

Direito e *expertise* das políticas públicas: uma crítica à racionalidade administrativista brasileira

*Law and public policies expertise: a critique of the brazilian
administrativist rationality*

Victor Epitácio Cravo Teixeira*

Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

O direito administrativo brasileiro é tradicionalmente conceituado como o *conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*. Essa é a definição proposta por Hely Lopes Meirelles¹, o administrativista mais referenciado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)². Não difere substancialmente dos conceitos propostos por outros

* Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB, possui especialização em Regulação das Telecomunicações pela Fundação Instituto Nacional de Telecomunicações - Inatel e graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Foi Procurador-Geral da Anatel entre 2011 e 2016 e Consultor Jurídico junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública entre 2023 e 2026. Foi Vice-Presidente do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPd) entre 2024 e 2026. É Procurador Federal, atualmente designado para atuar na Secretária-geral de Consultoria da AGU. Integra o quadro de professores do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior da Advocacia-Geral da União. Realiza pesquisas nas áreas de Direito Regulatório, Direitos Digitais, Estudos de Infraestrutura e Plataforma, Direito Administrativo, Políticas Públicas e História do Direito. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2834-5479>. E-mail: victorcravo@hotmail.com.

1 MEIRELLES, 1989, p. 24.

2 Hely Lopes Meirelles alcançou a impressionante marca de 10.315 citações, entre acórdãos e decisões monocráticas. Esse quantitativo foi obtido por meio de busca jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do STJ, no dia 4 de fevereiro de 2021: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

administrativistas igualmente celebrados³, como Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ e Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵. Todos os três doutrinadores buscaram conciliar, no agir administrativista, a realização *dos fins desejados pelo Estado*⁶ e a obediência a *princípios jurídicos*, oscilando estrategicamente entre duas atitudes antagônicas entre si: ora em favor da irrefutabilidade da *técnica*, ora em defesa da primazia de *princípios* de direito. Chamados a examinar as razões fornecidas pelos *experts* da administração pública, a doutrina administrativista tradicional costuma utilizar argumentos que frequentemente acarretam um destes dois resultados: (i) ou o jurista se exime de analisar os fundamentos técnicos das políticas públicas, alijando a *expertise* da influência do direito; (ii) ou o jurista adentra a análise dos motivos estruturantes da proposta técnica, em geral para modificar ou substituir elementos das políticas públicas, subjugando a *expertise* a requisitos jurídicos.

Nenhum desses influentes autores, entretanto, ocupou-se em explicar *se e como* o jurista deve dialogar com as proposições administrativas fundamentadas em conhecimentos estranhos ao direito. Dito de outro modo, não há na doutrina administrativista uma preocupação em examinar os diferentes estilos de racionalidade que resultam nas duas atitudes contraditórias (acima mencionadas) que dominam a análise jurídica de políticas públicas. É na prática diária do direito administrativo que juristas decidem sobre a adequação jurídica de uma variada coleção de atos e normas (leis, decretos, portarias, resoluções, decisões, acórdãos, dentre muitas outras) por meio dos quais o Estado materializa suas *intenções e ações*⁷, ou seja, suas políticas públicas. Tais políticas não podem ser efetivamente examinadas juridicamente sem o emprego de alguma espécie de racionalidade a respeito

3 Logo após Hely Lopes Meirelles, encontram-se Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro, contando, respectivamente, com 6.684 e 2.300 citações no STJ, entre acórdãos e decisões monocráticas. Juntos, esses autores formam a trinca que domina a aplicação do direito administrativos nos tribunais.

4 MELLO, 2015, p. 37.

5 PIETRO, 2018.

6 Ainda que as definições utilizadas por Mello (2015, p. 37) e Pietro (2018) tenham aludido a fins públicos, ao se referirem aos fins desejados pelo Estado, não é possível afirmar que, por essa razão, o conceito de direito administrativo utilizado por esses autores difira significativamente daquele empregado por Meirelles. Afinal, Meirelles (1989, p. 24) não deixou de pôr em evidência que os desejos do Estado deveriam corresponder a atividades públicas, necessariamente harmonizadas com os princípios jurídicos, incluindo-se entre eles o da supremacia do interesse público.

7 A articulação entre intenções e ações governamentais integra a noção de política pública (PAGE, 2008).

do modo como o direito conhece e valora as informações produzidas por disciplinas apartadas do direito (a exemplo da economia, da pedagogia e da medicina). Buscando suprir essa lacuna, o presente artigo se propõe a analisar a racionalidade (ou estilos de racionalidade⁸) que move as práticas discursivas predominantes na praxe administrativa brasileira, na frequente relação entre direito e *expertise* extrajurídica (presente nas políticas públicas).

Com o objetivo de analisar os elementos que determinam as variações de discurso jurídico administrativista, este artigo utilizará como ferramentas básicas de análise os conceitos weberianos ligados à *ação racional*⁹, os quais serão sucintamente apresentados na seção 1. Em seguida, a seção 2 aplicará a tipologia weberiana aos estilos de racionalidade mais comuns na prática discursiva do direito administrativo, quando confrontado com a *expertise* extrajurídica invariavelmente incorporada às políticas públicas. Nesse contexto, serão analisadas cinco referências discursivas: (i) discricionariedades pura (interesse público) e técnica (*expertise* extrajurídica); (ii) teoria das relações de sujeição especial; (iii) princípio da legalidade estrita; (iv) ponderação de valores e métodos consequencialistas; (v) teoria das capacidades institucionais. Em conclusão, este artigo apontará para a insuficiência dos estilos de racionalidade examinados, os quais, por ignorar a necessidade de um diálogo interdisciplinar entre direito e *expertise* extrajurídica¹⁰, falham em buscar saídas para o dilema em que o direito administrativo se encontra preso, ou seja, a dicotômica atitude tradicional dos administrativistas em face do conhecimento estranho ao direito (ou o direito se sobrepõe à técnica, ou a *expertise* subjuga o direito)¹¹.

8 Este artigo empregará o termo “estilo de racionalidade” como forma de realizar uma distinção em face da consagrada expressão weberiana “tipo de racionalidade”. Enquanto esta última corresponde a um tipo ideal, que não existe necessariamente na realidade e congrega todas as características de um determinado modo de decidir, o estilo de racionalidade a que este artigo se refere compreende uma forma determinada de discurso jurídico, vinculada a conceitos-chave identificáveis e representativa de um dos tipos de racionalidade weberianos.

9 WEBER, 1978, p. 5-7.

10 CASTRO, 2012.

11 Para discussão mais aprofundada e abrangente sobre estilos alternativos de racionalidade, ver Cravo (2020).

2. Breve apresentação dos conceitos weberianos aplicados na análise dos estilos de racionalidade comuns no direito administrativo

Uma ação pode ser conhecida racionalmente quando os sentidos atribuídos aos seus elementos (da ação) podem ser relacionados lógica ou matematicamente, permitindo uma compreensão imediata e inequívoca da concatenação entre meios e fins, executados deliberadamente pelo ator em questão. Nesse sentido, Weber¹² distinguiu dois tipos de ação racional: (i) ação *racional-instrumental* (ou *relacionada a fins*), na qual a ação é determinada pelos comportamentos esperados de outras pessoas e objetos existentes no ambiente, sendo tais expectativas consideradas como condições, ou *meios*, para o atingimento dos *fins* racionalmente calculados e perseguidos pelo ator; e (ii) ação *racional-valorativa* (ou *relacionada a valores*), fundada na crença do valor (seja ele ético, estético, religioso ou derivado de outra forma de comportamento) como um fim em si mesmo, independentemente dos prognósticos de sucesso da ação¹³.

