

Separação de Poderes, controle da administração e política

Deferência, mérito, essencialidade, conveniência, conceitos indeterminados, técnicos e outros bichos mais

Alexandre Santos de Aragão

17/09/2024 | 05:00



Esplanada dos Ministérios em Brasília, Distrito Federal. Foto: José Cruz/Agência Brasil

Chevron is overruled. Assim o juiz-chefe da Suprema Corte dos EUA, John Roberts, encerrou o seu voto no julgamento do caso *Loper Bright vs Raimondo* (2024), responsável por suplantando o histórico precedente que afirmava a preferência à aplicação da lei dada pelas agências reguladoras e, de certa forma, pelo Poder Executivo como um todo.

A decisão reacendeu uma série de discussões sobre a maior ou menor possibilidade de controle da Administração Pública, na realidade brasileira, não só pelo Judiciário, como também pelos tribunais de contas.

Quer saber os principais fatos ligados ao serviço público? Clique aqui e se inscreva gratuitamente para receber a newsletter Por Dentro da Máquina

Essa discussão permeia o Direito Público de todos os países e sempre tem mais fortes razões políticas que jurídicas. As constituições preveem apenas genericamente a separação de Poderes e a possibilidade de controle da Administração Pública. A amplitude desse controle é oriunda materialmente da conjuntura política de cada país, até porque o juiz de tal competência é o próprio Judiciário. Como é ele que dá a última palavra sobre a interpretação das constituições, a censura sobre a sua maior ou menor autocontenção só tem como ser política (da opinião pública, do constituinte derivado, da doutrina etc.).

Na França, por exemplo, a desconfiança dos revolucionários de 1789 em relação aos membros do Judiciário, ligados ao Antigo Regime, levou a uma certa imunidade ao controle, com a criação da figura da discricionariedade (e dos seus consectários do mérito administrativo, conveniência e oportunidade). Não à toa à época se dizia ser a discricionariedade o “cavalo de Troia do princípio da legalidade”.

Na Espanha, por outro lado, como instrumento da restauração democrática pós-Franco, se desenvolveu toda uma teoria de que os conceitos indeterminados o eram apenas em tese. Nos casos concretos, teriam sempre apenas uma resposta correta, que deveria ser a adotada pelo Judiciário. É clássica nesse sentido a obra de Eduardo Garcia de Enterría, *A luta contra as imunidades do poder*, que teve forte influência no Brasil via Eros Roberto Grau.

Nos Estados Unidos não foi diferente: as concepções de deferência prevaletentes em cada tempo foram também fruto dos contextos políticos em que inseridas. Não por acaso, foi com a nomeação de três juizes da Suprema Corte por Donald Trump que o reinado de *Chevron* começou a ser efetivamente desafiado.

Na Alemanha, com ecos na Itália (ambas com seus traumas do fascismo), há o parâmetro da essencialidade da lei, pelo qual as questões mais relevantes devem ser decididas diretamente pelo Legislativo, não pelo Executivo. Simétrica dessa construção é a Major Questions Doctrine, recentemente também construída pela Suprema Corte dos EUA.

O direito brasileiro, talvez em razão do cosmopolitismo (múltiplas influências) e sincretismo metodológico que possui, se inspira em várias daquelas teorias, mas possui o seu próprio caminho, já que possui as suas próprias conjunturas políticas.

Varia entre a proteção de um espaço de atuação do Executivo – na maior parte de nossa história autoritário e sobrepujante aos outros Poderes, e daí uma grande proteção do dito mérito administrativo – a, nos momentos de retomada democrática, tentativas de aumento das possibilidades de controle, tal como as teses de a discricionariedade existir apenas na área cinzenta dos conceitos indeterminados empregados pela lei (Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros).

A partir da década de 1990, com a criação de agências reguladoras, foi fortalecida em relação a elas a primeira tendência vista acima, de preferencial adoção da interpretação da agência em detrimento da que poderia ser adotada pelo Judiciário. Figuras tropicalizadas da discricionariedade técnica e da deferência foram sendo reforçadas como fundamento de tal postura. A conjuntura política de notável preferência da iniciativa privada pela submissão aos juizes das agências, e não do Judiciário ou dos tribunais de contas, certamente foi também decisiva para a prevalência dessa postura.

Em suma, apesar de o Judiciário ou a doutrina brasileira emprestarem deste ou daquele país parâmetros sobre o controle da Administração Pública, o fazem de maneira apenas instrumental às nossas próprias conjunturas políticas e econômicas. Sendo assim, eventuais alterações de postura decorrerão das dinâmicas dessa realidade, não de mudanças alhures. 🇺🇵

TAGS **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** AGÊNCIAS REGULADORAS DIREITO PÚBLICO

JOTA PRO PODER JUDICIÁRIO SUPREMA CORTE DOS EUA

Nossa missão é tornar as instituições brasileiras mais previsíveis.

CONHEÇA O JOTA PRO

PODER PRO

- Apostas da Semana
- Impacto nas Instituições
- Risco Político

TRIBUTOS PRO

- Apostas da Semana
- Direto do CARF
- Direto da Corte
- Direto do Legislativo
- Matinal
- Relatórios Especiais

EDITORIAS

- Executivo
- Legislativo
- STF
- Justiça
- Saúde
- Opinião e Análise
- Coberturas Especiais
- Eleições 2024

SOBRE O JOTA

- Estúdio JOTA [↗](#)
- Ética JOTA [↗](#)
- Política de Privacidade [↗](#)
- Seus Dados [↗](#)
- Termos de Uso [↗](#)