

CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BREVE RESUMO DE ALGUMAS CONCLUSÕES DE TESE DE DOUTORADO

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION: A BRIEF SUMMARY OF SOME CONCLUSIONS DRAWN UNDER THE PURVIEW OF DOCTORAL THESIS

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 queria agradecer ao Ricardo e ao Augusto pelo convite para estar aqui hoje. Vir à PUC é uma grande honra para qualquer acadêmico, já que se trata de um dos maiores centros de Direito Público do país, mas para mim a honra é especial porque venho de fora de São Paulo. Como forasteiro, é muito gratificante que lhe abram as portas para apresentação do seu trabalho. Estou aqui em São Paulo há apenas seis meses, embora continue ensinando na FGV do Rio de Janeiro. Então é uma alegria estar aqui na PUC, é uma alegria ter recebido esse convite muito generoso do professor Ricardo, pelo que lhe agradeço bastante.

Vou ter hoje uma tarefa bastante complicada: depois de ter passado seis anos para escrever a minha tese de doutorado, vou resumi-la para vocês em cerca de quarenta minutos... Para tanto, o que resolvi fazer foi escolher algumas das questões principais que tratei ali, cinco questões, para poder reportar o que eu quis investigar sobre cada um desses temas e o que encontrei em relação a cada um deles,

-
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.

todos relacionados com a “modulação da intensidade do controle judicial”. Esse é o tema geral: modulação, escolha, da intensidade do controle judicial que se dará sobre decisões tomadas pela Administração Pública. O artigo que vocês leram, “Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura”, é o resumo de um dos sete capítulos da tese, em que trato especificamente do *procedimento* de escolha da intensidade do controle judicial. Os temas que apresentarei aqui extrapolam o que vocês leram em casa, embora o inclua. Fiquem à vontade, na sequência da minha exposição, para focar naquela parte que vocês leram em casa, eventualmente, ou para extrapolar junto comigo e conversar também sobre as outras questões.

A maneira mais conveniente de se começar é traçando o pano de fundo que me levou a escrever a tese. O pano de fundo é a constatação do estágio de avançada complexidade material e institucional da Administração Pública contemporânea. Quando falo em “complexidade material”, quero dizer que a Administração Pública é chamada a resolver problemas cada vez mais complexos, mais difíceis; e com implicações muito significativas do ponto de vista jurídico, político, econômico, técnico. Mas há também uma constatação de uma elevada complexidade institucional, que traduz a preocupação do legislador, do Direito, de desenhar cuidadosamente as entidades da Administração Pública que irão tomar essas decisões materialmente complexas. Então, se você olha para o Direito Administrativo atual, você constata que as decisões da Administração Pública são cada vez mais complexas, cada vez têm implicações mais significativas sobre diferentes aspectos da sociedade. E, para tomar essas decisões, o legislador se preocupa em desenhar as autoridades administrativas bem adequadas, bem preparadas. De tal modo que na Itália, por exemplo, já não se fala em “Administração Pública”, mas em “Administrações Públicas”, para ressaltar esse aspecto múltiplo de que existem diferentes entidades administrativas com diferentes características; e que essas características variantes são, em tese, produto de decisões legislativas voltadas a adequar cada entidade às decisões que devem ser tomadas por elas.

No caso, estou falando de entidades como as agências reguladoras, que são criadas supostamente com as características mais adequadas para possam tomar aquelas decisões específicas que lhe chegam, como aquelas relacionadas à regulação de telecomunicações, por exemplo. E aí, a grande dúvida genérica por trás da construção da tese é: em que medida o Direito Administrativo está adaptado a essa nova realidade? Se a Administração Pública vai se multiplicando, se a Administração Pública vai se tornando mais complexa, em que medida o Direito Administrativo está acompanhando essa mudança? Ou melhor: ele de fato está acompanhando ou a gente ainda segue aplicando a essa nova Administração Pública um Direito Administrativo de um século atrás? Há uma dúvida sobre isso, e essa dúvida leva a uma série de questões específicas.

Essa dúvida não é original, nem totalmente nova. Vários dos mais importantes trabalhos sobre Direito Administrativo dos últimos vinte, trinta anos, partem de uma preocupação semelhante. E aí visam a reformar diferentes áreas do Direito Administrativo, por exemplo, relativas a bens públicos, a contratos da Administração Pública, entre outros, porque estes autores entendem que o Direito Administrativo que se aplica a essas partes, a essas diferentes atividades da Administração Pública, precisa ser modernizado para acompanhar a modernização da Administração Pública. Portanto, a dúvida não é original, a dúvida não é nova. O que é realmente novo e específico na minha tese é a aplicação dessa dúvida ao controle judicial da Administração Pública.

Mais especificamente, a pergunta de pesquisa é: como nós devemos fazer para adaptar a intensidade do controle judicial à complexidade da Administração Pública? Será que, porque a Administração Pública muda, será que porque a Administração Pública se complexiza, transforma-se em várias Administrações Públicas diferentes, será que isso deve gerar uma correspondente modulação da intensidade do controle judicial? Por exemplo, quando um juiz é chamado a controlar uma decisão da ANATEL, que eu mencionava agora, ou uma decisão do CADE, que é outra autoridade especializada em um determinado tema, será que o juiz, que é generalista, deve modular a intensidade do controle para, por exemplo, controlar menos intensamente as decisões dessa Administração Pública?

A dúvida é como adaptar a intensidade do controle judicial às características da decisão controlada e da autoridade que prolatou aquela decisão. Então, se eu falava de Administração Pública Complexa do ponto de vista material e institucional, agora investigo de que maneira a intensidade do controle judicial pode ser modulada em função dessas circunstâncias. Se a decisão é complexa, ou a decisão é política, com implicações políticas relevantes, e se ela é tomada por uma instituição administrativa com características muito particulares, deve o juiz adaptar o seu controle a essas entidades? Essa é a questão que eu me pus no trabalho.

De que modo resolvi enfrentar essa questão? Eu me pus o desafio de investigar o Direito Comparado, de ver outras jurisdições e como estas jurisdições reagiram a ela: na jurisdição desse país, na jurisprudência da Suprema Corte desse país, há uma modulação da intensidade em função das características da decisão administrativa controlada, em função das características da autoridade administrativa controlada? E se há, o que isso gerou?

