

CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: RESPOSTA A RICARDO MARCONDES MARTINS

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION: RESPONSE TO RICARDO MARCONDES MARTINS

EDUARDO JORDÃO

Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), com pesquisas de pós-doutorado realizadas na Harvard Law School e no MIT Economics. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos Institutos Max-Planck de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha. Professor da FGV Direito Rio e Advogado. eduardo.jordao@fgv.br

Eu¹ já tinha agradecido antes pelo convite e agradeço mais ainda agora pelas provocações. Acho que quem é acadêmico tem que gostar de provocações. Tenho um monte de anotações aqui, vou tentar passar bem rapidamente, então, meio que por cima de todas elas; e aí qualquer uma delas que você queira eu posso aprofundar. Rapidamente, você falou um pouco de pesquisa empírica, que é muito difícil de fazer, e que tem que ser levada a sério – e eu concordo. E eu relaciono isso com o que você falou, por exemplo, sobre o Tribunal Constitucional alemão. Durante a minha tese, eu passei dois anos na Alemanha. Eu estava no Instituto Max-Planck. Tenho algum conhecimento de alemão, e por algum período achei que iria incluir o direito alemão na minha tese, mas não o fiz porque o meu conhecimento de alemão não é o suficiente para identificar todas as nuances de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, o que me faria perder algumas

-
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.

coisas, e eu não estaria fazendo um retrato fiel da realidade. Foi por isso que não incluí o direito alemão e não conheço bem, portanto, a divisão tripartite que o Gilmar Mendes trouxe. Costumo ser desconfiado de leitura de segunda ordem, porque, nas vezes em que eu fui avaliar na fonte o que a doutrina dizia que existia, decepcionei-me bastante.

Sobre a questão da Ciência do Direito e se ela pode existir ou não, eu poderia ficar aqui muito tempo falando sobre isso, mas, basicamente, vou só dizer a minha intuição sobre o assunto. A minha intuição sobre o assunto é a de que nenhuma resposta peremptória é correta, nem é verdade que o Direito seja totalmente científico, nem é verdade que não haja ciência no Direito. Acho que uma Ciência do Direito adequada é aquela que vai identificar as situações em que há uma resposta correta do Direito para aquela situação, e a Ciência do Direito deve reconhecer que, em determinadas circunstâncias, há uma indeterminação do Direito que faz com que a Ciência do Direito possa ajudar pouco para a solução daquele caso. E que, portanto, outras ciências, outros tipos de conhecimento devem cumprir seu papel. Mas, sim, há espaço para uma Ciência do Direito, e eu acho que em vários dos casos que são levados ao Judiciário há uma resposta certa, há vários outros que acho que não.

Em relação a várias das coisas que você falou aqui, sobre o perito do juiz, o perito técnico, discricionariedade técnica, avaliação técnica de fato etc., acho que o Celso Antônio se associa muito à tradição do Massimo Giannini, que é o criador desse específico conceito de discricionariedade na Itália, que é a ponderação de múltiplos interesses conflitantes. É isso que Giannini acha que é discricionariedade, e de fato, essa é a mesma expressão que você fez, isso é só um conceito de discricionariedade. O que é curioso é que o conceito é tão forte na doutrina italiana que quando o Judiciário italiano começou a resolver questões relacionadas com discricionariedade técnica as pessoas diziam: “Mas isso não é discricionariedade.” No fundo o que elas estavam querendo dizer era: “Isso não é o que Giannini considera discricionariedade.” E eu, no meu lado, pensando: “E daí?” De fato, não há, na discricionariedade técnica mais clássica, essa ponderação de interesses múltiplos conflitantes. Eles ficaram muito afetados a um conceito específico de um grande doutrinador italiano, e passaram ao largo da discussão relevante, que é: o Direito tem uma solução para aquilo, ou é uma situação em que o Direito não tem uma solução, e que, portanto, não faz sentido ouvir o perito do juiz quando você já teve uma instituição específica com expertise naquilo que resolveu aquela questão?

