



PUBLICISTAS

Decidindo como decidir – Parte I

Padrões decisórios no controle da Administração Pública promoveriam mais coerência, eficiência e segurança jurídica

GUSTAVO BINENBOJM

08/10/2019 07:30



Imagem: Pixabay

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.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

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?

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.

Na parte II deste artigo, pretendo apresentar modelos decisórios adotados em outras jurisdições e discutir alternativas possíveis para o Brasil.

GUSTAVO BINENBOJM – Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor pela UERJ e Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.