O recurso ao Direito Comparado se justifica por duas razões: em primeiro lugar, porque permite um inventário de soluções diferentes para uma mesma questão. Se se faz uma pesquisa específica sobre diferentes países relativa a uma

questão, a tendência é que se encontrem diferentes soluções, diferentes respostas àquele problema. E, com isso, é possível apresentar ao leitor diferentes formas de encará-lo. Nem todos os países, por exemplo, vão concluir que é necessário modular. Em alguns, o entendimento pode ser de que isso é desnecessário, irrelevante; em outros, a modulação pode ser vista como relevante, e por diferentes razões. Eu precisava investigar isso. Então, a primeira razão para o recurso ao Direito Comparado é essa riqueza que ele nos aporta. A segunda razão do recurso ao histórico jurisprudencial de direitos estrangeiros é a concretude da análise. Isto é, se analiso o histórico jurisprudencial de diferentes países, não ficarei discutindo questões teóricas sem implicações práticas. Estarei discutindo questões que foram levadas ao Poder Judiciário, e, portanto, foram efetivamente relevantes para o deslinde da minha dúvida, da minha questão genérica de pesquisa em diferentes países. Portanto, o recurso ao Direito Comparado se justifica pela riqueza e pela concretude que aporta.

Escolhi estudar quatro países: França, Itália, Estados Unidos e Canadá. Estudei o histórico jurisprudencial desses países e tentei comparar, tentei levantar os diferentes dilemas, as diferentes escolhas que eles fizeram relacionados ao meu tema. Por que quatro países, e por que especificamente esses? Essa escolha me pareceu adequada primeiro em relação ao número, porque quatro me pareceu o máximo de países em que eu conseguiria aprofundar a minha análise sem ficar restrito a casos muito episódicos, de um lado, e sem ficar restrito aos Estados Unidos e à França, de outro, permitindo a formação de um inventário de soluções que pudesse enriquecer o meu trabalho. Ao mesmo tempo, fazer cinco ou seis países me exigiria alguns anos a mais de pesquisa, e demorei seis anos para fazer essa tese. Em suma, quatro me pareceu o número mais adequado para permitir uma multiplicidade de soluções sem inviabilizar completamente a minha pesquisa.

Quanto a quais países estudar, cheguei a esta escolha específica depois de uma pesquisa preliminar que apontou que dois desses países adotavam uma solução menos interventiva do juiz sobre a Administração Pública, enquanto os outros dois apontavam a uma solução mais interventiva. Naturalmente, era importante conhecer países com posições diferentes para poder compará-las. Os Estados Unidos e o Canadá são os países que demonstram uma certa deferência à Administração Pública, e, portanto, seus juízes intervêm menos nas decisões da Administração Pública. E França e Itália são os países que comparativamente, ao menos, intervêm mais nas decisões da Administração Pública. Outra razão para escolher esses países, é que são países relativamente desenvolvidos, sofisticados nas suas soluções jurídicas, o que permite uma riqueza maior de soluções. Essa é

precisamente a razão pela qual eu não tratei do direito brasileiro. Evidentemente, me interessaria ter investigado o caso brasileiro, mas em certo ponto da minha pesquisa percebi que a única razão que me levaria a colocar o Brasil entre os países estudados seria o fato de que eu sou brasileiro, e isso não me pareceu suficiente. Afinal, o Brasil não está no mesmo estágio de maturação jurisprudencial sobre esse tema que estão esses outros países, e a comparação das soluções adotadas nesses países com o Brasil tenderia a não se justificar de um ponto de vista científico. É claro que quero, ao longo dos próximos anos – e já tenho feito isso –, aplicar boa parte dos conhecimentos que obtive na pesquisa da tese às situações brasileiras, às decisões brasileiras relativas ao mesmo tema.

Metodologia da pesquisa. O que foi que efetivamente fiz? O primeiro passo foi ler vários cursos de Direito Administrativo de cada um desses países para tentar identificar, numa visão superficial e inicial, quais eram os temas principais relativos ao controle judicial e quais eram as decisões principais que firmaram a jurisprudência relativa à modulação da intensidade do controle judicial nesses países. Na sequência, li obras mais específicas sobre controle judicial em cada um desses países, com o objetivo de identificar quais eram as decisões que eu precisaria ler. O segundo passo foi levantar todas essas decisões e lê-las. Li mais de uma centena de decisões da Suprema Corte americana, mais de uma centena de decisões do Conselho do Estado francês, do Conselho do Estado italiano e da Suprema Corte canadense. Enquanto lia essas decisões, eu anotava tudo aquilo que me parecia relevante. Ao final desse primeiro momento de pesquisa, eu tinha um documento com cerca de duas mil páginas, com todas as observações que fiz sobre aquelas leituras que realizei e trechos importantes das decisões.

E aí chegou um momento intelectualmente mais desafiador: a tentativa de dar a toda aquela leitura que eu tinha feito alguma racionalidade, isto é, era necessário desenvolver uma narrativa específica sobre a modulação da intensidade do controle judicial no âmbito da qual eu faria referência às decisões que li. Queria evitar a todo custo fazer o tipo de trabalho de Direito Comparado que a gente encontra muito por aí, do tipo “na França é assim, nos Estados Unidos é assim, na Itália é assim, no Canadá é assim...”. Isso é pobre. O importante para mim era ter uma linha narrativa específica e só fazer menção às diferentes decisões jurisprudenciais na medida em que essas decisões fossem importantes ao menos para diferentes pontos, diferentes dilemas que encontrei enquanto as lia. Em alguns pontos da tese, por exemplo, não menciono o caso francês, porque ele não é relevante para o assunto específico que estou debatendo: então eu só falo do Canadá, da Itália e dos Estados Unidos, onde houve discussões relevantes na jurisprudência sobre esse tema. Em relação ao outro tema a França era relevante,

mas o Canadá não era, ou os Estados Unidos não eram, e assim por diante. O mais importante para mim era ter uma específica tese que queria apresentar ao meu leitor, usando os diversos casos que eu tinha lido como ilustrações de diferentes argumentos.

Dito isso, começarei a abordar os cinco temas que eu considero principais na tese de doutorado. Lembrem que a pergunta de pesquisa é: Como adaptar a intensidade do controle judicial às características da decisão administrativa controlada e da instituição administrativa que prolatou aquela decisão? Tendo essa pergunta em mente você consegue entender cada um dos temas que menciono aqui.

O primeiro tema é o seguinte: quais são, nas diferentes jurisdições, os critérios que são adotados pelo juiz para determinar a intensidade do controle judicial? Que tipo de critério, que tipo de circunstância objetiva fará o juiz aplicar um controle mais ou menos intenso? Em diferentes países a orientação judicial diante dessas mesmas circunstâncias objetivas podem ser diferentes. Este é o primeiro ponto: quais são os critérios que são ponderados.

O segundo ponto é: qual é o procedimento que é utilizado pelo juiz para definir qual vai ser a intensidade do controle judicial? Note que o procedimento difere dos critérios; trata-se do procedimento específico no bojo do qual os eventuais critérios serão ponderados. Mas é preciso questionar em que medida o juiz está atento aos diferentes critérios e em que medida o procedimento deixa ele à vontade para ponderar os diferentes critérios. Se a minha grande preocupação envolve a adaptação do controle à riqueza dos fatos, eu preciso verificar em que medida o Direito está preparado para enfrentar essa riqueza dos fatos. É por isso que o primeiro ponto é quais *critérios* levar em consideração; o segundo ponto é qual é o *procedimento* – que pode ser mais ou menos aberto a essa riqueza.

