

Revolução secreta também no controle público?

Limites do impacto da arbitragem sobre o controle de decisões de agências reguladoras

EDUARDO JORDÃO

07/01/2020 07:07



Crédito: Pixabay

Em texto publicado nesta **Coluna Publicistas**, Marçal Justen Filho apresentou seu prognóstico sobre a revolução secreta que se daria na prática dos contratos administrativos, pelo uso progressivo da arbitragem nos conflitos contratuais.

Revolução semelhante é cogitável no tipo de controle realizado sobre entidades administrativas especializadas, como as agências reguladoras?

+JOTA PRO: Seu desafio diário é separar o sinal do ruído da política para a sua organização? Conte com os nossos especialistas. Faça um diagnóstico agora!

Há quem acredite que sim. O controle por árbitros tenderia a ser mais intenso (“menos deferente”) do que o dos tribunais. Ao contrário do juiz generalista, o árbitro

é normalmente um especialista e, portanto, teria menor desvantagem comparativa em relação a uma entidade administrativa especializada, para fins de resolução de questão técnica complexa.

Por este raciocínio, o árbitro não precisaria ser deferente às decisões de uma agência reguladora: ele próprio teria condições de avaliar sua “correção” e, eventualmente, anulá-las.

Esta tese parece desconsiderar dois pontos muito relevantes, que informam a teoria da deferência judicial à administração pública.

O primeiro é que a análise comparativa das capacidades institucionais, que pauta a modulação da intensidade do controle, é entre controlador e controlado – e não entre dois controladores. Assim, é pouco relevante que um árbitro seja mais especializado que um juiz em determinado tema; o que importa é comparar o árbitro com a entidade administrativa controlada.

Além disso, a comparação relevante para verificação de eventual desvantagem comparativa não é a que se realiza no contexto pessoal (*o árbitro X é mais especialista que o diretor Y da agência reguladora*), mas a que leva em conta o contexto institucional. Ainda que o árbitro detenha conhecimento relevante na área objeto do controle, ele carecerá das características institucionais da entidade administrativa que irá controlar. É o caso (i) da vivência no setor regulado, (ii) da visão do todo que advém da atuação generalizada no setor, e, principalmente, (iii) da equipe de apoio especializada e multidisciplinar de que a entidade administrativa dispõe.

O segundo é que a tese da deferência do controlador à administração tem como pressuposto não só a vantagem institucional comparativa, mas também a *indeterminação jurídica*, e a consequente ausência de “respostas corretas” para questões jurídicas específicas. Decisões administrativas levadas a controle frequentemente correspondem a *escolhas administrativas*. Ainda que o controlador especializado tenha *a mesma expertise* da entidade administrativa controlada, há pouca razão para supor que se devam preferir suas opções, e não aquelas da entidade administrativa controlada, a quem a lei atribuiu a competência *prima facie*.

Assim, as mesmas razões que justificariam a deferência judicial, mesmo em menor intensidade, parecem estar presentes no caso de o controle da administração pública ser realizado pela via arbitral.

EDUARDO JORDÃO – Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck.