

INTRODUÇÃO

1. O objeto do estudo, seus limites e sua justificativa: 1.1 A constatação: a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea – 1.2 A dúvida: em que medida o Direito se adapta a esta complexidade administrativa? – 1.3 O objeto do estudo: a adaptação da intensidade do controle judicial: 1.3.1 O controle judicial substantivo – 1.3.2 A ação administrativa objeto do controle – 1.3.3 A intensidade do controle – 1.3.4 A questão da adaptação da intensidade do controle. 2. A estrutura do trabalho: a divisão em três partes: 2.1 A Primeira Parte: a atenção às características da ação administrativa controlada – 2.2 A Segunda Parte: os procedimentos para determinação da intensidade do controle judicial – 2.3 A Terceira Parte: a escolha da intensidade do controle a partir dos modelos disponíveis. 3. O recurso ao Direito Comparado e as jurisdições escolhidas para análise: 3.1 Os critérios para escolha das jurisdições estudadas – 3.2 As jurisdições escolhidas e sua justificativa – 3.3 Os limites da comparação realizada. 4. A originalidade do trabalho e sua relação com outros estudos. 5. O uso do termo “deferência” judicial.

1. O objeto do estudo, seus limites e sua justificativa

O objeto deste estudo é a adaptação da intensidade do controle judicial às características da ação administrativa controlada. O exame é feito à luz da experiência de quatro jurisdições: Canadá, Estados Unidos, França e Itália.

A origem do interesse científico reside na constatação de uma progressiva complexização material e institucional da administração pública (item 1.1¹) e na dúvida a propósito da adaptação do direito administrativo a esta circunstância (item 1.2). Este trabalho investigou esta questão da adaptação do direito administrativo no que concerne a um ponto bastante específico: a intensidade do controle judicial da administração pública (item 1.3). Eis a

1. Os itens citados, quando não ressalvado, pertencem ao capítulo em curso.

questão-chave: *como adaptar a intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública contemporânea.*

Neste particular, tem sido defendido em diversos fóruns que a adaptação do Direito à complexidade administrativa exigiria que se consagrasse uma solução específica: um controle judicial limitado, pouco intenso (*deferente*). Esta solução seria supostamente mais adequada às circunstâncias fáticas do que quaisquer alternativas. Em contraste com esta ideia, a tese aqui defendida é a seguinte: *há uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais.*

1.1 *A constatação: a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea*

O ponto de partida é, portanto, a constatação do estágio de avançada complexidade que caracteriza a administração pública contemporânea. Nos Países de tradição jurídica de direito administrativo esta complexização se acentuou nas últimas três décadas, paralelamente à afirmação do novo modelo de “Estado Regulador”. Nos Países de *Common Law* ela é bastante mais antiga. Remonta ao período posterior à crise econômica de 1929 e o consequente recrudescimento da intervenção estatal nos âmbitos social e econômico, com o nascimento do chamado “Estado Administrativo”. Em ambos os casos o processo resultou em significativas alterações nas *funções* (perspectiva material) e na *estrutura* (perspectiva institucional) da administração pública.

Sob uma perspectiva material, as ações administrativas envolvem conteúdo progressivamente complexo. A necessidade de soluções expeditas e especializadas produz a transferência de competências antes atribuídas ao legislador para autoridades administrativas. Estas delegações aumentam a responsabilidade da administração, que passa a decidir cotidianamente questões altamente relevantes, com implicações jurídicas, políticas e técnicas bastante significativas. A administração pública assume, assim, novas e relevantes funções.

Sob uma perspectiva institucional, a administração pública avança em direção à pluralidade de centros decisórios. A mudança é visível principalmente nos Países de tradição de direito administrativo, que se afastam da tradição centralizadora e hierarquizada típica do modelo weberiano.²

2. Sobre a aproximação evolutiva dos sistemas jurídicos de *Common Law* e direito administrativo, v. Marco D’Alberti, *Diritto Amministrativo Comparato*:

A ilustração mais evidente advém da proliferação das chamadas autoridades administrativas independentes. Estas autoridades não apenas se destacam da administração central, como se revestem, cada uma delas, de características específicas e peculiaridades próprias. Na literatura passa-se a falar em *administrações públicas* (no plural), de modo a sublinhar a riqueza institucional do novo aparato administrativo e a multiplicidade de características de cada um de seus componentes.