A terceira questão é qual é o *número de modelos de controle* à disposição do juiz. O mais comum é que haja apenas dois modelos de controle: o modelo de controle intenso e o modelo de controle não intenso, que você pode chamar também de modelo de controle *deferente* e modelo de controle *não deferente* à Administração Pública. Mas, países vários, em determinados momentos de sua história jurisprudencial, tentaram oferecer ao juiz mais do que dois modelos específicos de controle. Tentaram oferecer ao juiz, por exemplo, três modelos diferentes, um extremamente deferente, outro só deferente e o outro não deferente. Ou, ainda, quatro, cinco modelos distintos de diferentes intensidades que o juiz deveria aplicar ao controle judicial. Como é que isso deu na prática é o que veremos no terceiro ponto.

O quarto ponto é o seguinte: há vários países que determinam que o juiz, dadas algumas circunstâncias, deve ser deferente às decisões adotadas pela Administração

Pública. Em que medida, no entanto, o juiz obedece a essas doutrinas deferenciais? Vocês devem conhecer Chevron, dos Estados Unidos – a mais conhecida das doutrinas deferenciais –, que determina ao juiz americano que se o direito é ambíguo sobre determinadas circunstâncias, ao invés de criar uma solução ele mesmo, o juiz deve deferir à solução que foi criada pela Administração Pública. Ou seja, é a Suprema Corte dizendo aos juízes de primeira e segunda instâncias que eles precisam ser deferentes às decisões da Administração Pública. Em que medida os juízes obedecem? O juiz de fato é deferente, ou na prática ele faz o controle que quiser? Essa é a quarta questão que nos interessa na tese.

A quinta e última questão que eu trouxe aqui é relativa às razões que explicam as diferentes orientações judiciais de cada jurisdição. Falei a vocês que, numa aproximação superficial, França e Itália, de um lado – mais interventivos – e Canadá e Estados Unidos, de outro – menos interventivos. Qual a explicação para isso? Será que há razão para que o juiz da França se sinta mais à vontade para controlar a Administração Pública do que o juiz dos Estados Unidos se sente, por exemplo? A gente precisa discutir esse tema também.

São esses os cinco temas que separei para vocês.

Pois bem. O primeiro tema consiste nos critérios substanciais levados em consideração para determinar a intensidade do controle judicial. É facilmente encontrada na doutrina e na jurisprudência de diversos países a seguinte tese: a natureza da decisão administrativa controlada deve influenciar a intensidade do controle que sobre ela se aplica. As relações seriam as seguintes: quando você, juiz, for controlar uma decisão de natureza técnica ou de natureza política, aplique um controle fraco sobre essas decisões, verifique apenas se a decisão foi razoável ao invés de verificar se a decisão foi correta. Essa é uma tese que algumas jurisprudências, alguns tribunais compram; outros não. A tese é que a Administração Pública estaria mais bem desenhada, mais bem adaptada para tomar decisões dessa natureza, por diferentes razões. Por exemplo, a ANATEL, de acordo com essa tese, estaria mais bem adaptada para tomar decisões relativas à regulação de telecomunicações do que o juiz que virá a controlar, depois, as decisões que ela vai tomar, seja porque se trata de decisões técnicas; porque essas decisões são mais bem compreendidas por essa instituição que é especializada naquele tema; porque ela é formada por pessoas que têm expertise naquele tema específico; ou porque ela está acostumada a tratar aqueles temas diuturnamente. Isso em comparação ao juiz, que tem uma formação jurídica mais generalista e que trata de temas mais variados, e, portanto, não é especializado naquele tema específico. É como se o juiz, deparando-se com uma decisão técnica da agência,

dissesse “não vou controlar uma decisão apenas porque discordo dela, mas apenas quando eu as considerar irrazoáveis”.

O mesmo argumento existe em relação às decisões de natureza política, porque se considera que as entidades administrativas em geral teriam maior legitimidade democrática do que as entidades judiciais. Note bem, não se trata de dizer tão simplesmente que a autoridade administrativa tem legitimidade democrática. Trata-se de dizer que, comparativamente, ela tem maior aptidão ou maior legitimidade democrática, por uma série de características institucionais, por exemplo, relativas ao fato de que os mandatos são temporários, os nomeados são nomeados politicamente, normalmente a Administração Pública atua mais próxima do cidadão, e, portanto, tende a conhecer mais os anseios da população do que o juiz etc.

Já quando se tratar de decisões de natureza jurídica, de natureza propriamente jurídica, não haveria razão para o juiz deferir para a Administração Pública, porque quem tem conhecimento e quem é bem desenhado institucionalmente para tratar de questões jurídicas, por exemplo, relativas à violação de direitos fundamentais, é o juiz. Assim, o juiz não teria nenhuma razão para, recebendo uma decisão da ANATEL relativa a direitos fundamentais, deferir àquela decisão, já que, comparativamente, a ANATEL não tem maior expertise ou maior conhecimento, ou não está mais institucionalmente bem preparada para enfrentar aquelas questões. Em suma, a tese é a de que quando chegar ao juiz uma determinada decisão administrativa para controlar, ele teria que ver qual a natureza daquela decisão; e dada a natureza daquela decisão, ele modularia a intensidade de acordo com essa natureza.

Bom, por que essa tese é relevante para a minha tese de doutorado? Porque o que está por trás dessa tese é uma tentativa de adaptar a intensidade do controle judicial às peculiaridades do caso concreto. É como se o juiz, ao decidir o hipotético caso da ANATEL mencionado acima com base nessa tese, deixasse de aplicar um controle judicial forte porque as características da decisão e as características das instituições envolvidas apontam para uma solução diferente – apontam para o fato de que o Legislativo teria desejado uma solução diferente. Vê-se que o que está no fundo é um argumento de adaptabilidade da modulação da intensidade do controle judicial. Essa tese tem recepção em diversas das jurisdições estudadas. Na verdade, historicamente, em *todas* as jurisdições estudadas.

Pois bem. No meu estudo do histórico jurisprudencial desses países, eu encontrei, em relação a essa tese, alguns problemas de aplicação. E essa me parece ser a parte mais relevante da minha tese, porque a tese de que decisões técnicas devem ser mais ou menos controladas, em si, é algo mais facilmente encontrável

na doutrina do que o passo seguinte, que fiz, de analisar de que forma isso se deu na prática e que problemas isso gerou.

