como”. Veja, é uma típica situação discricionária: se não tem como, como é que pode o perito do juiz substituir a decisão do perito da Administração? Se não tem como, dentro da técnica, dizer que aquela decisão está equivocada, ela tem que ser mantida.

Nos Estados Unidos – o Professor Eduardo Jordão nos apresentou isso – eles passaram num determinado momento a dizer que se a ambiguidade é legislativa, deve ser deferente a decisão; se não, não deve. Os norte-americanos, o Professor Eduardo Jordão apontou com maestria, concluíram que isso não é tão fácil como pode parecer na linguagem. Não é tão simples dizer – é a eterna discussão da *in claris cessat interpretativo* – se uma lei é clara ou não, não é só ler o texto. Eu e o Professor Augusto Dal Pozzo estamos traduzindo uma obra de Henry Campbell Black para a Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, já traduzimos e publicamos seis capítulos⁵. Nessa obra, o Black mostra essa dificuldade, ele apresenta dezenas e dezenas de regras, cânones, de interpretação e propõe um “manual de construção”. Faz uma diferenciação técnica entre interpretação e construção⁶: a partir desses cânones interpretativos deve-se construir a compreensão correta do Direito perante o texto normativo. Perceba que esses cânones interpretativos de construção vão muito além do que olhar para o texto e verificar se o texto está claro ou não. Quer dizer, diz a doutrina e a jurisprudência: essa clareza se dá num “contexto jurídico”, e no contexto jurídico todo mundo percebe que é bastante complicado. O que aparentemente está obviamente claro no texto, no contexto jurídico a gente vai dizer: “Não, existe uma série de ambiguidades aí, possibilidades de compreensão diferentes, enfim...”.

5. O capítulo 1 foi publicado na RDAI, n. 3, p. 283-296; o Capítulo 2 na RDAI, n. 5, p. 305-331; o Capítulo 3 na RDAI, n. 6, p. 293-340; o Capítulo 4, na RDAI, n. 7, p. 333-366; o Capítulo 5, na RDAI, n. 10, p. 214-303; e o Capítulo 6 na RDAI, n. 11, p. 345-376.

6. Para uma crítica a essa distinção, vide meu Teoria geral da interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* (RDAI), São Paulo, ano 1, v. 3, p. 299-331, out.-dez. 2017, p. 301-303.

Eu digo uma coisa que me parece óbvia: a clareza da literalidade textual normativa não é um critério para o Judiciário deliberar se vai controlar a Administração, ou não, porque o Direito não se restringe só à literalidade normativa. O Direito implica uma série de questões implícitas numa análise muito mais sofisticada.

No texto do Prof. Eduardo há uma menção a certos critérios. Mas, Vossa Senhoria tem uma conclusão neste ponto do texto, diz assim: bom, dizer que se há uma ambiguidade legislativa, mas haverá um controle fraco, se não há ambiguidade, isso acabou levando na prática a uma simplificação fantasiosa, artificial e, mais, a uma falta total de transparência. Esse é o problema dos critérios fáceis, levam a uma fraude, a uma falta de transparência, porque ao invés de eu ter critérios precisos de análise... “Olha, juiz, quando houver isso você respeita a decisão do Executivo e não invade a separação de poderes; e quando não houver, você não está invadindo, você tem a competência para invalidar”. Se não tenho critérios claros, teóricos, científicos, as coisas não ficam transparentes, e o magistrado vai fazer o que ele quer ali na hora, rompendo totalmente a segurança do Direito, e rompendo o caráter sério do Direito. Então, isso aparentemente acontece com esses critérios fáceis. Aparentemente não, às vezes até veementemente acontece com esses critérios fáceis. Bom, o texto normativo é claro, mas a partir de uma construção se argumenta de forma a justificar que ele não tem nada de claro... mas ele parecia claro, para qualquer leitor. Então, será que essa solução não aponta que o critério está errado? O fato de ele ser claro ou não, não importa em nenhuma indicação para uma deferência ou não deferência, porque o Direito não se restringe à literalidade.

Esse papo de que o Direito se restringe à literalidade me irrita profundamente, e dou sempre um exemplo que considero didático, que é a não atualização do precatório na época do pagamento. A Constituição, no texto, originário não determinava. As Procuradorias, todas, determinavam que se pagasse sem a atualização monetária numa época em que a correção monetária era de 80% ao mês; pagaram centavos enquanto tinham que pagar milhares de reais. Aí precisou ter uma reforma constitucional para obrigar a Administração a atualizar. Precisava da reforma constitucional? Precisava da literalidade? Parece-me claro que não.