A racionalidade instrumental era, para Weber, mais elevada que a racionalidade valorativa¹⁴. Na racionalidade instrumental, na qual fins, meios e efeitos secundários são todos levados em conta e calculados segundo suas relações recíprocas, fins e meios alternativos são considerados de forma a modelar o resultado pretendido. Esse tipo de racionalidade consistiria na busca de um resultado específico da maneira mais efetiva possível, ou numa combinação de resultados obtida mediante a ponderação entre custos e benefícios, baseada no cálculo dos efeitos positivos e negativos de cada alternativa analisada¹⁵. Já no que toca à racionalidade valorativa, o sociólogo alemão afirmou categoricamente que, sob o ponto de vista da racionalidade instrumental, a primeira seria sempre irracional¹⁶. Nesses termos, quanto mais absoluto se tornasse um valor orientador de uma conduta, mais irracional seria tal ação, na medida em que o agir do ator em devoção a um dado valor o afastaria da consideração das consequências de seu ato. Para que

12 1978, pp. 24-25.

13 Para Weber (1978, p. 26), tais casos seriam casos limítrofes, representativos de um tipo puro, difícil de ser reconhecido em casos concretos. A realidade, portanto, seria preenchida por situações em que os tipos racionalidade se combinariam, em variados graus.

14 KENNEDY, 2004, p. 1038.

15 KENNEDY, 2004, p. 1038.

16 WEBER, 1978, p. 26.

uma ação fosse racional-valorativa, explicou Weber¹⁷, o indivíduo deveria se sentir subjetivamente obrigado a adotar o valor em questão, transformando essa exigência incondicional derivada do sentimento de dever na sua própria motivação.

Em sua sociologia jurídica, Max Weber¹⁸ estendeu seu interesse pelo estudo da ação racional ao direito. Com esse propósito, explicou que tanto a elaboração quanto a aplicação de normas jurídicas pode ser racional ou irracional. Nesse último caso, o processo decisório não é passível de ser controlado pelo intelecto, na medida em que a sentença é resultado de cerimônias mágicas, religiosas ou da simples aleatoriedade. Já o pensamento jurídico racional decorre da análise de características gerais e abstratas relacionadas a determinados atos e fatos, o que pode ocorrer de dois diferentes modos: formal e substantivo. A racionalidade formalística possui, por sua vez, duas acepções distintas, a depender da maneira pela qual são conhecidas e analisadas as características legalmente relevantes dos atos ou fatos. Se tais características decorrem de aspectos externos, tangíveis, desses atos e fatos (a exemplo do reconhecimento de firma em cartório), a racionalidade formalística é concreta. De outro lado, se as características juridicamente relevantes de um caso concreto forem reveladas por meio da análise lógica dos sentidos atribuídos às normas jurídicas, a racionalidade jurídica empregada é do tipo *lógico-formal*, característica da dogmática jurídica¹⁹.

A racionalidade lógico-formal era considerada por Weber²⁰ como a única abordagem jurídica verdadeiramente técnica e profissional. É, ainda hoje, o único estilo de racionalidade que propõe interpretar proposições jurídicas por meio de um método dedutivo operacionalizado inteiramente

17 1978, p. 25.

18 WEBER, 1978, pp. 656-657.

19 Weber (1978, p. 311) assim se referiu a respeito da dogmática jurídica, considerada pelo sociólogo alemão como o método então mais moderno de aplicação (interpretação) de normas jurídicas a um caso concreto: “O ponto de vista jurídico, ou mais precisamente, aquele da dogmática jurídica, concentra-se no correto significado de proposições cujo conteúdo constitui uma ordem supostamente determinante da conduta de um grupo de pessoas definido: em outras palavras, ele tenta definir os fatos aos quais essa ordem se aplica e o modo pelo qual ela exerce seus efeitos. Visando esse fim, o jurista, assumindo a premissa da validade empírica dessas proposições legais, examina cada qual delas e intenta determinar seu sentido logicamente correto, de tal maneira que todos eles podem ser combinados em um sistema, considerado logicamente coerente, ou seja, livre de contradições internas. Esse sistema é a ordem jurídica, no sentido jurídico da palavra” (tradução livre do autor).

20 1978, p. 657.

dentro dos limites do próprio direito. Nos termos dessa racionalidade, a revelação do correto sentido de uma norma jurídica resulta de um processo lógico-dedutivo de identificação e da aplicação de conceitos jurídicos definitivos e imutáveis, derivados de princípios últimos de elevada abstração. Essa cadeia de princípios e conceitos jurídicos abstratos pretende formar um sistema complexo e íntegro, logicamente articulado e fechado em si mesmo, no qual contradições insanáveis são consideradas inválidas.

A seu turno, a racionalidade jurídica substantiva existe em contraposição aos tipos formais acima comentados. De acordo com a racionalidade substantiva, a resolução de problemas jurídicos é influenciada por normas diferentes daquelas obtidas pela generalização lógica de conceitos jurídicos abstratos. A racionalidade jurídica substantiva, portanto, pode embutir imperativos éticos, utilitários, práticos, políticos ou econômicos, afastando-se do tipo ideal formalístico prescrito por Weber²¹. Duncan Kennedy²², ao explorar as ferramentas conceituais elaboradas pela sociologia jurídica weberiana, observou que racionalidade substantiva poderia ser tanto *valorativa* quanto *instrumental*. A questão em torno da racionalidade jurídica substantiva não é seu modo de agir frente a um problema de direito, mas a origem extrajurídica do critério de decisão a ser empregado na resolução, derivado de práticas normativas apartadas do direito²³. Nesse sentido, a racionalidade jurídica substantiva buscaria os respectivos motivos para decidir quer em valores derivados de sistemas religiosos, éticos ou filosóficos, quer em programas políticos perseguidos pelo governante da vez. Tanto num caso como no outro, os motivos decisórios racionais são extrajurídicos.

Ainda segundo Kennedy²⁴, a adesão incondicional à dogmática jurídica faria com que o jurista agisse segundo o tipo de racionalidade que Weber tomaria por *valorativa*. Essa percepção se justificaria porque o intérprete, ao seguir o método lógico-formal à risca, elege a norma aplicável independentemente de quaisquer considerações sobre as consequências sociais de sua incidência sobre o caso concreto. De modo diferente, também de acordo com Kennedy, caso o intérprete aja conforme uma racionalidade substantiva, sua conduta poderá ser tanto *relacionada a valores* quanto a

21 1978, p. 657.

22 2004, p. 1041.

23 KENNEDY, 2004, p. 1041.

24 KENNEDY, 2004, p. 1041.

fins. No primeiro caso, o jurista poderá decidir juridicamente sob o influxo de valores diretamente extraídos de preceitos religiosos ou de ideologias políticas, enquanto no último, será capaz de modular sua proposição jurídica em função das probabilidades de maximização da concretização de um conjunto de objetivos sociais, ou de determinadas metas políticas parciais fixadas pelo governante, fazendo uso de alguma metodologia de ponderação sensível às situações empíricas.

Na próxima seção, este artigo empregará os instrumentos analíticos weberianos, acima apresentados, com o objetivo de identificar os estilos de discurso jurídico preponderantes no direito administrativo, em seu encontro com a *expertise* extrajurídica tipicamente incorporada às políticas públicas no mundo contemporâneo. Ainda que se considerem criticáveis certos tipos puros weberianos, dadas as inconsistências da racionalidade jurídica lógico-formal apontadas por Duncan Kennedy (incapacidade de entregar a promessa de realizar juízos exclusivamente derivados de princípios abstratos e apartados de valores extrajurídicos), convém ressaltar que os mencionados tipos, embora idealizados, cumprem o importante papel de propiciar a comparação e a análise de estilos de racionalidade empiricamente verificados na realidade. Pretende-se, com isso, situar a prática discursiva dos administrativistas num contexto de sentido mais facilmente inteligível, o que oportunizará a crítica conclusiva ao final deste artigo.

3. Os estilos de racionalidade jurídica predominantes no direito administrativo brasileiro

A observação das instituições²⁵ constitucionalmente responsáveis por revisar (ou assessorar) os atos administrativos que formalizam as políticas públicas revelam, ao menos superficialmente, duas atitudes comuns dos juristas quanto ao modo de analisar a relação entre o direito e a *expertise*. Essas instituições, ao se depararem com razões providas pela *expertise*, costumam utilizar argumentos que frequentemente acarretam um destes dois

25 Entre essas instituições é possível enumerar, em primeiro lugar, os órgãos de consultoria jurídica da administração pública, incumbidos de analisar a adequação das formas jurídicas que revestem as propostas de políticas públicas formuladas pelas incontáveis áreas técnicas que perfazem a estrutura da burocracia estatal; as cortes de contas, a exemplo do Tribunal de Contas da União, que fiscalizam e revisam a legalidade e os objetivos das políticas públicas levadas a cabo pelo poder executivo; e, finalmente, os órgãos do poder judiciário, a quem compete revisar, em última instância, a validade jurídica de tais políticas públicas, estruturadas em função de conhecimentos produzidos ao largo do direito.

resultados: (i) ou o jurista se exime de analisar os fundamentos *técnicos* das políticas públicas, alijando a *expertise* da influência do direito; (ii) ou o jurista adentra a análise dos motivos estruturantes da proposta *técnica*, em geral para modificar ou substituir elementos das políticas públicas, subjugando a *expertise* a requisitos jurídicos.

Ambas as referidas atitudes dos juristas a respeito da forma de encarar a relação entre direito e *técnica* extrajurídica não se dão, na prática corrente do direito em países como o Brasil, segundo uma racionalidade uniforme e estanque. Ao contrário, como será demonstrado a seguir, as instituições jurídicas adotam racionalidades variadas, as quais eventualmente se somam umas às outras, sem maiores preocupações com consistência teórica.

3.1. Discricionariedades pura (interesse público) e técnica (*expertise* extrajurídica)

A presente subseção iniciará sua análise pelos discursos jurídicos que silenciam o diálogo entre o direito e a *expertise*. Nesse sentido, um dos argumentos corriqueiramente utilizados pelos administrativistas ampara-se no conceito de *discricionariedade técnica*, importado da doutrina italiana pelos acadêmicos nacionais em meados do século passado, segundo dá conta Maria Sylvia di Pietro²⁶. De acordo com ela, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁷ teria seguido à risca os ensinamentos doutrinários de Renato Alessi²⁸, ambos renomados e influentes professores de direito administrativo em meados da década de 1960, o primeiro em São Paulo e o último em Bolonha. Assim, Mello²⁹ repete Alessi³⁰ ao relatar as divergências doutrinárias a respeito do conceito de *discricionariedade técnica*, construído em oposição à noção de *discricionariedade pura*. Essa última corresponderia à atividade livre que o agente administrativo exerceria dentro dos limites amplos oferecidos pela lei, tendo como única diretriz restritiva o *interesse coletivo* (também amiúde denominado *interesse público* ou *utilidade pública*), cuja satisfação seria o objetivo legal do agente em qualquer circunstância. Já a *discricionariedade qualificada* como *técnica* estaria adstrita às hipóteses em que a liberdade

26 PIETRO, 2001, p. 117.

27 MELLO, 1968.

28 ALESSI, 1970.

29 MELLO, 1968, p. 424.

30 ALESSI, 1970, p. 195.

administrativa do gestor fosse mais estreitamente limitada pela lei, guardando como diretriz restritiva o *acertamento de elementos de fato em face do juízo qualificado a seu respeito, de modo a satisfazer as exigências técnicas, dispostas pela lei, quanto à sua natureza, e que explicam a atuação administrativa*³¹.

Ao apontarem que os *critérios técnicos* que balizam a discricionariedade técnica diminuem, ao invés de aumentar, a liberdade do agente administrativo, Mello³² e Alessi³³ concluíram ser paradoxal a junção dos termos *discricionariedade* e *técnica*, já que a liberdade associada ao primeiro seria irreconciliável com a precisão lógica inerente ao último. Enquanto a discricionariedade seria capaz de conferir subjetividade na escolha das soluções possíveis em prol do interesse público, as regras da *técnica* acarretariam a imposição necessária e lógica de uma conduta certa ao gestor³⁴.

Embora as disputas doutrinárias em torno da nomenclatura e da extensão dos conceitos pertinentes ao fenômeno do encontro entre o direito e a técnica rendam debates até hoje³⁵, o que se pode extrair com segurança dessa contenda é que a racionalidade que animou o desenvolvimento da ideia de *discricionariedade técnica*, na virada do século XIX para o XX, segue firme até hoje. O objetivo dessa construção conceitual era menos sobre salientar espaços de subjetividade nas decisões administrativas, e servia mais para suprimir parcela do agir administrativo do domínio do direito³⁶. Isso é o que se depreende das lições doutrinárias dos administrativistas italianos que moldaram o conceito de discricionariedade técnica na Itália durante a década de 1910³⁷, oferecendo um verniz acadêmico à jurisprudência,

31 MELLO, 1968, p. 424.

32 1968, p. 425.

33 1970, p. 195.

34 No âmbito da técnica, segundo Alessi (1970, p. 195), não existiria sequer espaço para uma má conduta: “Efetivamente, como dissemos, quanto se trata de uma questão meramente técnica, essa se resolve exclusivamente com base em critérios e regras técnicas, e sem que a administração pública tenha faculdade alguma de se apartar de tais regras, atuando mal ao invés de se ajustar àquelas, já que a consideração do interesse público não tem aqui nada que ver” (tradução livre).

35 NOBRE JÚNIOR, 2016, pp. 107–48.

36 É interessante notar que construções jurídicas como a discricionariedade técnica são decorrências do pensamento liberal predominante nas últimas décadas do século XIX, o qual, de acordo com Castro (2013, p. 10), incentivou o direito administrativo (direito administrativo clássico, ou liberal) a prover as bases legais para a operacionalização da burocracia estatal, em conformidade com padrões técnicos de coordenação racional e de eficiência.

37 Trata-se de Errico Presutti (1911) e Federico Cammeo (1911). Para abordagem específica sobre a participação desses autores na formação da racionalidade do moderno direito administrativo, ver Cravo (2020).

formada nas duas décadas anteriores, que excluía da apreciação judicial as decisões administrativas tomadas segundo critérios técnicos, extrajurídicos³⁸. A discricionariedade técnica, então, era sinônimo de insindicabilidade dos juízos administrativos baseados em interpretações de regras técnicas, as quais correspondiam a *avaliações de tipo científico, concernentes a fenômenos naturais em si*, em oposição a juízos de tipo político, os quais dependiam de apreciação de valores sociais, de acordo com Giannini³⁹. Contudo, ainda segundo esse administrativista italiano, a distinção entre o que seria *ciência exata* ou *ciência social* era, já na década de 1930, bastante imprecisa, tendo em vista o avanço metodológico que então era experimentado em disciplinas como a sociologia, a psicologia e mesmo a ciência política. Essa avaliação tendia, portanto, a aumentar a esfera da discricionariedade técnica da administração.

Essa mesma racionalidade, que poderia ser designada em termos weberianos de *racionalidade substantiva*, busca legitimar juridicamente juízos construídos a partir de outros sistemas de formas intelectuais, apartados do direito⁴⁰. Assim, as decisões administrativas fundadas em motivos técnicos, ou seja, em raciocínios desenvolvidos segundo preceitos determinados por ciências acreditadas como exatas, são transpostas para o domínio jurídico acriticamente. A promessa da exatidão científica, na medida em que é levada para o campo do direito sem questionamentos, onde permanece *insindicável*, como se diz no jargão jurídico, qualifica a *racionalidade substantiva* como sendo *relacionada a valores*, consoante a tipologia desenvolvida por Weber e exposta na seção anterior. Assim ocorre porque o jurista recepciona diretamente os juízos vindos das disciplinas técnicas, extrajurídicas, sem que realize quaisquer considerações sobre as consequências sociais de sua incidência sobre o caso concreto. As formulações da *expertise*, portanto, são tratadas como equivalentes a artigos de fé, impactando diretamente a extensão e a profundidade das contribuições oferecidas nos pareceres jurídicos que as analisam⁴¹.

38 MATTEUCCI, 2013, p. 72.

39 1939, pp. 42-43.