Na tese, há um momento específico em que eu noto que o controle judicial na Itália passou a ser mais forte quando se aprovou uma lei em 98, que permitia ao juiz

administrativo fazer recurso ao perito – antes, ele não tinha essa possibilidade. Ele poderia fazer um recurso ao perito para poder ouvi-lo sobre aquela questão, e isso gerou a queda da discricionariedade técnica, ou pelo menos eu faço essa relação. O juiz provavelmente pensou: “agora que eu posso ouvir o perito, eu não preciso mais ouvir o CADE.” Mas não faz o menor sentido que você tenha uma entidade específica com cinco, sete, oito, dez membros, todos com expertise técnica, tomando uma decisão específica, e o juiz decidir ouvir o seu perito que entende que essa decisão está errada.

Indo a outro ponto seu: ambiguidade e clareza só existem no contexto jurídico, de fato. O que eu mostro aí é: os juízes americanos querem fazer crer que eles aplicam a doutrina do Chevron, então quando chega um caso específico para eles, e dizem: “Dado que essa lei é ambígua, eu vou aplicar um controle deferente.” Na prática, para definir se a lei é ambígua ou não eles fazem uso de cânones de interpretação que não são listados, então você pode usar os cânones que você quiser para definir se a lei é ambígua ou não. O problema não é usar cânones de interpretação, que é algo naturalmente importante, mas, na medida em que há múltiplos e que não há um procedimento específico sobre como usá-los, o que acontece é que, no caso concreto, se o juiz quiser dizer que a lei é ambígua, ele vai usar os cânones que são relevantes para chegar àquela conclusão. Por exemplo, ele pode usar o cânone da interpretação constitucional e dizer: “a lei está muito clara, mas se você interpretar à luz do princípio tal da Constituição, ela não é clara.” Então, você usa isso ou não de acordo com o seu interesse naquele caso concreto – esse é o problema. Ou seja, não vejo problema na utilização de cânones de interpretação, mas, posto que o juiz é livre para selecionar os cânones que ele vai utilizar, você tem um espaço para um arbítrio judicial muito grande.

Passo a considerações um pouco mais concretas, e uma provocação que me foi feita eu vou devolver para você. Seguinte: no contexto brasileiro talvez não haja espaço, ou haja menos espaço comparativamente, para soluções deferenciais, tanto em função do contexto histórico brasileiro, como em função do contexto jurídico brasileiro. A minha posição sobre o assunto é: eu não tenho certeza. Daí quando você diz, por exemplo, que “a Administração Pública no Brasil é tradicionalmente corrupta”, concordo – mas juízes também. Você pode ter uma avaliação de que os juízes são menos corruptos do que a Administração, e isso é uma avaliação subjetiva com a qual eu concordo, mas é subjetiva. Eu tendo a achar que os juízes, por causa inclusive das suas características funcionais, estão menos propensos a se envolver em casos de corrupção do que a Administração Pública. Mas note que não é um juízo objetivo de “dado que a Administração Pública brasileira é corrupta o juiz deve resolver isso.” É que tem outras coisas

a ponderar: por outro lado, se a Administração é mais técnica do que o juiz, será que a gente deve necessariamente dar mais relevância ao critério da probidade do que ao critério da técnica? Depende. Considere, por exemplo, que o juiz é corrupto no nível oito, e a Administração é corrupta no nível doze; e que a Administração Pública tem uma expertise técnica dez vezes superior – estou usando números para levantar o fato de que a eventual identificação de uma maior probidade do juiz em relação à Administração Pública é de fato um critério que deve ser levado em consideração para pesar a favor de um controle mais intenso, mas não é o único critério que deve ser levado em consideração.

