

Levando a deferência a sério

É preciso evitar que a popularização da ideia de deferência implique a sua trivialização

EDUARDO JORDÃO

12/05/2020 12:11



Crédito: Pixabay

Decisões polêmicas tomadas em meio às crises sanitária e política colocaram o controle da administração no centro do debate nacional. Talvez por força da polarização política, os clamores usuais por *mais e mais controle* passaram a conviver com pedidos de autorrestrição do controlador e deferência às escolhas administrativas.

Mas se é positivo que a deferência tenha enfim entrado no vocabulário corrente do direito pátrio, é preciso evitar que sua popularização implique sua *trivialização*.

Atualmente, a mera alusão à necessidade de deferência parece ser entendida como justificativa suficiente para impedir todo tipo de controle.



RISCO POLÍTICO

**Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli
antecipa o que vai acontecer em Brasília**

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

CLIQUE PARA SABER MAIS

Duas lições centrais, extraídas da teoria e da jurisprudência brasileira e estrangeira, vêm sendo negligenciadas.

(i) A deferência do controlador não implica necessariamente a manutenção da decisão controlada. Ela corresponde a uma *orientação respeitosa*, a uma atitude de autorrestrição, face às ponderações realizadas pelo controlado. Mas esta atitude pode não ser suficiente para evitar a intervenção. Deferência não é incompatível com controle.

(ii) A *intensidade* da deferência varia.

Primeiro, em função da *indeterminação* do direito. Ela é tanto mais devida quanto menos clara for a solução que o direito impõe (se é que ela impõe alguma) ao aspecto controvertido.

Quer-se evitar que *escolhas* da entidade controlada (a quem a lei atribui a competência *prima facie*) realizadas num cenário de indeterminação normativa sejam substituídas por outras escolhas, preferidas pelo controlador. Mas se o direito é claro, ele deve ser aplicado, com afastamento da decisão administrativa que não lhe é conforme.

Segundo, em função da natureza da decisão e as características das instituições envolvidas. Pretende-se alocar poder decisório à instituição que detém maior *aptidão* para “criar a solução” para o caso concreto, dada a indeterminação do direito.

Assim, a deferência variará em atenção às características tanto do controlador, como do controlado. Se a decisão controlada tem natureza *política*, demandará menos deferência do Congresso do que dos Tribunais, visto que a legitimidade política daquele é maior do que a destes. Se a decisão é *técnica*, merecerá maior deferência quando tenha sido emitida por agência reguladora (dada sua especialização) do que pela administração central.

Terceiro, em função da *razoabilidade* da decisão controlada. A indeterminação do direito não importa que todas escolhas sejam igualmente válidas. Algumas podem ser particularmente irrazoáveis, a ponto de justificar a intervenção.

Num país que venera controladores e encoraja seus excessos, o fortalecimento da ideia de deferência é um alento. Bem utilizada, ela pode sofisticar o discurso do controle, reconhecer a incompletude do direito e propiciar importantes considerações institucionais.

Mas é preciso cuidar para que, a exemplo do que aconteceu com o princípio da proporcionalidade, a deferência não seja importada para o direito brasileiro na sua expressão mais trivial e menos útil.

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.