40 KENNEDY, 2004, p. 1041.

41 Esse estilo de raciocínio que sobrepõe a técnica à análise jurídica foi evidenciado pela pesquisa de Mariana Cirne (2019, pp. 287 e 323), a qual revelou um quadro de desprestígio contumaz das análises jurídicas, em comparação com análises ditas técnicas. Segundo a autora, as manifestações jurídicas pesquisadas raramente examinavam o conteúdo das políticas públicas em questão, deixando até mesmo de tecerem argumentos jurídico-formais, considerados típicos do mister advocatício. Tais achados revelam a postura segundo a qual o jurista voluntariamente

A crença nos conhecimentos da técnica pode ser evidenciada em várias manifestações produzidas pelos órgãos de consultoria jurídica do poder executivo federal. Uma delas é o Parecer nº 110/2015/PFE-ICMBio-CR9/PGF/AGU, da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, que afirmou ser ilícito “*desconsiderar a intangibilidade da competência do órgão licenciador na definição dada por este, mediante juízo de discricionariedade técnica, aos conceitos relativamente vagos e indeterminadas da lei*”⁴². No Parecer nº 491/2015/PF-ANP/PGF/AGU, proferido pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional do Petróleo, ao destacar que a discricionariedade técnica dessa Agência tem origem nos *conhecimentos específicos sobre o setor regulado*, ficou claro não competir à Procuradoria *imiscuir-se em questões técnicas ou discricionárias da Autarquia assessorada*⁴³.

Ainda sobre a *discricionariedade técnica*, convém anotar que também o Tribunal de Contas da União tem por hábito invocá-la. Um exemplo pode ser encontrado no Acórdão Plenário nº TC 033.263/2008-1, em que se deliberava sobre eventual conduta ilícita de diretores do Banco Central do Brasil. O Ministro relator, diante da complexidade técnica da matéria, concluiu “*que deve ser reconhecida a iniciativa dos gestores na busca pela melhor alternativa, dentro de uma esfera de discricionariedade técnica a eles atribuída*”⁴⁴. Já no que toca a consultas públicas, há opiniões no sentido de que tais espaços de participação democrática seriam até mesmo dispensáveis, nos casos de normas de “*caráter exclusivamente técnico*”, uma vez que a discricionariedade técnica atribuída ao gestor afastaria não apenas o direito, mas o debate público. É o que se lê no Parecer nº 69/2015/PF-ANVISA/PGF/AGU, proferido pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, que relega o direito a considerações “*de cunho formal, para fins de alinhamento da proposta com a melhor técnica legislativa*”⁴⁵.

se abstém de criticar as razões que embasam as políticas públicas, restringindo-se a transcrever e aquiescer com as diretrizes propostas pelos *experts*. Em contrapartida, ainda segundo a autora, as áreas técnicas não demonstram cerimônia em realizar o trabalho típico da consultoria jurídica, chegando a dedicar 48% de seus argumentos a temas jurídico-formais.

42 BRASIL, 2015a.

43 BRASIL, 2015b.

44 BRASIL, 2018a.

45 BRASIL, 2015c.

3.2. Teoria das relações de sujeição especial

Existe, ainda, outro frequente argumento jurídico arquitetado com a mesma racionalidade (*substantiva valorativa*) acima comentada. Trata-se da teoria das relações de *supremacia especial* ou de *sujeição especial*, a qual costuma ser empregada como meio de absorver a tensão entre o princípio da legalidade tal qual tradicionalmente lecionado nas universidades e a considerável liberdade com que a administração pública se desincumbe de seus deveres. Vale recordar que a doutrina administrativista majoritariamente adotada no Brasil costuma citar como cânone basilar do direito público a máxima segundo a qual “*o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido*”, conforme ensina há décadas Celso Antônio Bandeira de Mello^{46 47}. Assim, percebe-se ser por meio de conceitos-chave, como o da *sujeição especial* e aquele da *discricionariedade técnica*, que os juristas logram alcançar uma atuação administrativa relativamente livre, criativa e versátil ⁴⁸.

Construída por administrativistas alemães, também na virada do século XIX para o XX, a teoria das relações de *sujeição especial* abre espaço para a transposição, insindicável pelo direito, de juízos formulados a partir da *expertise*, os quais passam a regular as relações entre a administração e o administrado. Sobre esse conceito-chave, Mello⁴⁹ afirmou que existem certas relações entre poder público e administrados que seriam especiais em relação às demais⁵⁰. Nessas relações haveria uma liberdade administrativa muito mais ampla. Nelas a supremacia da administração seria a regra.

No Parecer nº 00025/2015/NPD/PFANTAQ/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, o argumento das *relações de sujeição especial* que as agências possuem com os administrados foi apresentado como “*consequência natural das atividades por elas desempenhadas*”, de caráter eminentemente técnico ⁵¹. Em igual senti-

46 O referido jurista é filho do Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, já anteriormente citado neste artigo.

47 1995, p. 961.

48 CRAVO, 2014.

49 1995, pp. 966-967.

50 Segundo Mello (1995, p. 968.), existiriam determinados sujeitos que “por haverem travado com o poder público um vínculo específico, veem-se colhidos por mandamentos, por injunções peculiares, em suma, por uma disciplina de comportamentos só pertinente aos dessarte vinculados e que lhes é impositivo pela própria administração”.

51 BRASIL, 2015d.

do, o Parecer n. 00279/2017/PFANEEL/PGF/AGU, no qual a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Energia Elétrica tratava da legalidade de sanções aplicadas, explicou que o “*poder normativo da Administração Pública compõe o teor da soberania especial e abrange a possibilidade de se instituir infrações não previstas em lei, dentro dos limites das relações específicas das quais decorre*”. Segundo esse Parecer, o aludido *poder normativo* reconhecido às agências reguladoras decorreria do “*conhecimento técnico especializado*” que possuem, a elas delegado pelo poder legislativo, no reconhecimento de sua incapacidade de acompanhar “*a dinâmica econômica e tecnológica desses setores da economia*”⁵².

3.3. Princípio da legalidade estrita

É interessante notar que os discursos jurídicos acima comentados frequentemente vêm acompanhados de um outro, representado pela ideia da *legalidade estrita*. Suscitado a pretexto de aumentar a legitimidade da argumentação favorável à insindicalidade da *discricionariedade técnica* ou ao reconhecimento da flexibilidade inerente às relações de *sujeição especial*, o discurso da obediência à *legalidade estrita*, resumido na já mencionada máxima⁵³ repetida por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴, cumpre a função de garantir que a interpretação legal efetuada é a única logicamente possível, de acordo com o método validado pela dogmática jurídica⁵⁵. Nesse sentido, o discurso que envolve a *legalidade estrita* se identifica com a *racionalidade lógico-formal* descrita por Weber⁵⁶, na medida em que representa um processo de dedução lógica operado apenas internamente ao direito. Além de se caracterizar por ser uma metodologia exclusivamente inerente ao direito, tal racionalidade, se executada com rigor, prescinde de considerações acerca das suas potenciais consequências. Dessa maneira, assumindo uma posição de suposta indiferença quanto às consequências que possa acarretar, a legalidade estrita pode tanto ser invocada para apoiar como para derrubar um juízo administrativo fundado na *expertise*. Se manejado em auxílio às

52 BRASIL, 2017a.

53 Tal máxima diz: “*o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido*” (MELLO, 1995, p. 961).

54 MELLO, 1995, p. 961.

55 Sobre a dogmática jurídica, ver a nota de rodapé nº 7.

56 1978, p. 657.

doutrinas da *discrecionariade técnica* ou da *sujeição especial*, o argumento da legalidade estrita lhes confere um patamar de incontestabilidade. Caso empregada em confronto ao juízo dos *experts*, essa racionalidade lógico-formal ameaça retirar-lhes a pretensão de legitimidade jurídica.