O primeiro problema que isso gera, claramente, é a dificuldade que o juiz terá de identificar a natureza de uma determinada decisão administrativa. A tese em si é clara, cristalina – se a natureza da decisão for técnica, aplica-se um controle fraco; se política, o controle é fraco; se for jurídica, é forte. Mas, na prática, identificar a natureza de uma dada decisão administrativa é muito problemático, porque a maioria das decisões administrativas será caracterizada por uma multiplicidade de aspectos diferentes mais ou menos relevantes.

Imagine a situação, por exemplo, do CADE aplicando uma multa para uma empresa específica. Essa decisão pode ser considerada técnica na medida em que o que leva à aplicação dessa sanção é uma série de considerações técnicas sobre a atuação, a conduta daquela empresa, daquele mercado relevante, os impactos daquela conduta para o mercado etc. Essas são considerações técnicas. Por outro lado, quando você aplica uma sanção a uma empresa você está mexendo com o patrimônio daquela empresa, com circunstâncias jurídicas muito relevantes. Uma sanção implica um atentado ao patrimônio jurídico de uma determinada pessoa jurídica que não é negligenciável. Então, dizer simplesmente que a aplicação de uma sanção a uma empresa específica é uma decisão técnica é negligenciar que ela também pode estar muito marcada por aspectos jurídicos muito relevantes daquela empresa. Isso é importante pelo seguinte: passa a mensagem de que, na prática, o que o juiz terá que fazer quando receber a decisão não é identificar acriticamente a específica natureza de uma decisão administrativa, mas sim ponderar a relevância dos diferentes aspectos substanciais que aquela decisão tem. Ele terá que ponderar se a característica mais relevante é uma característica técnica ou uma característica jurídica. E, notem, esse procedimento é um procedimento muito mais complicado e um muito mais subjetivo do que a tese parece admitir.

Então, o primeiro ponto é mostrar – e mostro isso por meio de diversos casos nas jurisprudências desses diversos países – que a identificação da natureza daquela decisão administrativa controlada não é óbvia. Cheguei a encontrar decisões exatamente iguais na jurisprudência do Canadá e na jurisprudência da França, e na França a questão é considerada jurídica; no Canadá a questão é considerada técnica, justamente porque se tratava de uma sanção específica que a autoridade financeira aplicou. Exatamente igual, exatamente a mesma razão de aplicação da sanção, e é entendida por diferentes jurisdições e diferentes tribunais como detentora de uma natureza diferente. Então, se é verdade que as decisões possuem diferentes naturezas, é difícil sustentar a tese de que você tem uma

específica intensidade de controle que você deve aplicar em uma determinada decisão sob pena de a intensidade daquele controle judicial não ser adaptada às circunstâncias do caso concreto. Essa é a primeira dificuldade.

Mas há uma segunda dificuldade que tem a ver com o fato de que você pode ter diferentes razões para aplicar uma intensidade diferente mesmo em atenção às características do caso concreto. Veja bem, a tese diz que quando se tratar de uma decisão técnica você tem que controlar de forma fraca, porque o juiz não teria expertise sobre aquele assunto, entre outros argumentos. Mas, é possível encontrar na jurisprudência de alguns países o argumento contrário, segundo o qual, quando se tratar de decisões técnicas, é preciso que o Judiciário a controle com intensidade ainda *maior*, porque essas decisões, por serem técnicas, fogem ao escrutínio normal do cidadão, que não as compreende. E, portanto, se o cidadão já não controla a ANATEL, porque não entende de regulação de Telecom, se o Judiciário não controlar, ninguém controla. Então, notem bem que esse é um argumento que não desconsidera as circunstâncias do caso concreto, mas apenas pondera as circunstâncias do caso concreto de uma forma diferente da que a tese pondera. Assim, não é possível dizer que o sujeito que decide controlar as decisões técnicas de um modo intenso desconsiderou completamente as características do caso concreto ou aplicou um controle inadequado – talvez ele apenas pondere que o controle adaptado à decisão administrativa daquela natureza é outro, por outras circunstâncias.

Também se pode justificar o controle técnico, mais intenso sobre decisões técnicas, por outras razões. Em um trabalho anterior que escrevi, a minha dissertação de mestrado, observei as decisões do CADE quando o conselho faz um controle do *lobby* por regulação anticompetitiva, isto é, dos casos em que o regulado faz um *lobby* para o regulador, para pedir uma regulação que o proteja e que prejudique os seus concorrentes. O CADE tende a ver situações como essas e dizer: “isso deve ser sancionado sob o direito da concorrência”, porque o CADE tem a visão de proteção da concorrência. Acontece que o CADE negligencia outros aspectos da decisão para os quais talvez ele não tenha tanta expertise. Por exemplo, no caso do *lobby* por regulação de competitiva, se você sanciona esse *lobby*, você gera um desincentivo a que as diferentes pessoas levem aos reguladores os seus anseios e a suas formas de ver o mundo para que o regulador tenha as informações de que ele precisa para poder regular. Note que o argumento aqui é o seguinte: talvez seja preciso que as instituições especializadas recebam o controle de instituições generalizadas como forma de corrigir a *visão de túnel* que elas têm – no caso do CADE, a visão de túnel que vê o mundo sob as lentes do direito da concorrência; ou a visão que leva a ANATEL a ver o mundo sob as lentes da

regulação de Telecom. Há outras coisas relevantes que impactam a regulação de Telecom, ou as matéria relativas ao direito da concorrência.

É dizer, se decisões do tipo são tomadas apenas pela instituição especializada, ela tenderá a aplicar uma decisão que é totalmente enviesada para aquele bem jurídico que ela foi criada para tutelar, mas, ao fazer isso, ela pode violar outros bens jurídicos que são relevantes. Então, talvez fosse importante que quando o CADE faz um controle sobre o *lobby* por regulação de competitiva, tenha depois um juiz que venha dizer ao CADE, por exemplo, que “isso realmente é ruim para a concorrência, mas é bom para o sistema político”. O *lobby* é, de certa forma, protegido pelo direito brasileiro, na medida em que se trata, para alguns, de uma aplicação do direito de petição, embora isso seja controverso. O ponto é que, por mais que algo gere riscos à concorrência, ele pode ter que ser protegido para a proteção de uma outra finalidade jurídica. Veja que aqui estou dando outra razão que pode levar você a aplicar o controle forte sobre decisões técnicas, não porque você não atentou às circunstâncias do caso concreto, mas precisamente porque você atentou às circunstâncias do caso concreto e a ponderação dessas circunstâncias são diferentes das considerações que são feitas na tese inicial – e que é bastante difundida.