A combinação dos dois aspectos acima é particularmente relevante. Para tratar de temas progressivamente complexos, o legislador passa a desenhar cuidadosamente autoridades administrativas especializadas. Assim, por exemplo, no caso de temas regulatórios, em que sobreleva a especificidade técnica, a lei costuma atribuí-los a entidades compostas por membros detentores de proficiência técnica, pessoal de apoio adequado e meios financeiros suficientes para enfrentá-los. Dito de outro modo: sabedor da importância e da complexidade destas questões, o legislador preocupa-se em alocá-las a instituições bem adaptada para decidi-las.

1.2 *A dívida: em que medida o Direito se adapta a esta complexidade administrativa?*

O acréscimo de complexidade material e institucional na nova administração pública gera a curiosidade científica a respeito da medida da complexização paralela do direito administrativo, para se ajustar ou adequar a esta nova realidade. É evidente que o Direito operará sempre em grau de complexidade inferior ao da realidade que busca regular e sobre a qual irá incidir, até mesmo para que seja praticável. No entanto, a ampliação da complexidade do objeto pode gerar circunstâncias fáticas *acentuadamente* relevantes, de modo a produzir uma necessidade de adaptação jurídica. Daí a questão: de que forma e em que medida está o direito administrativo adaptado à nova administração pública?

Numa aproximação mais teórica e genérica, é perceptível a emergência de preocupações novas na doutrina do direito administrativo em Países de tradição de direito administrativo. De um foco preponderante em questões ligadas à *lisura* do agir administrativo, passa-se a dar progressiva atenção a aspectos relativos à *eficiência* e à *legitimidade* da atividade administrativa. Este ajuste de foco parece acompanhar (tardiamente) as alterações nas feições do próprio Estado, que se deslocara do protótipo liberal em direção ao ideal democrático de bem-estar social. O direito administrativo vai, então,

Trasformazioni dei Sistemi Amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna, Il Mulino, 1992.

perdendo seus traços absenteístas originais, geradores de uma preocupação centrada na liberdade dos cidadãos em relação à intervenção ou ao poderio estatal (a mera “proteção do cidadão contra a administração”). Ao mesmo passo, incorpora aspectos fundamentais a uma realidade pública democrática e de bem-estar social.³ Assim, não é mais suficiente que a administração atue sem violar a ordem jurídica e os direitos dos cidadãos. É também necessário que suas prestações se façam de forma expedita, adequada e econômica, sem despender de forma desproporcional os recursos escassos da sociedade (eis a busca pela *eficiência*). Além disso, as autoridades administrativas devem agir de forma transparente, sendo responsáveis pelas suas escolhas substantivas, as quais devem refletir os anseios da sociedade (eis a busca pela *legitimidade*).

Concretamente, no entanto, como os instrumentos e mecanismos específicos do direito administrativo estão adaptados à nova estrutura institucional, às novas funções e à nova lógica da administração pública contemporânea?

1.3 *O objeto do estudo: a adaptação da intensidade do controle judicial substantivo às características da decisão administrativa controlada*

Este estudo preocupa-se especificamente com o impacto que a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea exerce sobre a determinação da intensidade do controle judicial do conteúdo de suas ações. Examina-se a *adaptação da intensidade do controle judicial substancial às características das ações administrativas controladas e das entidades que as promoveram*. É imprescindível esclarecer o sentido que

3. Em sentido semelhante, v. Sabino Cassese: “In conclusione, nella legislazione amministrativa convivono, oggi, le due tradizioni del diritto amministrativo, quella del periodo iniziale e quella della maturità, di cui si è parlato. Da un lato, un diritto amministrativo mosso dalla sfiducia nel Potere Pubblico e ordinato allo scopo di controllarlo. Di conseguenza, l’enfasi è sul giudice amministrativo e sui controlli (...). Qui è presente la componente liberale del diritto amministrativo. Dall’altro lato, un diritto amministrativo spinto dal bisogno che la società ha delle amministrazioni pubbliche e ordinato allo scopo di assicurare che esse erogino servizi ai cittadini. Di conseguenza, il centro di gravità non è nei giudici e nei controlli, ma nella legislazione, nelle regolazioni amministrative e nell’efficienza della macchina amministrativa. (...). Il diritto amministrativo – in questo senso – non è bipartito, bensì multipolare, concorrendo in esso un largo numero di interessi privati e di amministrazioni pubbliche, non necessariamente disposti nella opposizione pubblico-privato. Qui è presente la componente democraticosociale del diritto amministrativo” (*Le Basi del Diritto Amministrativo*, 6ª ed., Milano, Garzanti, 2000, p. 86).

estas expressões tomam no trabalho, para que o objeto do estudo reste delimitado de forma precisa.