Na Itália, agora vou retomar aqui a discussão da Itália sobre a essa discricionariedade técnica, o Prof. Eduardo afirma que alguns italianos consideram que quando há uma ponderação de interesses públicos conflitantes haverá discricionariedade. Então, em um juízo de discricionariedade técnica haveria um misto, uma conexão entre o juízo técnico propriamente dito e essa ponderação de interesses conflitantes. Esses dois pontos se confundiriam lógica e cronologicamente,

portanto a oportunidade, ponderação de interesses conflitantes, e opinabilidade, juízo técnico. A minha crítica a essa consideração de parte da doutrina italiana é sobre a afirmação de que a ponderação de interesses conflitantes seria sempre discricionária, ou levaria a uma discricionariedade.

O tema desse grupo de pesquisa é a ponderação no Direito Administrativo, é um ponto essencial do nosso debate, sempre. Então, parece-me que essa conclusão é equivocada. A ponderação de interesses conflitantes pode levar, obviamente, para mim, a uma solução vinculada. Aliás, na Alemanha, em que se fala muito de ponderação – Robert Alexy – isso é praticamente indiscutível. Na fórmula de peso do Robert Alexy, quando não der o resultado 1 é porque não há discricionariedade. Quando haverá discricionariedade na ponderação? Quando na fórmula do peso a solução da fórmula for 1. A gente já viu isso em outros debates aqui neste grupo. Quando for um, eu tenho um “espaço de decisão”, um espaço público de decisão, tenho uma situação discricionária, em que se eu optar por a concretização de um princípio a decisão será válida, e se eu optar pela concretização do princípio de baixo, a concretização também será válida, caberá ao agente competente decidir. Mas, quando a fórmula não der 1, não há. Muitas e muitas vezes na ponderação de conflitos, de interesses conflitantes, o Direito exige que se opte por um em detrimento do outro, ou que se realize os dois, mas não amplamente, de forma intensamente. Muitas vezes o Direito impõe uma resposta, de competência vinculada, mesmo na ponderação de interesses conflitantes. Então, essa afirmação de parte da doutrina italiana de que na ponderação de interesses haverá sempre uma discricionariedade me parece equivocada.

Bom, e aí o Prof. Eduardo Jordão bem mostra no texto dele que as Cortes foram levadas a abandonar – por causa desse problema da falta de transparência, da fraude que esses critérios simples importam – esses critérios simples em prol de critérios muito mais complexos: um modelo pragmático funcional no Canadá; o abandono ou certo afastamento da doutrina Chevron nos Estados Unidos, em busca de testes contextualizados. E aqui eu quero pontuar: se propôs em algum momento alguns critérios. Quando a atividade administrativa foi pública, foi transparente, deveria ser deferente; quando a atividade administrativa foi motivada, deveria ser deferente; quando a atividade administrativa foi aberta aos interessados, com uma participação dos interessados, deveria ser deferente.

E, nesse ponto, faço uma provocação, e o Prof. Eduardo Jordão no finalzinho da sua exposição fez referência a isso. Estou convencido que todo Direito deve ser compreendido à luz da realidade à qual se aplica. Então, a realidade condiciona a compreensão jurídica. Não tenho como compreender o controle jurisdicional sem estar muito sensível para aonde que esse controle jurisdicional será exercido.

E o Brasil é um país com certas peculiaridades. É um país extremamente corrupto – a Transparência Internacional dá três e meio para a gente, três e cinco –, e é um país de forte inclinação autoritária, tem uma história de autoritarismo muito presente em toda sua existência. Como essa história de autoritarismo marcou a história do Brasil, em vários e vários momentos, a maioria eu diria, a maioria da história do Brasil, há uma cultura autoritária na Administração Pública, mesclada com uma corrupção gigantesca. Então, nesse cenário, esses critérios me parecem totalmente impertinentes.

Então, porque a Administração foi transparente, porque a Administração motivou, porque a Administração deu acesso ao administrado, o Judiciário não vai examinar? Não! O Judiciário deve examinar com profundidade ainda que esses critérios estejam previstos. Parece-me que esses critérios no Brasil são de uma impertinência atroz, com todo respeito a quem pensa o contrário. Estou aqui para provocar.