Essa é a primeira parte da tese, os primeiros dois capítulos são esses. O primeiro capítulo apresenta a tese e as justificativas para ela, e o segundo capítulo apresenta as dificuldades para a aplicação dessa tese. E, com isso, a primeira conclusão é: *não há uma maneira única e específica de adaptar a intensidade do controle judicial às circunstâncias do caso concreto*. As diferentes jurisdições encontram diferentes maneiras de adaptar, e você pode optar por uma, ou por outra, sem que necessariamente se possa dizer que você aplicou uma decisão que não é adaptada ao caso concreto. Esse é o primeiro ponto, talvez o ponto mais amplo, ligado aos critérios que o juiz pondera na hora de decidir a intensidade do controle que ele aplica.

O segundo ponto tem a ver com o procedimento. Qual é o procedimento que o juiz utiliza para definir qual vai ser a intensidade do controle que ele vai aplicar? Qual é a relevância disso? Veja bem, se o que se quer é adequar a intensidade do controle às características do caso concreto, é preciso – pelo menos em tese –, que o procedimento aplicado pelo juiz seja poroso a essa complexidade, esteja aberto à ponderação dessas diferentes características. O juiz, portanto, precisa estar autorizado pelo Direito a ponderar essas diferentes características no âmbito da sua decisão sobre a intensidade do caso concreto, caso contrário, talvez o controle dele não seja tão bem adaptado.

Pois bem. Em relação ao procedimento de definição da intensidade do controle judicial, encontrei um dilema no histórico jurisprudencial das jurisdições que

estudei. Um dilema entre sofisticação e operacionalidade. Algumas jurisdições cederam ao canto da sereia da sofisticação, e obrigaram os seus juízes a passar por esse procedimento sofisticado na hora de definir a intensidade do controle. Outros países, ao contrário, optaram por um procedimento bastante simples, basicamente binário, normalmente de discricionariedade e vinculação, e, portanto, optaram por uma solução operacional, e não uma solução sofisticada. E o histórico jurisprudencial desses países demonstra que quem tentou ser sofisticado demais ao longo dos anos percebeu que ser sofisticado demais é muito custoso, é muito problemático, demora-se muito para decidir qual é a intensidade do controle. E esses países que adotaram soluções assim terminaram por reformar ao longo do tempo a sua orientação jurisprudencial.

E o que que aconteceu com os países que adotaram a solução mais simples? Aconteceu o problema contrário: eles foram levados a enfrentar a complexidade do mundo com aquele sistema binário simples, e viram que o mundo não se encaixava nele. E aí vários deles reformaram os seus procedimentos de definição da intensidade do controle judicial para adequá-lo, torná-lo mais sofisticado, para poder receber melhor o mundo.

Especificamente, como foi que isso aconteceu? O país que adotava o sistema mais sofisticado era o Canadá. O Canadá tinha, em determinado momento da sua história jurisprudencial, a obrigação, de acordo com a orientação da Suprema Corte, de que os juízes aplicassem um teste chamado pragmático e funcional. Basicamente, consistia em um teste de quatro fases que o juiz devia aplicar para o fim de definir se o controle seria intenso ou não intenso. O teste determinava que se levassem em consideração a natureza da decisão, a expertise da autoridade controlada, entre outros fatores. Ou seja, o juiz passava um tempão só para definir qual era a intensidade do controle. E o que muita gente observava, ironicamente, é que algumas decisões dos juízes eram mais longas na parte de definir qual era a intensidade do controle do que na parte em que efetivamente se controlava a decisão administrativa.

Essa ironia, essas considerações de que aquele procedimento era muito complicado, levou o Canadá, em 2008, a reformar a sua jurisprudência. Naquele ano, o Canadá decidiu que ia para um sistema mais simples. Na decisão *Dunsmuir*, decidiu-se passar para um modelo com apenas dois passos. Então, vejam vocês, quando se tentou adotar um procedimento muito sofisticado e que fosse poroso às diferentes circunstâncias do caso concreto que poderiam implicar um maior ou menor controle, mais intenso ou menos intenso, isso levou a uma situação em que era muito custoso e que, portanto, a orientação jurisprudencial foi adaptada. Esse é o primeiro ponto.

O que que aconteceu nos outros países? Considere-se o caso da Itália. Basicamente, com a chegada de uma decisão administrativa para controle pelo juiz italiano, ele fazia uma pergunta simples: “essa decisão é vinculada ou discricionária?” Se a decisão tivesse sido tomada no exercício de competência discricionária, o controle era fraco; se tivesse sido tomada no exercício de competência vinculada, aí o controle seria forte.

Aos poucos, foi chegando ao juiz uma série de decisões, especialmente da autoridade antitruste italiana, que não se enquadravam bem no conceito nem de vinculação nem de discricionariedade, ao menos não nos conceitos clássicos italianos de vinculação e discricionariedade. Eram decisões tomadas não porque a lei dizia que a Administração tinha diferentes opções, mas com base em conceitos jurídicos indeterminados que davam espaço ao administrador para tomar diferentes decisões de acordo com a ponderação que ele fizesse do caso concreto e de acordo com a sua expertise técnica. Como forma de tornar o procedimento um pouco mais complexo e melhor refletindo a realidade, os juízes italianos criaram a terceira categoria chamada de *discricionariedade técnica*. Quando a decisão chegasse eles podiam decidir se agora eles iam aplicar o controle como se fosse uma decisão vinculada, uma decisão discricionária ou uma decisão tecnicamente discricionária.

Em 1999, após críticas da doutrina, o Conselho do Estado decidiu acabar com o controle de discricionariedade técnica. Mas passaram-se três, quatro anos e o Conselho viu que não tinha condições de manter o modelo anterior, porque continuavam chegando decisões muito complexas e ele não conseguia decidir sem um terceiro gênero. Ele criou, então, mais um gênero chamado *avaliações técnicas complexas*. Veja, acabou a discricionariedade técnica e chegou a avaliações técnicas complexas, e, de novo, a Itália passou a ter um procedimento trinário. De novo, houve grita da doutrina, da jurisprudência, e acabou que a Itália voltou à binariedade atual, em que, em tese, continua-se aplicando apenas discricionariedade e vinculação.

Note que os diferentes esforços que se viram nesses países para simplificar ou para complexizar o procedimento de controle levaram, na prática do histórico jurisprudencial, a problemas, e é o dilema ao qual me refiro no artigo que vocês leram antes desta aula como o dilema entre o *prêt-à-porter* e a alta costura. O *prêt-à-porter* é aquela roupa mais simples, mais barata que você faz bilhões de peças e todo mundo veste, ninguém vai vestir perfeitamente, mas a peça é barata. Por outro lado, se você quer uma peça extremamente adequada ao seu corpo você vai ter que pagar mais caro por ela. É exatamente o dilema que há entre o controle mais sofisticado e um procedimento menos sofisticado de controle. Se você quer

adequá-lo às circunstâncias do caso concreto, se você quer torná-lo sofisticado a esse ponto, prepare-se para pagar o preço para isso. Significa mais tempo de a questão sendo discutida no Judiciário, mais questões polêmicas que geram sobre isso etc. Então, é preciso estar atento ao tanto de sofisticação que uma determinada jurisdição quer comprar.