Como há vários outros critérios, pode ser um caso em que a gente prefira que a última decisão seja tomada por uma instituição tendencialmente mais corrupta, porque as outras circunstâncias que são relevantes, são mais relevantes do que a diferença de probidade entre uma e outra. O Adrian Vermeule tem um artigo muito interessante cujo nome é *O Abuso de Poder Ótimo (Optimal Abuse of Power)*, em que ele diz basicamente que o Direito parte do pressuposto de que vai haver algum abuso de poder e que isso é natural, que as instituições são criadas com base nisso, e que você não deve querer eliminar todo abuso de poder. Às vezes, você pode validamente dizer: “não sei por que estou querendo uma instituição que está mais propensa a ser corrupta, mas, ainda assim, eu quero que ela decida esse caso, porque ela tem outras características que no caso concreto podem ser mais relevantes do que a probidade.” E, de novo, eu não estou dizendo aqui que acho que tem que ter deferência, estou dizendo que a questão é mais complexa, assim como acontece em outras discussões.

Agora, eu concordo com você que a tendência à improbidade é um aspecto a ser levado em consideração longe dos outros aspectos que a gente vai levar em consideração no caso concreto para decidir como deve ser o controle judicial. Isso sobre os aspectos históricos, sociológicos que devem ter um peso na decisão da intensidade do controle judicial. Concordo que deve ter um peso, mas digo que ele não é único e digo que é bastante subjetivo, esses são os pontos.

Sobre o contexto judicial. Achei muito interessante a sua consideração de que no direito brasileiro deveríamos ter uma propensão *prima facie* ao controle mais intenso dado o contexto jurídico brasileiro. Eu gostei mais da ideia de uma regra de segunda ordem da decisão, do tipo *in dubio pro reo*, e dissertaria criando um *in dubio pro controle*; gostei mais disso do que da sua identificação que o direito brasileiro tem esse pendor – desse ponto eu não tenho certeza. Você mencionou uma série de artigos da Constituição que apontariam para um maior controle. Falou, por exemplo, do *impeachment* sendo controlado pelo Senado. Eu observo que em nenhum momento a Constituição diz em que intensidade deve se dar esse

controle. Em todos os momentos a Constituição só diz: “vai ter um controle.” Você não encontra isso em nenhum momento, e acho que nenhuma discussão da tese é contra a existência de um controle.

Há outra questão, sobre a qual o nosso Direito passa totalmente ao largo – que eu acho que deveria ter sido incluída na LINDB recente, talvez uma tomada de decisão sobre isso –, que é falar sobre qual vai ser a intensidade do controle. Ninguém fala em lugar nenhum, nem o artigo 5º, inciso XXXV. A leitura que se faz do artigo 5º, inciso XXXV, em minha opinião, é muito equivocada por várias razões. Para começar, ele fala: “a lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Então, é um artigo em primeiro lugar sobre a intervenção de um Poder sobre o outro; o que está dizendo é: “a lei não afastará do Judiciário”, ou seja, o Legislativo não afastará do Judiciário. A primeira coisa que é, portanto, um dispositivo que visa a disciplinar a separação de Poderes, ou seja, o artigo nada diz sobre o próprio juiz limitando seu controle. Inclusive, os juízes vêm fazendo controle limitado sobre discricionariedade há décadas, e ninguém nunca achou que isso é contrário ao artigo 5º, inciso XXXV. Então, o artigo 5º, inciso XXXV, não fala nada sobre o que o juiz pode fazer, e mais ainda, o artigo não fala nada sobre modulação de intensidade do controle – o artigo só fala sobre excluir da apreciação. Nem há no artigo 5º, inciso XXXV, uma vedação a que a lei estabeleça limitações ao controle judicial. Então, a lei poderia ter dito, a LINDB poderia ter dito, por exemplo, “para controlar decisões de agências reguladoras, o controle vai ser deferente”. Note que eu não estou dizendo que essa decisão é boa, só estou dizendo que essa decisão deve ser tomada por alguém. E, dado que não há nada na legislação, em minha opinião, sobre isso, e não há um pendor constitucional sobre isso, quem vai tomar essa decisão vai ser o Supremo Tribunal Federal quando estabelecer a doutrina específica sobre deferência no Brasil, que ainda não há.

Acho que é isso. Eu tinha algumas outras considerações, mas agradeço muito...