Nesse primeiro sentido, o argumento da *legalidade estrita* foi utilizado para corroborar a *discrecionariade técnica* no Parecer nº 00165/2017/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional do Cinema – Ancine⁵⁷. Após destacar a necessidade de obedecer aos “*princípios do Estado Democrático de Direito, expressos na Constituição Republicana de 1988 e na Lei nº 9.784, de 1999*”, o referido Parecer explica que “*a regulamentação deve estar fundamentada na legislação vigente, sob pena de violação ao princípio da legalidade*”. Assim, as decisões administrativas tomadas pela Ancine, situadas no âmbito da *discrecionariade técnica*, não seriam produzidas “*ao arrepio da lei*”, já que “*ao contrário de suposta arbitrariedade, a discrecionariade é um juízo de conveniência e oportunidade exercido dentro dos limites da lei*”. Como exemplo do segundo caso, em que a *legalidade estrita* foi empregada para invalidar uma interpretação *técnica* efetuada pela administração pública, pode-se citar o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.134.417-MG, no âmbito do STJ⁵⁸. Nele, o Ministro relator considerou inválida a possibilidade de *aplicar multa pecuniária que não esteja prevista em lei, porquanto o princípio da legalidade estrita deve permear os atos da Administração Indireta*, anulando, portanto, ato administrativo decidido pela Agência Nacional do Petróleo dentro de sua *discrecionariade técnica*. Nesse último caso, a argumentação em torno da *legalidade estrita* não foi empregada para emudecer o direito, em sua tentativa de diálogo com a *expertise*. Ao contrário, o discurso utilizado sobrepôs o direito à técnica, dando vazão à já comentada racionalidade lógico-formal.

3.4. Ponderação de valores e métodos consequencialistas

Ainda, dentro da categoria das racionalidades jurídicas ambíguas, no sentido de que costumam ser manejadas indiferentemente para respaldar ou infirmar atuações administrativas lastreadas em juízos ditos técnicos, inserem-se os métodos principiológicos, com nuances consequencialistas. Embasados

57 BRASIL, 2017b.

58 BRASIL, 2009.

num formalismo jurídico centrado na ideia da *ponderação de valores*, tais métodos são tratados por Castro ⁵⁹ como *análise jurídica de políticas públicas*⁶⁰. Trata-se, segundo o autor, de uma crença na determinação de um ponto mediano racional entre interesses e valores conflitantes, com o objetivo de maximizar globalmente os benefícios sociais da política pública proposta pela administração. É, portanto, uma metodologia consequencialista, fartamente utilizada por constitucionalistas hoje em atividade, como o ministro Luís Roberto Barroso ⁶¹, do Supremo Tribunal Federal⁶². Ele é taxativo ao afirmar que o direito possui o dever de promover valores iluministas, assumindo a responsabilidade de *empurrar a história*, usando a *razão humanista* como alavanca contra o senso comum majoritário. Barroso ⁶³ defende, ainda, um ativismo judicial qualificado de legítimo, que seria aquele que aproveitaria ao máximo o texto das normas (constituição e outros normativos) de forma a construir *regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)*⁶⁴.

O método da ponderação de valores não é, em absoluto, exclusividade desse ministro do Supremo, ou mesmo do direito constitucional. No campo do direito administrativo, Gustavo Binbenbojm ⁶⁵ desenvolveu uma teoria adaptada ao estilo de Barroso, seu orientador, num esforço para

59 CASTRO, 2012, p. 206.

60 Nesse ponto, Castro (2012, p. 206) segue Duncan Kennedy (2006b).

61 2018.

62 Em estudo dedicado ao tema, Castro (2019) anotou que as teorias acerca da ponderação de valores propagaram-se em boa parte por influência de Ronald Dworkin, tendo a partir de então alimentado o crescimento do chamado *neoconstitucionalismo*.

63 BARROSO, 2017.

64 A literatura jurídica em que Barroso busca apoio revela a presença de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dois dos maiores expoentes dessa vertente contemporânea do direito natural. No texto acadêmico já referido, Barroso (2017) cita Dworkin e Alexy diversas vezes como fundamento teórico. Brian Bix comenta as teorias jurídicas desses dois autores em textos separados. No primeiro, ao tratar de Dworkin, Bix (2004, p. 83) afirma que esse filósofo é jusnaturalista no sentido de que sua teoria jurídica se recusa a separar estritamente direito e moral, de modo a concluir que ninguém poderá saber *o que o direito realmente é* sem que antes tenha de enfrentar temas relacionados à moral ou a valores. Em outro trabalho, em que aborda a teoria de Robert Alexy, Bix (2006, pp. 146-147) destaca que a *pretensão de correção*, que o filósofo alemão entende necessária para afirmar a validade de uma norma, é intrinsecamente vinculada a uma avaliação moral da mesma norma. Assim, na teoria de Alexy, uma norma jamais poderia ser ao mesmo tempo jurídica e imoral. Em suma, com fundamento em Bix (2004, p. 77), pode-se afirmar que esse moderno jusnaturalismo não enxerga o direito senão como um conceito teleológico, apenas se tornando compreensível se cotejado aos fins últimos que o fundamentam.

65 BINENBOJIM, 2008, p. 70.

constitucionalizar o direito administrativo e torná-lo um sistema de princípios que prescindiria da *mediação* de qualquer ator institucional⁶⁶. Nessa teoria, na verdade, a garantia da validade da interpretação seria justamente o método hermenêutico⁶⁷ que ele advoga. Convém observar, ainda, que muito antes desse administrativista carioca, princípios jurídicos, concebidos enquanto condensações de valores morais ou sociais perseguidos pelo direito⁶⁸, eram eventualmente utilizados como instrumentos moduladores da *discrecionalidade técnica* da administração, a partir dos desdobramentos acadêmicos da doutrina francesa em torno do *recurso por desvio de poder*⁶⁹, formulada ainda nos últimos anos do século XIX⁷⁰. Mas foi a partir da segunda metade do século XX que esses métodos de análise jurídica da *expertise* administrativa (*análise jurídica das políticas públicas*) ganharam tração no direito administrativo europeu⁷¹. Locuções como a *supremacia do interesse público*, e os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, eventualmente ingressaram no debate doutrinário brasileiro a respeito da sindicabilidade da

66 De acordo com as observações de Castro (2013, p. 42) sobre o direito administrativo contemporâneo, essa corrente corresponderia ao que chamou de direito administrativo constitucionalizante, a qual transportaria ao campo administrativista técnicas de ponderação de valores típicas do debate constitucionalista em torno da aferição da proporcionalidade.

67 A respeito da ponderação de princípios, e de maneira semelhante à crítica efetuada neste artigo, Fernando Leal (2019, p. 339) chamou atenção para o risco da hiper-racionalização, consistente na “crença ilusória da onipotência da ponderação para produzir resultados racionais”.

68 É deste modo que Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 96) se refere aos princípios, recorrendo à doutrina de García de Enterría: “os Princípios Gerais do Direito, não se constituem em um reclamo da Moral ou da Justiça, porém são uma ‘condensação dos grandes valores jurídicos materiais que constituem o substratum do Ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica’”.

69 Roger Bonnard (1923, p. 392), ao tratar do tema da *discrecionalidade* administrativa, destacou que o Conselho de Estado francês possuía legitimidade não apenas para analisar erros de direito, mas também erros de fato eventualmente cometidos pela autoridade administrativa no uso de sua *discrecionalidade*. Isso faria com que a determinação da utilidade pública, de que depende um ato administrativo, passasse ao domínio da análise jurídica, esvaziando o conceito de ato *discrecional* e aproximando-o da noção de ato *vinculado*.

70 A utilização de princípios jurídicos evocadores da finalidade da atuação estatal, como o princípio da *supremacia do interesse público*, é associada por Castro (2013, p. 20) à corrente que chamou de direito administrativo desenvolvimentista, surgida no Brasil após a década de 1930. Essa corrente possui influência em administrativistas contemporâneos, como Celso Antônio Bandeira de Mello, adepto do que chamou de velho desenvolvimentismo (CASTRO, 2013, p. 27). Ainda, ao lado do velho desenvolvimentismo, existiria uma categoria de administrativistas que Castro (2013, p. 40) descreve como *arranjadores* (*tinkerers*), os quais adaptariam antigos conceitos desenvolvimentistas, apresentando-os como “inevitáveis representações intelectuais de uma realidade emergente guiada por forças anônimas da competição econômica global”.

71 MATTEUCCI, 2013, p. 142.

expertise administrativa, sob o pressuposto de que a ciência do direito transcenderia todos os possíveis conhecimentos técnicos solicitados pela atuação administrativa, consoante entende Celso Antônio Bandeira de Mello⁷². Em verdade, esse consolidado administrativista defende que, diante de situações concretas, a escolha técnica da administração deve sempre corresponder a uma única solução juridicamente correta, condizente com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do interesse público⁷³.