A Corte canadense, porém, apresentou num certo momento histórico quatro critérios que me parecem muito interessantes. Eu não fiz o que o Prof. Eduardo Jordão fez... não vou ser hipócrita de falar que já estudei o direito canadense, francês com essa profundidade, por isso o “presente” da presença dele aqui. Pelo estudo do Prof. Jordão são quatro posições, quatro critérios. Primeiro: disposições específicas num texto normativo podem indicar um critério para termos um Judiciário mais deferente ou menos deferente. Então, vamos pegar o Brasil, vamos pegar o texto constitucional, disposições específicas da Constituição. O impedimento do Chefe do Executivo deve ser julgado pelo Senado, as contas da Administração devem ser julgadas pelo Tribunal de Contas, há um texto normativo constitucional indicando aquele órgão como o habilitado num primeiro momento para apreciar aquilo. Esse texto normativo me parece que vai gerar efeitos no controle jurisdicional. Quando o Judiciário examina qualquer ato administrativo é diferente do exame que ele faz quando ele examina uma decisão do Senado no impeachment, ou quando ele examina a decisão do Tribunal de Contas. Parece-me, por causa do texto.

Num primeiro momento, quando pensei isso, eu pensei: “Esse critério só vale para o texto constitucional”. Mas me parece que não, vale para o texto legal. Quando o Legislador habilita um órgão para que ele faça aquilo, o Legislador gasta tinta com isso, instrumenta aquele órgão para examinar aquela questão, isso acaba levando a um reflexo no controle jurisdicional que se exerce sobre a atividade daquele órgão. Toda uma estrutura do Tribunal de Impostos e Taxas, toda uma construção legislativa do Tribunal de Impostos e Taxas, vem o Tribunal de Impostos e Taxas e toma uma decisão, esse esforço legislativo deve ser, me

parece, levado em consideração. O critério canadense é um critério importante, não é um critério definitivo, não é uma razão definitiva, seria uma razão *prima facie*, eu diria.

O segundo critério é a expertise específica da autoridade administrativa comparado à expertise do Tribunal. Parece-me que é um critério fundamental esse. Imagine que haja um órgão da Administração formado por médicos, renomados médicos, experientes médicos, que vão tomar uma decisão sobre medicina. Veja, me parece não tão óbvio assim que essa decisão proferida por médicos habilitados, renomados, de um órgão experiente de medicina da Administração deva ser substituída por uma perícia médica no Judiciário. Mas, por que não? Por causa da expertise própria daquele órgão técnico, comparada com a expertise que poderia haver numa perícia judicial, porque logicamente, a expertise do juiz é em relação a questões jurídicas, em relação a outras questões ele teria que se valer de um perito judicial. Então, esse critério é um critério importante também. Quanto mais tecnicamente especializado o órgão da Administração, me parece que mais cuidado terá que ter o juiz para examinar essa questão, tendo em vista a especialização técnica do órgão que proferiu aquela decisão.

O terceiro critério proposto pelos canadenses é o propósito da norma. No texto se fala “propósito da lei”, mas vou usar aqui a palavra “norma” e não “lei”, parece-me mais ampla. Veja, se o propósito da norma é proteger o administrado, realmente pode ser que caiba um controle jurisdicional muito mais amplo. Agora, vamos pensar um exemplo aqui: se o propósito da norma é uma verificação de uma eficiência administrativa interna, é que a própria administração verifique se, para ela, funciona melhor, dentro dela, ir por um caminho ou por outro. Ora, se o critério é esse, muda bastante a análise do Judiciário. Se a norma tem como propósito deixar aos técnicos da Administração deliberarem a partir de uma análise técnica deles, muda bastante a forma como o Judiciário vai atuar.

E, finalmente, o último critério que os canadenses propõem é a própria natureza da questão decidida pela autoridade. E aí, esse é um critério, não seria o caso de dizer importante, que considero bem problemático. Porque, lá se diz assim: se a questão é de fato, tenha mais deferência. Pelas especificidades do Brasil, eu diria o contrário: questões de fato devem ser apreciadas pelo Judiciário até o fim, não tem por que dar uma deferência sobre a apreciação da questão de fato à Administração, mesmo porque é comum a Administração maquilar os fatos, é claramente possível isso. Então, não me parece apropriado esse critério. Mas, como eu disse, se a natureza da decisão for relativa a uma autoadministração, e uma busca de uma eficiência interna a partir de critérios internos, ok, é uma questão que deve ser levada em consideração pelo órgão jurisdicional e este deve, regra

geral, respeitar a decisão, tendo em vista uma eficiência interna na distribuição de funções, por exemplo. Mas, é um critério *prima facie*.