1.3.1 *O controle judicial substantivo*

“Controle” é a atividade de verificação de *conformidade* de algo (a coisa controlada) a um parâmetro específico. No caso do controle judicial da administração pública, a coisa controlada corresponde a uma *ação* de uma autoridade administrativa. O parâmetro específico do controle judicial é o Direito. E o responsável pelo controle é um juiz (atuando monocraticamente) ou um grupo de juízes.⁴

Nos sistemas jurídicos contemporâneos a ação das autoridades administrativas é objeto de diversos controles, exercidos por *diferentes entidades* e com base em *distintos parâmetros*. O foco deste trabalho no controle *judicial* afasta do seu objeto as atividades de controle exercidas por outras entidades que não os juízes ou tribunais. Ficam de fora, por exemplo, o controle exercido por instituições políticas (como o Parlamento), o controle realizado pela própria administração (autocontrole) e o controle efetuado por outras instituições administrativas (Tribunais de Contas, por exemplo). A obra foca unicamente na relação institucional entre os tribunais e as autoridades administrativas.

Além disso, ela foca especificamente no controle da *substância* da ação administrativa controlada, do seu objeto ou conteúdo – e não da sua forma. O controle da forma das decisões administrativas é menos polêmico e menos influenciado pela complexização administrativa; daí a desnecessidade de incluí-lo neste estudo.⁵

1.3.2 *A ação administrativa objeto do controle*

O título do trabalho faz referência à “ação administrativa controlada”.⁶ Com isso, abarca-se amplamente toda a atividade administrativa, não se

4. Cf. Charles Eisenmann, *Cours de Droit Administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 663: «Précisons d’abord qu’en tout cas, quand on parle de contrôle du juge, on veut parler d’un rôle de jugement sur la régularité aboutissant à une décision sur la validité: il s’agit de la vérification de la conformité à des règles considérées comme obligatoires pour l’auteur de l’acte et conditionnant la validité».

5. Algumas observações serão excepcionalmente feitas a respeito do controle de forma, contúdo.

6. Trata-se de uma referência ao título original do trabalho, *A Adaptação da Intensidade do Controle Judicial às Características da Ação Administrativa Controlada*.

limitando especificamente às “decisões administrativas” em sentido estrito. Assim, por exemplo, são objeto de atenção as *interpretações* que as autoridades administrativas promovem das legislações, ainda quando não constituam necessariamente uma *decisão* concreta. Do mesmo modo, a menção à ação *administrativa* controlada deixa claro que compõem o objeto do trabalho apenas ações que tenham sido promovidas por autoridades administrativas. Mas note-se que a atenção não está restrita a *uma autoridade administrativa específica*, como a autoridade antitruste ou a autoridade reguladora de telecomunicações, por exemplo.

Estas opções pela totalidade de ações administrativas e pela totalidade de autoridades administrativas são facilmente justificáveis em função do objeto do trabalho. Se o que se pretende é examinar a adaptação da intensidade do controle judicial às *características da ação administrativa controlada e da autoridade que a promoveu*, então, é natural que se examinem diversas autoridades administrativas e diversas ações administrativas. Isto permitirá analisar em que medida as variações substanciais de uma ação administrativa para a outra ou as variações institucionais de uma autoridade administrativa para a outra *geram, provocam, são a razão* de controle judicial de intensidades diferentes. Este tipo de exame – fundamental para os objetos do trabalho – ficaria comprometido se o foco da pesquisa fosse limitado.