Nesses termos, o método consistente na utilização de princípios jurídicos para modular as escolhas da *expertise* administrativa atribui a essa espécie de discurso jurídico um caráter imperativo, impassível de ser questionado pela *técnica*. É o que se vê na argumentação produzida pelo Parecer nº 00158/2018/PFINEP/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal junto ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, que usou a metodologia de “*ponderação de princípios e harmonização de normas jurídicas*” para negar ao Ministério da Educação (MEC) o acesso a dados identificados dos estudantes matriculados em cursos de ensino superior, visando apurar eventuais fraudes praticadas pelas instituições de ensino⁷⁴.

A metodologia da *ponderação de princípios* (ou de valores) é também uma forma consequencialista de raciocinar, tendo em vista que possui como objetivo maximizar globalmente os benefícios sociais da política pública proposta pela administração⁷⁵. No excerto anteriormente transcrito, Celso Antônio⁷⁶ não deixa dúvidas de que a validade do ato administrativo depende, necessariamente, do atendimento perfeito da *finalidade da lei*. Assim, o exame das possíveis consequências da proposta de política pública elaborada pela *expertise* administrativa é comparado pelos juristas com aquilo que interpretam ser (por meio do método da *ponderação*, por exemplo) a finalidade legal. Vale registrar que uma alteração na Lei de Introdução às

72 MELLO, 2015, p. 449.

73 Nas palavras do próprio Mello (2012, p. 33): “Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.

74 BRASIL, 2018b.

75 CASTRO, 2012, p. 206.

76 2012, p. 33.

Normas do Direito Brasileiro⁷⁷, introduzida no ano 2018⁷⁸, trouxe consigo a obrigação, em seu art. 20, de que, na administração pública, “*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”. Embora o consequencialismo já fosse bastante difundido no direito brasileiro, essa inovação legal não passou despercebida pelas manifestações da advocacia pública, como se observa do Parecer n. 00033/2019/PFANP/PGF/AGU, produzido pela Procuradoria Federal junto à ANP. Nesse Parecer, foi utilizado argumento de que a administração pública estaria então vinculada “a essa nova perspectiva de tomada de decisões”, por meio da qual “*a consequência prática das normas deve passar a ser considerada, em respeito ao princípio constitucional da eficiência*”⁷⁹.

Esse modo de pensar o direito, elegendo fins em nome de princípios e adaptando os correspondentes meios para os alcançar, abarca igualmente um outro método interpretativo, que pode ser considerado uma subvariedade da *ponderação de princípios*⁸⁰. Trata-se da *análise econômica do direito*, também conhecida por *Law and Economics*, que incorpora, à análise jurídica, ideias adaptadas da teoria microeconômica⁸¹. Construída a partir das ideias de Ronald Coase⁸², a análise econômica do direito enfatiza a *eficiência* como valor preponderante a ser perseguido pelo direito, o qual possuiria o papel de moldar soluções que atingissem essa finalidade⁸³. Também essa metodologia povoa manifestações jurídicas pertinentes ao encontro entre o direito e a *expertise*, como se extrai do Parecer n° 00036/2018/DCAEST/PFE-ICMBIO/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBio, ao considerar válida a possibilidade de pagamento de multa mediante permuta com imóvel localizado em unidade de conservação, sob a argumentação de que o direito deve privilegiar soluções consideradas economicamente eficientes⁸⁴.

77 BRASIL, 1942.

78 Trata-se da Lei n° 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018).

79 BRASIL, 2019.

80 CASTRO, 2012, p. 207.

81 Em suas observações sobre o direito administrativo contemporâneo, Castro (2013, p. 41) também percebe a presença do discurso associado à análise econômica do direito.

82 1960, pp. 43-44.

83 Ainda a respeito da análise econômica do direito, Castro (2018) salienta que está entre suas principais características o “cálculo de custo-benefício”, cujas raízes remontam ao utilitarismo de Bentham.

84 BRASIL, 2018d.

Esse estilo de pensar o direito, o método da *ponderação de valores* e suas variedades, embute uma *racionalidade substantiva*, uma vez que busca fora do âmbito propriamente jurídico a direção que norteia o cálculo entre meios e fins. Entretanto, diferentemente da racionalidade substantiva que estrutura o discurso jurídico em torno da *discrecionabilidade técnica*, que atribui acriticamente à *expertise* alheia ao direito valor insuperável, o caráter substantivo da racionalidade ora examinada resulta, segundo Duncan Kennedy ⁸⁵, da identificação de metas sociais ou governamentais que permitem ao jurista manipular sua interpretação jurídica de modo a maximizar as chances de cumprimento de tais objetivos, mediante um teste de ponderação voltado ao caso concreto. Dessa maneira, a racionalidade aqui examinada teria um caráter instrumental (*relacionado a fins*), na medida em que seleciona alternativas jurídicas em função de uma agenda previamente estipulada como meta, a qual é usualmente tratada como a encarnação de um princípio normativo, legal ou constitucional.

Ainda sobre a argumentação jurídica baseada na *ponderação de valores*, convém notar que ela pode atuar tanto para validar como para anular uma política pública derivada da *expertise*. Ao contrário do caso tratado no Parecer nº 00036/2018/DCAEST/PFE-ICMBIO/PGF/AGU, acima comentado, a razão consequencialista da *análise econômica do direito* foi empregada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no acórdão preferido na Apelação Cível nº 2002.51.01.021097-6⁸⁶, para declarar ilegal a exigibilidade de adicional de tarifa aeroportuária, imposta pelo Departamento de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica, em nome da eficiência econômica.

3.5. Teoria das capacidades institucionais

Persistindo no campo dos discursos jurídicos que calam o direito em face da *expertise*, encontra-se a *teoria das capacidades institucionais*, formulada pelos juristas norte-americanos Cass Sunstein e Adrian Vermeule ⁸⁷ no início deste milênio. De acordo com esses autores, a interpretação que as autoridades competentes usualmente exercem sobre um texto jurídico, principalmente aqueles construídos sobre conhecimentos da *expertise*, deve respeitar o que

⁸⁵ 2004, p. 1041.

⁸⁶ BRASIL, 2002.

⁸⁷ 2003, p. 886.

chamou de *capacidades institucionais* do órgão interpretador, em relação aos demais órgãos corresponsáveis pela interpretação jurídica do caso concreto. Dentro dessa ideia de *capacidades* estão desde os conhecimentos técnicos dos intérpretes até o papel desempenhado pelos outros órgãos correlacionados, evidenciando o *equilíbrio dinâmico* entre as instituições, o qual os intérpretes teriam a missão de preservar, ao privilegiar métodos de interpretação *formalistas*⁸⁸. Assim, de acordo com os mencionados autores, uma decisão *técnica* emanada da administração pública não deveria ser reformada por meio de interpretações jurídicas *antiformalistas*, a exemplo dos discursos jurídicos focados na *ponderação de valores*, a menos que as consequências derivadas da análise entre as alternativas interpretativas concorrentes indicassem risco de abalo ao *equilíbrio dinâmico*⁸⁹.

Não se pode deixar de notar, portanto, que existe uma dose de consequencialismo por trás da deferência que a *teoria das capacidades institucionais* aconselha ao direito, em sua relação com a *expertise* da administração. É esperado, justamente em função desse consequencialismo, que autores adeptos da *ponderação de valores* façam uso das implicações da teoria ora resenhada quando lhes convém, como é o caso de Gustavo Binenbojm⁹⁰. Nesse sentido, tal autor foi citado no Parecer nº 01167/2015/RMD/CGJ/CJ/CONJUR-MP/CGU/AGU, elaborado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁹¹. No referido Parecer, com base na *teoria das capacidades institucionais*, o formalismo interpretativo, o qual inclui a *discrecionabilidade técnica* como meio de proteger a *expertise* da administração pública, foi aplicado por ter sido identificado como a solução que melhor preservava o suposto *equilíbrio dinâmico* entre os poderes executivo e judiciário⁹².

