

DECIDINDO COMO DECIDIR

O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE ENVOLVER ESCOLHAS REALISTAS E ESQUEMAS DECISÓRIOS FACTÍVEIS, QUE NÃO DESCAMBEM PARA O VOLUNTARISMO E A LOTERIA

Gustavo Binenbojm¹

O direito processual penal tem padrões decisórios consolidados para situações de incerteza: *in dubio pro societate*, em favor do recebimento da denúncia, no início do processo; *in dubio pro reo*, quando do julgamento final. Há uma definição sobre como juízes criminais devem decidir, em distintas situações processuais. Os *trade offs* estão postos à mesa com franqueza: na instauração da ação penal, prefere-se correr o risco de processar suposto inocente a inocentar, desde logo, possível culpado; no veredito definitivo, havendo dúvida razoável, prefere-se inocentar eventual culpado a condenar virtual inocente. Advogados de defesa e promotores de justiça se digladiam sobre os fatos e seu enquadramento, mas as categorias jurídicas estão lá para nortear as decisões de abertura e encerramento dos processos.

Há clara decisão de segunda ordem (uma metadecisão) que precede as decisões em cada caso. Razões de ordens distintas foram levadas em consideração para a formulação do padrão: a limitação de meios para coligir provas; a utilidade social da resposta penal; a possibilidade de produção de provas, por acusação e defesa, no processo; a falibilidade cognitiva dos seres humanos (juízes, inclusive) na apreciação de fatos passados; a intolerância social superlativa à condenação e estigmatização de possíveis inocentes.

E no Direito Administrativo? Há padrões decisórios consolidados sobre o comportamento a ser observado por juízes e demais controladores em situações de incerteza? A resposta parece ser negativa. Neste particular, a indefinição é o nosso regime. Respondemos ao problema da incerteza normativa – sério desafio para qualquer Estado de direito – com ainda maior incerteza institucional.

Apresso-me em esclarecer que não disponho de pesquisa empírica com valor científico que comprove a hipótese. Trata-se de mera percepção tomada por amostragem ao longo de 25 anos de vida profissional, aqui, ali e acolá. *Aqui*, juízes ativistas proclamam a controlabilidade do outrora intangível mérito administrativo, aplicando o dever de proporcionalidade. *Ali*, tribunais conservadores adotam postura de maior autocontenção, sendo deferentes a escolhas ou interpretações administrativas. *Acolá* (em Brasília, inclusive), cortes judiciárias e administrativas se recusam a decidir como questões administrativas devem ser decididas *ex ante*: depende do caso, dizem. Depende mesmo. Mas como os controladores devem lidar com casos controvertidos, sem descambar para o voluntarismo ou a pura loteria?

A dicotomia clássica entre vinculação e discricionariedade é falsa. Tornou-se obsoleta e inútil como parâmetro de mediação entre inafastabilidade do controle judicial e

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

separação de poderes, entendida como prerrogativa de decidir por último. Quando não se quer controlar, invoca-se a divisão de funções estatais; quando se quer, supera-se a intangibilidade do mérito administrativo. Ora, um padrão que serve para motivar qualquer decisão não se presta a motivar decisão alguma.

Uma fina ironia perpassa hoje a contraposição entre os dois modelos de controle jurisdicional da Administração. Na Europa continental, prevalece a jurisdição administrativa fundada na concepção de que “julgar a Administração ainda é administrar”. Quer-se *blindar* atos administrativos contra a interferência do Judiciário. Já na *common law* prevalece o *judicial review*, baseado na ideia de que a independência judicial seria a melhor forma de proteger direitos e impor aos agentes da Administração a fidelidade ao direito.

A ironia: esses modelos evoluíram para posturas metodológicas distintas e de certa forma contrárias à sua inspiração original. Em ambos, há controle *a priori* do cumprimento de normas pela Administração. A distinção se dá em situações de incerteza, quando surge espaço para *interpretação* ou *escolha* administrativa. Nas jurisdições europeias verifica-se tendência a controles mais intensos, seja pela interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, seja pela aplicação de princípios. No mundo jurídico anglo-saxão, há maior deferência do Judiciário às decisões administrativas, observadas certas condições.

Eduardo Jordão (em *Controle judicial de uma administração pública complexa*, Malheiros, 2016) especula que a retração da força do controle do Judiciário norte-americano e canadense se deve à permeabilidade das escolas de direito e da cultura desses países ao realismo jurídico e a estudos interdisciplinares. Salvo nos casos de inobservância chapada a regras jurídicas, o papel do controlador não é o de oferecer *a resposta certa*, mas apenas checar se o gestor seguiu os procedimentos, apreciou os fatos relevantes, e se motivou adequadamente sua decisão. Trata-se de um controle procedimental e *negativo*, de exclusão das decisões incongruentes ou insustentáveis.

É preciso criar um padrão decisório vinculante para o Judiciário e a Administração controladora, como parte essencial do trabalho de uniformização da interpretação do Direito. Trata-se de compreender a construção do processo decisório como escolha institucional prévia à interpretação e aplicação do direito a casos concretos, e condição *sine qua non* à coerência, eficiência e segurança do sistema jurídico. Precisamos decidir como decidir.

No Brasil, proponho que o STF eleja um caso que sirva de paradigma vinculante para todos os juízes e tribunais do país, como modelo de controle *jurídico-institucionalmente adequado*. O modelo sugerido: (I) quanto mais objetiva a norma aplicável ao caso, mais intenso o controle; (II) em casos de incerteza normativa, o controlador deve se limitar à exclusão de decisões incongruentes ou insustentáveis, sendo deferente à interpretação ou escolha administrativa desde que observados os requisitos procedimentais (devido processo, participação, consideração dos fatos e motivação adequada). A decisão sobre como decidir casos de direito administrativo envolve, sobretudo, reconhecer os limites do direito na busca das melhores escolhas para a sociedade.