Naturalmente, esta opção pela visão *ampla e horizontal* compromete uma maior *profundidade* relativa a uma autoridade específica ou uma ação específica. Este trabalho, assim, não irá fundo no tipo de controle que se exerce sobre a autoridade antitruste ou qualquer outra autoridade específica. Mas isso é decorrência de uma opção metodológica. O objeto de interesse, aqui, é a variação da intensidade do controle em função da variação do objeto controlado – em que medida há um ajuste ou adaptação da intensidade do controle por força destas circunstâncias.

1.3.3 A intensidade do controle

Ao promoverem o controle da administração pública, os tribunais operam uma avaliação a propósito da conformidade de uma ação administrativa ao Direito: ações conformes ao Direito serão mantidas; ações desconformes ao Direito serão anuladas ou substituídas. O fato é que a análise da conformidade de uma ação administrativa ao Direito está longe de constituir uma atividade *objetiva*. Subjetividades e imprecisões têm origem múltiplas: no controlador, na coisa controlada, no parâmetro do controle. Estas circunstâncias abrem espaço para que se faça referência à “intensidade” do controle judicial, no sentido de “rigor do exame da conformidade ao parâmetro”.

A referência à *intensidade* do controle judicial requer que se admita haver uma gradação na conformidade de um ato ao Direito. Esta conformidade graduada é, portanto, avaliada de acordo com uma *medida* específica, para aferir sua validade jurídica. Para fazer alusão ao didático sistema canadense pré-2008, uma ação administrativa poderia estar submetida a controle judicial com três intensidades distintas.⁷ Na hipótese de controle mais intenso (modelo de correção, *standard of correctness*), os tribunais avaliam a *correção* jurídica da ação administrativa, sendo autorizada a anulação de toda ação que destoe daquilo que o tribunal considerar que seja determinado pelo Direito. Na hipótese de controle menos intenso (modelo de manifesta irrazoabilidade, *standard of patent unreasonableness*), os tribunais devem ser muito pouco rigorosos na análise de conformidade da ação administrativa ao Direito: apenas anularão aquelas ações que considerarem *manifestamente irrazoáveis*. Na hipótese intermediária (modelo de razoabilidade, *standard of reasonableness simpliciter*), os tribunais deverão anular as ações administrativas *irrazoáveis*.

Aquilo que aqui se denomina “intensidade” do controle é às vezes referido como “amplitude” do controle. Mas este termo é ambíguo. *Amplitude* pode significar *rigor do exame da conformidade ao parâmetro* (o que aqui se denomina *intensidade*), mas também pode significar o *conjunto de matérias que são objeto de controle* (a amplidão num aspecto horizontal, não vertical). Aqui se preferiu o uso de “intensidade” precisamente para evitar esta confusão e deixar claro que o objeto deste trabalho é apenas a expressão no primeiro sentido.

O foco na *intensidade* do controle judicial implica também e necessariamente uma negligência de outros aspectos, como, por exemplo, as questões relativas à legitimidade de agir, os prazos para contestações e os pressupostos do controle. Assim, a opção pelo foco na intensidade também precisa ser justificada.

Tribunais, autoridades administrativas e demais entidades públicas são fóruns de adoção de decisões públicas sobre questões socialmente relevantes. Esta pluralidade de centro decisórios em alguns casos provocará a necessidade de “decidir sobre quem deve decidir”.⁸ O foco na *intensidade*

7. A tripartição caracterizou o sistema canadense entre 1997, quando foi criado o terceiro modelo de razoabilidade, e 2008, quando foi eliminado o modelo de irrazoabilidade manifesta. Atualmente o sistema compõe-se de apenas dos modelos: correção e razoabilidade. Sobre o tema, v. principalmente o Capítulo I da Terceira Parte.

8. Sobre o tema, v. o primeiro capítulo de Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

do controle judicial justifica-se pelo fato de que esta intensidade é índice da intervenção de uma entidade pública sobre outra e de que ele veicula a medida da possibilidade de assunção ou limitação, pelos tribunais, de competências administrativas.⁹ Dito de outro modo: através do controle judicial não deferente os tribunais podem decidir questões originariamente atribuídas pelo legislador à administração pública ou limitar as possibilidades decisórias da administração. Esta possibilidade é particularmente sensível no caso de questões que envolvam alguma subjetividade (ou escolha) – caso da maioria das decisões e ações operadas de acordo com a (ou a partir da) lei. Se as questões não estão já totalmente decididas na legislação correspondente, então, é preciso escolher quem terá a última palavra a propósito delas: a administração pública ou os tribunais.