É possível perceber, assim, que a racionalidade que move a *teoria das capacidades institucionais* é, num primeiro momento, do tipo *lógico-formal*, quando privilegia construções de conceitos abstratos que amparam a *expertise*

88 Os métodos de interpretação chamados de formalistas correspondem àqueles chamados por Weber de lógico-formais, tal qual ilustrado na nota de rodapé nº 7.

89 SUNSTEIN & VERMEULE, 2003, pp. 921-922.

90 2008, p. 241.

91 BRASIL, 2015e.

92 Vale analisar também a ACO nº 2.865/RJ (BRASIL, 2016), do STF, na qual a teoria das capacidades institucionais foi suscitada para obstar ato do Conselho Nacional de Política Energética, como forma de preservar as competências da agência reguladora frente a ingerências do poder executivo centralizado.

administrativa (*discrecionalidade técnica*, por exemplo). Entretanto, esse formalismo somente é permitido estrategicamente, opondo-se à tradicional percepção weberiana sobre esse tipo de racionalidade. Nesse sentido, tal formalismo é aceito apenas se combinado a uma *racionalidade substantiva relacionada a fins*, na medida em que o objetivo último de qualquer espécie de interpretação (segundo essa teoria) seria a manutenção do *equilíbrio dinâmico* entre as diversas autoridades competentes para realizar análises jurídicas. O conteúdo desse *equilíbrio*, contudo, somente poderia ser decifrado pelo próprio jurista, segundo um método aproximado da *ponderação de valores*. Sopesar as diferentes opções interpretativas em função de um ideal de estabilidade sistêmica entre instituições seria trabalho exclusivo do jurista, árbitro e fiador do equilíbrio dinâmico que garante a funcionalidade do sistema jurídico em que se insere.

4. Conclusão

A partir da análise acima apresentada, mostra-se possível concluir que, de todos os estilos de racionalidade usualmente empregados pelo direito administrativo contemporâneo, não se pode apontar qualquer deles como realmente apto a estabelecer um diálogo entre os domínios do direito e da *expertise*. Neste ponto, vale recordar a distinção feita ao início deste artigo, entre os juristas que, no trato com a técnica, silenciam o direito, e aqueles outros que extrapolam os juízos da disciplina jurídica para subjugar a *expertise*. Entre os primeiros, adeptos do pensamento *lógico-formal* (legalidade estrita), combinado com uma *racionalidade substantiva relacionada a valores* (materializada em termos como *discrecionalidade técnica* e *relações de sujeição especial*), estão os administrativistas que tratam a *expertise* como dogmas merecedores de fé, ou, ao menos, de reverente distanciamento⁹³. Já os últimos, praticantes de variações de uma *racionalidade substantiva orientada a fins* (representada por expressões como *ponderação de princípios*, *análise econômica do direito* e *teoria das capacidades institucionais*), estão os juristas que articulam os argumentos de direito de modo a invalidar ou legitimar políticas públicas em função de valores e objetivos que eles mesmos enxergam como verdadeiros, mediante concepções de sistemas

93 Como visto anteriormente, o distanciamento em relação à *expertise* permite à racionalidade lógico-formal, embutida no discurso da legalidade estrita, invalidar políticas públicas escoradas na técnica.

político-sociais e hierarquias valorativas cuja predileção varia de teoria para teoria⁹⁴.

Nesse contexto, o formalismo conceitualista das doutrinas administrativistas predominantes (racionalidade lógico-formal) propicia combinações casuístas (estratégicas) entre os estilos de racionalidade substantiva examinados acima: racionalidades substantivas relacionadas a valores, e aquelas outras relacionadas a fins. Apesar da centralidade do conhecimento técnico-científico na formatação das políticas públicas submetidas à análise jurídica, a discussão proposta neste artigo revela que as teorias administrativistas em voga não possuem qualquer preocupação, discursivamente articulada, que objetive estabelecer conexões entre direito e *expertise*. A doutrina da discricionariedade técnica, por exemplo, não prescreve ao jurista que examine ou questione as minúcias da proposta técnica. De outro lado, teorias fundadas na ponderação de princípios falham em se relacionar com a *expertise* extrajurídica, porque trocam as possíveis vias de diálogo com os técnicos-burocratas pelo conforto proporcionado pelo domínio exclusivo da metodologia jurídica de que é porta-voz, e que, no final das contas, rivaliza com a *expertise* extrajurídica, ao desvalorizar seus métodos e conclusões. Não se pode deixar de sentir, dessa maneira, notas de autoritarismo na aplicação de racionalidades asseguradas apenas por abstrações jurídicas.

Portanto, é possível reparar, para além da inexistência de um real diálogo entre direito e *expertise*, a pouca ou nenhuma preocupação da doutrina administrativista predominante com a construção democrática das políticas públicas embasadas tecnicamente. Assim como se constata um vácuo de interdisciplinaridade entre direito e disciplinas extrajurídicas⁹⁵, que permitisse troca de juízos e informações em prol do aprimoramento de políticas públicas, identifica-se um desinteresse pela problematização em torno do elemento democrático que deve existir em tais programas políticos. Se, diante da carência de interdisciplinaridade e de aprofundamento democrático, as racionalidades atualmente praticadas no direito administrativo mostram-se insuficientes, é

94 Como exemplo dessa variedade de preferências valorativas e programáticas, pode-se citar a análise econômica do direito, com sua filiação às teorias econômicas neoclássicas, e os diversificados métodos de ponderação de valores, os quais possuem diferentes arranjos em função de cada autor, como nos casos de Dworkin e Alexy.

95 Vale remarcar que, nas últimas duas décadas, houve importantes e mobilizadores esforços voltados à promoção da interdisciplinaridade no direito administrativo, com foco na análise jurídica de políticas públicas. Entre os autores que persistentemente remaram contra as correntes doutrinárias predominantes, destacam-se Bucci (2021), Castro (2018) e Coutinho (2017).

conveniente realizar um movimento de antecipação, que possibilite avaliar as implicações de tais conclusões em um cenário futuro, resultante da acelerada expansão da *expertise* no âmbito da administração pública.

A via que permite escapar a esse dilema entre fetiches exige do administrativista irresignado, todavia, uma contrapartida. Requer não apenas uma resistência contra as pressões das variadas teorias que almejam, de uma maneira ou de outra, dissimular a complexidade do mundo real com explicações etéreas para problemas concretos. Reclama, em verdade, uma atitude distinta em face do problema, até então pouco visitado, da criação de conexões entre o direito e a *expertise*. Uma postura voltada para a construção de canais de comunicação entre juristas e técnicos necessita de um esforço reflexivo sobre uma nova racionalidade para o direito administrativo, em seu desempenho analítico a respeito de políticas públicas⁹⁶. Este artigo almeja contribuir em prol desse esforço de reimaginação da racionalidade administrativista, apontando desde já para o que considera ser os dois principais focos dessa empreitada: (i) a problematização da *expertise* contida nas políticas públicas; e (ii) a imposição de requisitos que confirmem um caráter democrático a tal problematização.

Referências

- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970.
- BARROSO, Luís Roberto. “Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies” *Revista Direito & Práxis*, 2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.
- BARROSO, Luís Roberto. “Resposta a Artigo de Conrado Hübner Mendes.” *Folha de São Paulo*, February 23, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria Do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BIX, Brian H. “Natural Law: The Modern Tradition.” In *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, edited by and Scott J. Shapiro

⁹⁶ Um ensaio sobre essa reimaginação da racionalidade administrativista existe em Cravo (2020).

- Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma. Oxford, 2004. <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0002>.
- BIX, Brian H. “Robert Alexy, Radbruch’s Formula, and the Nature of Legal Theory.” *Rechtstheorie*. Vol. 37, 2006.
- BONNARD, Roger. “Le Pouvoir Discretionnaire Des Autorités Administratives et Le Recours Pour Excès de Pouvoir.” *Revue Du Droit Public et de La Science Politique En France et à l’étranger*, 1923, 363–92.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Consultoria Jurídica Junto Ao Ministério Da Educação. PARECER Nº 716/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU,” 2015f.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Consultoria Jurídica Junto Ao Ministério Do Planejamento Orçamento e Gestão. PARECER n. 01167/2015/RMD/CGJ/CJ/CONJUR-MP/CGU/AGU,” 2015e.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Especializada Junto Ao Instituto Chico Mendes de Conservação Da Biodiversidade (ICMBio). PARECER n. 00036/2018/DCAEST/PFE-ICMBIO/PGF/AGU,” 2018d.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Especializada Junto Ao Instituto Chico Mendes de Conservação Da Biodiversidade (ICMBio). PARECER Nº 110/2015/PFE-ICMBio-CR9/PGF/AGU,” 2015a.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários. PARECER n. 00025/2015/NPD/PFANTAQ/PGF/AGU,” 2015d.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária. PARECER Nº 69/2015/PF-ANVISA/PGF/AGU,” 2015c.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional Do Cinema. PARECER n. 00165/2017/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU,” 2017b.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional Do Petróleo. PARECER n. 00033/2019/PFANP/PGF/AGU,” 2019.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional Do Petróleo. Parecer Nº 491/2015/PF-ANP/PGF/AGU,” 2015b.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional Energia Elétrica. PARECER n. 00279/2017/PFANEEL/PGF/AGU,” 2017a.
- BRASIL. “Advocacia-Geral Da União. Procuradoria Federal Junto Ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. PARECER n. 00158/2018/PFINEP/PGF/AGU,” 2018b.

- BRASIL. “Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução Às Normas Do Direito Brasileiro.” 1942.
- BRASIL. “Lei Nº 13.655, de 25 de Abril de 2018,” 2018.
- BRASIL. “Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental No Recurso Especial Nº 1.134.417-MG. Relator: Min. Benedito Gonçalves,” 2009.
- BRASIL. “Supremo Tribunal Federal. TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.865/RJ. Inteiro Teor.” 2016.
- BRASIL. “Tribunal de Contas Da União. Acórdão Plenário Nº TC 033.263/2008-1. Relator: Min. Benjamin Zymler,” 2018a.
- BRASIL. “Tribunal Regional Federal Da 2ª Região. Apelação Cível Nº 2002.51.01.021097-6. Inteiro Teor Do Acórdão.” 2002.
- CAMMEO, Federico. *Commentario Delle Leggi Sulla Giustizia Amministrativa*, Vol. I. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, 1911.
- CASTRO, Marcus Faro de. “DEMOCRACIA, ECONOMIA POLÍTICA E A ATUAL CRISE DO DIREITO NO BRASIL.” Brasília, 2019.
- CASTRO, Marcus Faro de. “Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil.” *Law and Development Review* 6, no. 1 (2013): 61–115. <https://doi.org/10.1515/ldr-2013-0003>.
- CASTRO, Marcus Faro de. *Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações Entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*. São Paulo: Editoria Saraiva, 2012. <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2012;000948375>.
- CASTRO, Marcus Faro de. “Introdução: Perspectivas Sobre as Relações Entre Direito e Processos Econômicos.” In *Análise Jurídica Da Política Econômica: A Efetividade Dos Direitos Na Economia Global*, edited by Marcus Faro de CASTRO and Hugo Luís Pena Ferreira. Curitiba: CRV, 2018. <https://doi.org/10.24824/978854442488.9>.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 2ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2021.
- CIRNE, Mariana Barbosa. “DESVELANDO UM PODER EXECUTIVO DESENVOLVIMENTISTA E AVESSO À CONSTITUIÇÃO VERDE Um Estudo Dos Argumentos Jurídicos e Políticos Nos Vetos Presidenciais Em Projetos de Lei Ambientais de 1988 a 2016.” Universidade de Brasília, 2019.
- COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics* 3 (1960): 1–44. <https://doi.org/10.1086/466560>.

- COUTINHO, D. R. Direito e institucionalismo econômico: apontamentos sobre uma fértil agenda de pesquisa. *Revista de Economia Política*, v. 37, n. 148, p. 565–586, 2017.
- CRAVO, Victor. “ENTRE MÁQUINAS ADMINISTRATIVAS E GOVERNOS INTELIGENTES : Uma Crítica Da Racionalidade No Direito Administrativo e Uma Proposta Para Os Desafios Do Século XXI.” Universidade de Brasília - UnB, 2020. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/39235>.
- CRAVO, Victor. *Poder Regulamentar e Legitimidade Democrática*. Curitiba: Prismas, 2014.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Il Potere Discrezionale Della Pubblica Amministrazione: Concetto e Problemi*. Milano: Giuffrè, 1939.
- KENNEDY, Duncan. “The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber’s Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought.” *HASTINGS LAW JOURNAL* 55 (2004): 1031–76.
- KENNEDY, Duncan. “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000.” In *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, edited by David M. Trubek and Alvaro Santos, 19–73. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511754425.002>.
- LEAL, F. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 313–348, 2019.
- MATTEUCCI, Federico. “IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI TECNICO-DISCREZIONALI.” UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE,” 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Judicial*. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Perfil Do Poder Regulamentar No Direito Brasileiro.” *Revista de Direito Administrativo Aplicado* 7 (1995): 961–70.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “Há Uma Discrecionalidade Técnica?” *Revista Do Programa de Pós-Graduação Em Direito Da Universidade Federal Da Bahia* 25, no. 28 (2016): 107–48. <http://dx.doi.org/10.9771/rppgd.v26i28.18273>.
- PAGE, Edward C. “The Origins of Policy.” In *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2008. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199548453.003.0010>.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 31ª. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discrecionalidade Administrativa Na Constituição de 1988*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- PRESUTTI, Enrico. *IL LIMITI DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ*. Milano: Società Editrice Libreria, 1911. <https://doi.org/10.1192/bjp.112.483.211-a>.
- SUNSTEIN, Cass R, & VERMEULE, Adrian. “INTERPRETATION AND INSTITUTIONS.” *Michigan Law Review* 101, no. 4 (2003): 885–951. <https://doi.org/10.2307/1290510>.
- WEBER, Max. *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*. Edited by Claus Roth, Guenther; Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978.

Recebido em 14 de março de 2021.

Aprovado em 19 de maio de 2021.

RESUMO: Este artigo pretende analisar criticamente os estilos de racionalidade identificados nas duas atitudes comuns dos juristas quanto ao modo de lidar com a relação entre o direito e a *expertise* (técnica) extrajurídica, no contexto da análise jurídica de políticas públicas: (i) ou o jurista subordina o direito à *expertise* extrajurídica; (ii) ou o jurista subjuga a *expertise* ao direito. Nenhuma dessas duas atitudes, entretanto, mostra-se capaz de produzir conexões que possam resultar em aprimoramentos das políticas públicas ou aprofundamento democrático de suas elaborações. Diante da necessidade de estimular a criação de conexões entre o direito e a *expertise*, este artigo contribuir em prol desse esforço de reimaginação da racionalidade administrativista, apontando desde já para o que considera ser os dois principais focos dessa empreitada: (i) a problematização da *expertise* contida nas políticas públicas; e (ii) a imposição de requisitos que confirmem um caráter democrático a tal problematização.

Palavras-chave: Direito administrativo; Racionalidade; Políticas Públicas; *Expertise*; Democracia.

ABSTRACT: This paper intends to critically analyze the two typical attitudes that have characterized how jurists connect the law with nonlegal technical or expert knowledge constitutive of public policies: (i) either the jurist subordinates the law to nonlegal *expertise*; or (ii) the jurist subjugate nonlegal *expertise* to the law. Yet both attitudes are unserviceable if one considers the need of current legal analysis to build intellectual connections that may be useful in policy reform efforts or in enhancing the democratic character of such reforms. Having recognized the need to build connections between the law and nonlegal expert knowledge, this paper intends to take part in these efforts to reimagine a new style of rationality for administrative law, signaling as a starting point the importance of two main vectors: (i) the problematizing analysis of expert knowledge built into policies; and (ii) rendering democratic such problematizing analytical move.

Keywords: Administrative law; Rationality; Public Policies; *Expertise*; Democracy.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. Direito e *expertise* das políticas públicas: uma crítica à racionalidade administrativista brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 68, jan/jun, 2026. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1758>.