



PUBLICISTAS

Decidindo como decidir – Parte II

O controle da Administração Pública deve envolver escolhas realistas e esquemas decisórios factíveis

GUSTAVO BINENBOJM

10/12/2019 07:47



Imagem: pixabay

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

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

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.

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.

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.