O objetivo da tese, aqui, não era dizer que a solução melhor é a solução sofisticada ou é a solução simples, mais operacional. O importante era levantar, nesse momento da tese, a consideração de que a jurisdição precisa fazer uma análise sobre o tanto de complexidade que se quer comprar efetivamente. Essa é a segunda parte da minha tese.

Passo para a terceira, que tem a ver com o terceiro momento de definição da intensidade do controle. Note que o primeiro momento é: quais os critérios que você vai considerar? O segundo momento é: no âmbito de qual procedimento? E o terceiro momento é: quantas diferentes intensidades você terá, como juiz, com as quais você pode trabalhar? Quantos diferentes modelos de intensidades há que você pode escolher aplicar?

Por que isso é relevante? Ora, se a pergunta de pesquisa é “quão adaptado é a intensidade do controle judicial às circunstâncias do caso concreto?”, já que o caso concreto é bastante complexo, em tese você teria que ter uma paleta enorme de possíveis intensidades que o juiz pudesse aplicar. Num mundo perfeito, num mundo altamente sofisticado, o juiz deveria poder aplicar, por exemplo, uma intensidade de 10% dadas as características do caso concreto, ou dadas as características do caso concreto uma intensidade de 37%. Pode parecer exagerado, mas isso foi tentado por algumas jurisdições.

Basicamente, as hipóteses são três: ou se tem a hipótese mais clara, que é o sistema binário, e, portanto, o juiz só poderia ponderar entre o controle forte ou fraco; ou se tem o sistema trinário, que é o controle fraco, o controle muito fraco e o controle forte, e o juiz, depois de ponderar todas as circunstâncias, pode optar entre três modelos de intensidade diferente; ou um sistema sem pontos fixos, um espectro de infinitudes possíveis de intensidades, que também é bastante frequente e chegou a acontecer em diversas jurisdições como Estados Unidos e Canadá. O sistema trinário, por exemplo, no Canadá, era composto pelos modelos de controle de *correção*, pelo qual só seriam mantidas as decisões que os juízes considerassem *corretas* – esse é um controle forte –; *controle de razoabilidade*, com o qual só são controladas e anuladas as decisões irrazoáveis; e o *controle de irrazoabilidade manifesta*, segundo o qual só seriam anuladas as decisões que fossem manifestamente irrazoáveis. Note que o sistema trinário pede ao juiz que, se ele considerar irrazoável aquela decisão específica que ele deve controlar, mas

não *manifestamente* irrazoável, ainda assim ele deve deixar a decisão passar, isto é, validá-la. Notem bem as dificuldades de aplicar algo do tipo.

Na prática, nos momentos em que o juiz era instado pela orientação jurisprudencial a aplicar uma paleta de controle maior do que duas possibilidades, ele simplesmente não conseguia. Em uma série de decisões, o juiz admite não entender a diferença entre manifestamente irrazoável e irrazoável. Então, há uma certa dificuldade do juiz de aplicar essas nuances teóricas sofisticadas. A ideia é que aqui, talvez, algo que é interessante do ponto de vista teórico na prática se revela de impossível aplicabilidade.

Todos os países que tentaram aplicar sistemas mais sofisticados do que o binário falharam, pelo menos na análise que fiz. Esse foi o único momento da tese em que me permiti fazer uma sugestão peremptória, e dizer: “se a ideia é adaptar a intensidade do controle judicial, não parece ser adequado fazer isso no momento de escolha do modelo de controle específico. Parece que, para esse momento específico, é melhor adotar o sistema binário. E, se você quiser consagrar algo mais complexo, sofisticar a definição do modelo de intensidade de controle, faça isso nas fases anteriores.” Ao menos nas jurisdições que estudei, não se verificou nenhuma vantagem em se adotar um modelo trinário, ou um modelo de diferentes intensidades ou infinitas possibilidades de intensidade. Esse foi o único momento da tese em que dei uma sugestão – em todos os outros, meu objetivo era dizer às pessoas que me lerem o que encontrei, possibilitando a quem for o responsável por tomar a decisão relativa à intensidade do controle judicial, como juízes e políticos, tomarem uma decisão.

O quarto ponto é uma análise empírica sobre a obediência dos juízes aos modelos deferenciais de controle. Por exemplo, a doutrina Chevron dos Estados Unidos, que é a mais conhecida, é uma decisão da Suprema Corte de 1984 que diz ao juiz: “se lhe chegar uma questão, uma decisão administrativa tomada com fundamento em uma legislação que não definiu aquela questão previamente, então o que você juiz vai fazer ao controlar não é fingir que existe uma solução específica no Direito para aquela questão, mas apenas ver se a solução que a Administração Pública adotou com base naquele direito indeterminado é razoável.” Então, segundo a decisão Chevron, a primeira coisa que o juiz deve se perguntar é: o direito é claro? Se está claro o que o direito queria com aquela decisão e a decisão administrativa diferir do que o direito queria, é possível anular. Se o direito não for claro, e se, portanto, a Administração criou a solução a partir de um direito indeterminado, aí o juiz não deve impor a sua própria criação, mas respeitar a criação que foi feita pela Administração Pública e apenas anulá-la se ela for irrazoável. Note, portanto, que é uma orientação que a Suprema Corte passa para os

juízes inferiores no sentido de ser deferente às decisões da Administração Pública tomadas no contexto de indeterminação jurídica.

Em que medida o juiz de fato respeita isso? Os juízes aplicam esse controle deferente ou simplesmente desconsideram essa orientação jurisprudencial e aplicam o tipo de controle que eles quiserem? Há, em primeiro lugar, uma objeção teórica sobre o assunto. Há quem diga que as pessoas e os juízes não são capazes de fazer essas análises tão sofisticadas, relativas à razoabilidade de uma determinada decisão. De acordo com essas pessoas, não é possível pedir a um juiz que avalie se uma decisão que ele considera correta é, ainda assim, razoável. Argumenta-se que esse é um juízo psicológico impossível, pois o sujeito que acha que a decisão é incorreta não seria capaz de validá-la em um juízo de razoabilidade. E, portanto, de acordo com essas objeções teóricas, o sujeito seria levado a controlar todas as decisões com as quais ele discorde independentemente de qual era a orientação jurisprudencial.