1.3.4 *A questão da adaptação da intensidade do controle*

A atenção deste trabalho está voltada à *adaptação da intensidade do controle* às peculiaridades substanciais da ação controlada e às peculiaridades institucionais da autoridade que a promoveu. *Em que medida* a intensidade do controle judicial nas jurisdições estudadas está adaptada a esta complexidade material e institucional da administração pública? O que pode ser feito para *adaptá-la* a estas circunstâncias?

É muito frequente que se argumente, em fóruns acadêmicos, políticos ou, mesmo, no discurso judicial, que os tribunais deveriam aplicar um controle limitado (“deferente”) sobre as decisões das autoridades administrativas contemporâneas.¹⁰ Este posicionamento decorre normalmente de análises institucionais comparativas. Ele se baseia em alegadas vantagens técnicas ou políticas das autoridades administrativas em relação aos tribunais. Partindo-se da compreensão de que as autoridades administrativas especializadas seriam institucionalmente *mais bem preparadas* para tratar de temas complexos e *detentoras de maior legitimidade* para tratar de temas políticos, recomenda-se que os tribunais exerçam uma atitude *deferencial* (respeitosa, pouco intrusiva) em relação às decisões administrativas destes tipos que viessem a controlar.¹¹

9. A este trabalho é extremamente relevante um enfoque institucional do tema do controle judicial da administração pública, que destaca o relacionamento ou o diálogo entre os tribunais e a administração pública que ele veicula e a questão relativa à delimitação mútua de competências.

10. Muitos exemplos desta realidade serão citados ao longo deste livro.

11. No caso de questões tecnicamente complexas, os tribunais deteriam menor expertise institucional e meios pessoais e financeiros menos adequados para enfrentá-las. No caso de questões politicamente sensíveis, as autoridades administrativas

O argumento tem sido particularmente insistente nos Países de tradição de direito administrativo, em que a pluralização institucional da administração pública é relativamente recente. Neles, ele é apresentado como decorrência natural desse processo. Aliás, costuma-se afirmar que a atitude de autorrestrrição judicial seria comum nos Países de tradição jurídica anglo-saxã, há mais tempo acostumados com a descentralização e a complexidade administrativa.

A ideia subjacente parece ser a de que a aplicação de um controle não deferente sobre matérias tecnicamente complexas ou politicamente sensíveis corresponderia a uma desatenção ou desconsideração – pelos tribunais e pelo direito administrativo – das vantagens comparativas da administração pública. Seria, enfim, aplicar um controle judicial de intensidade *pouco adaptada* à realidade administrativa material e institucionalmente complexa.

Estas afirmações serão contestadas neste trabalho.

2. *A estrutura da obra: a divisão em três partes*

A tese que será aqui defendida é a seguinte: *há uma pluralidade de (i) formas e de (ii) graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais.*

(i) A adaptação pode se dar de diversas *formas*, não sendo a solução acima a única possível, nem necessariamente a ideal. Em primeiro lugar, há inúmeras circunstâncias em que a aplicação de um controle judicial não deferente é a solução mais adequada e mais adaptada, *precisamente em atenção às peculiaridades da complexidade administrativa*. Isso se dá mais obviamente (mas não exclusivamente) nos casos em que as questões tratadas pelas autoridades administrativas se revistam de peculiar sensibilidade jurídica – matéria mais afeita aos tribunais. Em segundo lugar, nos casos em que uma questão envolva híbrida natureza e sensibilidade (jurídica, técnico, política) a opção pelo tipo de controle aplicável evidencia uma ponderação entre finalidades públicas contrastantes, não sendo adequado falar-se em alguma solução *abstratamente superior*, mas apenas em soluções mais ou menos adequadas para a satisfação da finalidade pública que se opta por privilegiar.¹² Em terceiro lugar, mesmo nos casos de decisões *preponderan-*

(mesmo as independentes) possuem características institucionais que as fazem politicamente *mais legítimas do que os tribunais* – pelo quê as opções lhes deveriam ser reservadas. Sobre o tema, v. o Capítulo I da Primeira Parte.

12. Neste sentido, Duncan Kennedy sustenta que “one way to understand any particular difference between two contemporary legal systems is as the product of