E, o Prof. Eduardo Jordão, já terminando a minha exposição, pôs o dedo numa ferida do nosso Grupo de pesquisa, ao dizer: bom, estou vislumbrando aqui um conflito valorativo, quanto mais for complexa a análise do Judiciário, mais vai ser precisa, mais vai ser sofisticada, e mais vai ser, talvez, correta, vai levar a uma correção, mas vai ser mais cara, vai ser mais demorada. Quanto mais esquematizada for a decisão do Judiciário, respeitando critérios objetivos esquemáticos, simplificados, vamos ganhar em operatividade, em operacionalidade, em simplicidade, mas também vai ser menos custoso, mais rápido, talvez até mais seguro, eu diria. Então, Vossa Senhoria diz: há um conflito aqui entre o *funcionalismo* de um lado e o *formalismo* do outro lado. Eu diria: este conflito é o que marca a aplicação por *subsunção*, formalista, e a aplicação por *ponderação*, funcionalista, há um conflito.

Veja, a própria aplicação do Direito envolve um conflito ponderativo. Se você exigir que o Direito leve uma ponderação explicitada a todo momento, não vai funcionar. O guarda de trânsito não consegue fazer uma ponderação para decidir se vai multar alguém, explicitar a ponderação, ele precisa se basear em *standards* meio que objetivos, se não, ele não é formado em Direito, não vai funcionar. Agora, se eu só aplicar o Direito a partir de *standards* objetivados no plano abstrato, nós vamos ter decisões estratosféricamente injustas e equivocadas. Nós vivenciamos na prática do Direito esse conflito: a ponderação leva a algo menos prático, mais complexo, mais inseguro, mais subjetivo, mas, mais justo, mais caro também. A subsunção é mais prática, mais fácil, mais segura, mais objetiva, mais econômica, mas muitas vezes mais injusta.

Vou terminar as minhas provocações com uma conclusão. Eu, durante essa exposição, apresentei alguns critérios *prima facie*, falei que os critérios canadenses poderiam atuar no Brasil como critérios *prima facie*. Os quatro critérios. Neguei vários desses critérios. Parece-me que há uma razão *prima facie* no Brasil, uma razão *prima facie* em abstrato, contrária à restrição do controle jurisdicional. De onde que eu extraio essa razão *prima facie*? Primeiro, do próprio texto da Constituição, do artigo 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá lesão e ameaça a direito do controle jurisdicional. Portanto, há uma dicção textual em prol de um controle amplo. Além disso, há uma razão histórica e sociológica de termos deferência ao controle jurisdicional, a corrupção e a complexidade da nossa Administração, autoritária. Então, me parece que na dúvida, se o Judiciário tiver dúvida no Brasil se deve controlar ou não, ele deve controlar. Por causa dessa razão *prima facie*.

Fecho com um exemplo, um exemplo em que a jurisprudência não vem caminhando bem: direito disciplinar dos servidores públicos. O servidor público comete uma falta disciplinar, a Administração instaura um processo, garante a ele o contraditório e a ampla defesa – hoje está garantido quase sempre, graças a Deus avançamos –, é transparente, é motivada a decisão, e pune o servidor. O STJ hoje se divide, uma parcela da jurisprudência, há dois enunciados contraditórios, entende que se as questões formais foram respeitadas o Judiciário não deve fazer nada, deve respeitar aquilo. E a outra parcela diz: “bom, precisa verificar o exame de proporcionalidade; se a proporcionalidade foi violada, deve invalidar aquela decisão”. Para mim, o controle aí não deve ser nem fraco, tem que ser total, porque todo mundo que lida um pouco com o direito disciplinar de forma acadêmica, não preso à prática, sabe que o direito disciplinar hoje é um grande instrumento do nível de corrupção. O servidor que atrapalha é perseguido, o servidor que não atrapalha não é. Este pode fazer o que quiser. Agora, regra geral: o direito disciplinar se tornou um instrumento de manutenção dos índices de corrupção no Brasil, porque aquele que atrapalha os corruptos, é perseguido. Mas, como é que nesse cenário eu posso ter um controle jurisdicional deferente? E mais, vai contra as bases do direito brasileiro. Cabe ao Judiciário, como se dá no Direito Penal, saber se o crime foi cometido ou não, com profundidade; no Direito Tributário, se o fato tributário existe ou não, com profundidade; e no direito disciplinar, se o fato disciplinar ocorreu ou não, com profundidade. Mas isso aqui foram provocações. Muito obrigado!