As objeções empíricas são mais interessantes. Tem-se, por exemplo, um estudo específico do professor William Eskridge Jr., da Universidade Yale, em que ele reuniu todos os casos da Suprema Corte de 1984, que é a data da decisão *Chevron*, até 2007, que é o ano em que ele publicou o artigo, e analisou todas as decisões que estavam no âmbito da orientação doutrinária de *Chevron*, para definir como é que os juízes se comportavam.² Então, ele analisou, se eu não me engano, cerca de mil e cem decisões, leu todas elas e as codificou, além de classificar todos os ministros da Suprema Corte (*justices*) de acordo com as suas ideologias. De que forma ele fez isso? Ele verificou quem foi que nomeou esses sujeitos; aqueles juízes que foram nomeados por presidentes republicanos eram considerados juízes conservadores; aqueles juízes que eram nomeados por presidentes democratas, eles eram considerados liberais. Por exemplo, o Anthony Kennedy e o Scalia, que foram nomeados pelo Reagan, foram considerados conservadores; o Breyer, que foi nomeado pelo Obama, é considerado liberal. Além disso, ele pegou todas as decisões tomadas pelas agências e as classificou como mais próximas de uma posição política conservadora ou mais próximas de uma posição política liberal, codificando-as. Ele fez isso para verificar se o sujeito que é conservador tende a manter decisões mais conservadoras, e se o sujeito que é liberal tende a manter mais decisões liberais, e o que ele encontra é exatamente isso. Então, por exemplo, o Brennan, que é liberal, tende a considerar que as

2. V. ESKRIDGE JR., William; RASSO, Connor. *Chevron as a Canon, Not a Precedent: An Empirical Study of What Motivates Justices in Agency Deference Cases*. *Columbia Law Review*, v. 110, p. 1727-1810, 2010.

decisões liberais tomadas pelas agências reguladoras são razoáveis em 81% dos casos, e as mantêm. Quando se trata de decisões conservadoras, ele só acha que são razoáveis 36% das decisões.

O que o Eskridge está querendo apontar aqui? Ele está querendo demonstrar que, por mais que exista uma orientação para ser deferente às decisões administrativas, quando a decisão administrativa vai contra as nossas convicções ideológicas, não conseguimos identificar se ela é razoável ou não; simplesmente aplicamos a nossa ideologia. A régua que aplicamos para definir se as decisões do Bolsonaro são razoáveis, ou não, tem muito a ver com o que a gente pensa do próprio Bolsonaro e com a posição ideológica que nós temos. Enquanto um sujeito que se identifique ideologicamente com ele pode considerar que certa decisão foi razoável, outros, com visões de mundo diferentes, podem entender que não foi razoável. A pesquisa de Eskridge revelou que a diferença entre as porcentagens de um e de outro ministro chega a ser 46% em relação ao que eles consideram.

E por causa de estudos desse tipo, que mostram o impacto da ideologia sobre as decisões e sobre as identificações de razoabilidade de uma decisão administrativa, há autores que defendem abandonar teorias deferenciais como Chevron, abandonar a ideia de dizer ao juiz que mantenha decisões razoáveis. Essa é a posição, por exemplo, de Adrian Vermeule, de Harvard, que defende que simplesmente se diga aos juízes: “tome a decisão que você considera mais correta”, e será possível ser mais ou menos deferente à agência estabelecendo uma regra diferenciada de votação.³

Então, por exemplo, para a Suprema Corte, que são nove ministros, a gente pode considerar que quando se tratar de controle de agências especializadas, para anular a decisão serão necessários sete votos, e não apenas cinco, que é a maioria. O que o Vermeule está dizendo é: dado que os juízes não conseguem, eles mesmos, dizer quando a decisão é razoável, a gente vai extrair a razoabilidade a partir do agregado de votos relativos à aquela decisão. Quando uma decisão atinge sete votos dizendo que ela é irrazoável, é porque provavelmente ela é irrazoável. Então, diz o Vermeule, ao invés de dizer ao juiz: “anule quando for irrazoável”, diga a ele: “faça o que você quiser; a gente vai conseguir ser deferente, pelo agregado de votos”. É essa a posição do Vermeule, que vocês podem considerar positiva ou negativa. Tem um artigo dele chamado “Chevron as a Voting Rule”, que é um artigo em que ele e um outro autor (Jacob Gersen) apresentam

3. VERMEULE, Adrian; GERSEN, Jacob. Chevron as a voting rule. *The Yale Law Journal*, v. 116, p. 676-731, 2007.

essa tese, que é bastante polêmica. Basicamente, esse tipo de teoria deferencial com base em regras diferenciadas de votação só funcionaria em tribunais com muitos juízes. É que aí é possível modular sete votos, seis votos, dependendo do tanto de deferência que você queira. Se se trata de painéis de três juízes, não tem muita modulação possível; a única modulação possível é você passar de exigência de dois votos – que é a exigência de maioria – para exigência de três votos. Então, há pouco espaço para fazer essa sofisticação que o Vermeule propõe.

Por outro lado, não é muito evidente que Chevron não tenha de fato uma aplicabilidade relevante, porque, se você vir as faixas de manutenção das decisões administrativas especializadas, elas são razoavelmente altas para todos os ministros. Então, por mais que seja verdade que um ministro ou outro vai pender um pouco mais para a decisão que é concordante com a sua própria ideologia, na prática, os juízes são relativamente deferentes; a maioria das porcentagens de deferência dos juízes são altas. E, veja bem, os casos que chegam à Suprema Corte são os casos mais difíceis e mais relevantes. Então, Chevron também pode ter atuado no momento anterior, com um efeito dissuasório importante. Muita gente pode deixar de levar uma questão à Suprema Corte americana ou ao Tribunal Supremo de qualquer país, porque sabe que, dada a orientação deferencial daquele país, aquela decisão não vai passar. Meu ponto é: parece um pouco forçado olhar para esses números e dizer “Chevron não é relevante”; o importante é que você seja menos exigente com Chevron. Chevron não vai acabar com toda a subjetividade sobre a aplicação do controle judicial, ele vai atuar na margem. E é isso mesmo que o Direito faz, o Direito atua sempre na margem: produz sempre soluções não totalmente ótimas, mas que podem ser consideradas melhores do que um estado de coisas sem aquela decisão específica.

Essas são as considerações que faço para teorias deferenciais, e aí passo para o último ponto, que tem a ver com as razões para as diferentes orientações judiciais de cada jurisdição. Eu disse lá no início que o Canadá e os Estados Unidos têm orientações comparativamente mais deferenciais, menos interventivas da Administração, enquanto França e Itália, comparativamente, intervêm mais sobre a Administração Pública. Qual é a razão para isso? Analisei algumas diferentes explicações. Essa é a parte da tese em que admito que estou sendo completamente ensaísta: não tem como de fato chegar a uma conclusão precisa sobre isso, mas me pareceu relevante levantar algumas considerações sobre o tema.

A primeira é que a explicação mais difundida para essa diferença de orientação não me parece se sustentar. A explicação mais difundida é a seguinte: França e Itália são menos deferentes à Administração Pública porque eles possuem uma jurisdição administrativa específica, possuem juízes administrativos, pessoas que

tiveram a mesma formação que tiveram os administradores públicos e que atuam diuturnamente controlando a Administração Pública. É natural que esses juízes administrativos, portanto, sintam-se mais à vontade para intervir nas decisões administrativas do que juízes generalistas, que são chamados, entre outras coisas, a solucionar questões relativas ao Direito Administrativo. Essa é a explicação mais corrente. Então, quando as pessoas querem explicar por que a França é bastante interventiva eles vão dizer: “é natural que seja interventivo se tem um juiz administrativo que só faz isso da vida, se ele normalmente foi formado do mesmo jeito que o administrador público foi”. A França tem uma formação acadêmica bastante rígida. Normalmente, o juiz administrativo faz *École Nationale d’Administration* (ENA), que é a mesma formação que o sujeito que faz Administrativo, que depois vai ser administrador público, ou vai ser diretor de agência, faz. Então, não sendo uma formação diferente, não teria muitas razões para ele deferir para aquele sujeito se ele tem o mesmo conhecimento, digamos assim.

Acredito que essa razão, embora seja a mais difundida, não se sustenta, por duas razões. A primeira razão é a seguinte: por mais que esses sujeitos tenham a mesma formação, eles não têm a mesma atuação prática. O sujeito que está o dia inteiro tratando com regulação de telecomunicações, e só vê isso, tem a visão da regulação de telecomunicações que o juiz não tem, mesmo que seja um juiz que trata bastante de Administração Pública. Além disso, as características institucionais da agência, por exemplo, de telecomunicações, – que é mais próxima do público, dos problemas daquele setor –, faz dele pelo menos relativamente mais bem informado do que o juiz. E meu ponto é, portanto, que, se é verdade que quando se tem um juiz administrativo, uma jurisdição administrativa, reduzem-se as razões pelas quais teoricamente seria importante defender a deferência à Administração, não se as elimina; essas razões seguem existindo. Essa é uma objeção teórica.

A objeção empírica me parece mais relevante, e ela é a seguinte: se de fato a explicação para a França e para a Itália serem mais interventivas fosse o fato de que ali o controle é realizado por juízes administrativos, nas hipóteses em que o controle da Administração Pública é realizado nesses países pelos juízes ordinários, eles deveriam ser mais deferentes. A legislação prevê uma série de hipóteses em que o controle da Administração Pública na França se dá não pelos juízes administrativos, mas pelos juízes ordinários, ou juízes judiciais, como eles chamam. E, nessas hipóteses, o juiz é ainda mais interventivo do que o juiz administrativo. Então, a explicação não pode ser a de que você tem um controle mais intenso porque o controle é feito por juízes administrativos. Essa é a minha objeção.

E levantei uma outra hipótese – que também não tenho como provar, mas me parece interessante que seja discutida –, que é o fato de que as diferentes orientações jurisprudenciais do país são a função, são o resultado do tipo de Direito e do tipo de formação jurídica que é feita naqueles países. Então, especulo que, por exemplo, a importância do realismo jurídico em algumas jurisdições tende a fazer os juízes mais conscientes de suas limitações, e que, portanto, tendem a ser mais deferentes à Administração Pública. Essa é uma especulação que é largamente baseada no fato de que as decisões que estabeleceram as orientações jurisprudenciais deferentes nos Estados Unidos e no Canadá tiveram uma clara marca realista. No Canadá, por exemplo, o ministro da Suprema Corte mais relevante para fins de estabelecimento dessa orientação, que foi o Frank Iacobucci, era um dos mais famosos realistas canadenses, e foi o responsável pela decisão que disse “precisamos saber que em alguns momentos o Direito não decide algumas questões, e que, portanto, dizer que o Direito decide é manipular a verdade das coisas e não ser honesto com o público”. Nesses casos em que o Direito não decide e que a Administração está criando uma solução, a gente não deve criar a nossa solução, mas apenas ver se a decisão tomada pela Administração Pública é razoável. Esse mesmo pendor realista é muito claro nas decisões americanas que estabeleceram a orientação deferencial. É muito claro ver traços disso, frases de Chevron que demonstram essa orientação realista; e o realismo teve um impacto mais forte nesses países do que teve na França e na Itália.

Já na França e na Itália, a gente tem uma tradição jurídica muito mais próxima da tradição jurídica brasileira, por exemplo, que é uma tradição mais dogmática, mais fechada no próprio Direito. Mais pura, por assim dizer. A formação jurídica mais jurídica, e menos multidisciplinar. E isso tenderia a gerar juízes menos conscientes das limitações da sua visão do mundo e, portanto, menos deferentes às soluções que são dadas por quem tem uma formação diferente. Isso é só uma especulação, não sou a favor dessa tese, mas a apresento como uma alternativa à explicação mais difundida, que me parece falha.

No todo, a minha intenção com a tese não era dizer quais eram as melhores soluções relativas à intensidade do controle judicial. Eu não queria sugerir que um determinado tipo de controle deve ser aplicado em determinado caso. O que queria oferecer ao leitor era um inventário de soluções e um inventário de consequências dessas diferentes soluções que achei na minha pesquisa, para que as pessoas que serão em última análise responsáveis, por exemplo, no Brasil, pela definição do tanto de controle que se deve aplicar em diferentes decisões, possam tomar essa decisão de modo informado. Então, menos do que dizer ao juiz brasileiro ou ao legislador brasileiro “é assim que você deve controlar a Administração

Pública complexa”, o que quis dizer a ele foi: “diferentes países adotaram diferentes estilos de adaptação na intensidade do controle às características do caso concreto, e essas diferentes soluções produziram diferentes consequências. Agora, dado que você sabe disso, tome a decisão que parecer mais adequada ao contexto brasileiro, dado o direito brasileiro e dadas as circunstâncias específicas históricas e sociais brasileiras”.

Notem bem que circunstâncias históricas específicas podem justificar que se aplique sobre a Administração Pública um controle mais intenso do que o que se aplicaria em outros países com outras circunstâncias históricas. Por exemplo, é possível que você justifique o controle mais intenso da Administração Pública no Brasil sob o argumento de que é um país recém-saído de um período de abusos frequentes da Administração Pública, e que, portanto, teria que estar sob uma lupa maior do poder judiciário. Isso é uma justificativa baseada em uma ponderação histórica e, portanto, baseada também na análise de circunstância do caso concreto. Então, e para finalizar, minha intenção era menos dizer como deve ser, e mais expor o que encontrei na minha pesquisa para que quem vá definir como vai ser possa tomar essa decisão de modo informado. Muito obrigado.