

O FIM DA DISCRICIONARIEDADE? UMA REVISÃO CRÍTICA DO GIRO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

THE END OF DISCRETION? A CRITICAL REVIEW OF THE DEMOCRATIC-CONSTITUTIONAL TURN OF ADMINISTRATIVE LAW

DOI: XXXXXXX

Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli

Doutorando em Direito da Regulação

pela Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil.

Mestrado em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação

Getúlio Vargas - FGV Direito Rio.

EMAIL: luiz.cantarelli17@gmail.com

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4948077490658416>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-8565-890X>

RESUMO: O objetivo do presente artigo é promover a discussão crítica de alguns dos aspectos teóricos sensíveis do que se pode chamar de “giro democrático-constitucional do direito administrativo”, conforme proposto por Gustavo Binbenjy. Mais especificamente, pretende-se discutir aqui a pretensão da limitação da discricionariedade administrativa por meio do uso de princípios jurídicos. O quanto estes princípios, de fato, são capazes de reduzir das margens de discricionariedade dadas à administração? A fim de responder a esta pergunta, consideram-se aqui objeções quanto à irracionalidade e à hiper-razionalidade da ponderação de princípios. Ao final, conclui-se que, se os princípios podem de fato ser um instrumento idôneo para a limitação da discricionariedade da administração, é necessária alguma parcimônia na sua aplicação, a fim de que eles não produzam exatamente os resultados que a sua introdução do discurso jurídico pretende evitar.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade; Princípios; Ponderação; Racionalidade; Teoria do Direito.

ABSTRACT: The objective of this article is to promote a critical discussion on some of the sensible theoretical aspects of what may be called “democratic-constitutional turn”, as proposed by Gustavo Binbenjy. More specifically, the aim is to discuss the claim of limitation of administrative discretion using legal principles. How much, in fact, those principles can limit the margins of discretion given to the administration? To answer this question, objections as to the irrationality and as to the hyper-rationality are considered. In the end, the conclusion is that the legal principles are in fact capable of limiting the range of discretion from the administration, though it is necessary some parsimony in their utilization, so that they don’t produce the same results their introduction in legal discourse wants to avoid.

KEY-WORDS: Discretion; Principles; Balancing; Rationality; Legal Theory.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O que é discricionariedade?; 3. Discricionariedade e princípios jurídicos na teoria do direito administrativo; 4. Como os princípios jurídicos reduzem a discricionariedade?; 4.1. Que princípios?; 4.2. Ponderação de princípios e discricionariedade na teoria de Robert Alexy; 5. Da hiper-racionalidade à discricionariedade: paradoxos da constitucionalização do direito administrativo; 5.1. Das regras ao particularismo: o efeito colateral perverso da universalização da ponderação; 5.2. Do otimismo em relação às capacidades dos tomadores de decisão; 6. Conclusão; 7. Referências.

1 Introdução

O direito administrativo brasileiro tem passado por severas transformações nos últimos anos – ou, pelo menos, é isso que tem sido indicado pela literatura. Sejam estas transformações sentidas na prática do direito ou meramente na teoria é algo que demandaria um estudo próprio. Não obstante, o fato é que certos paradigmas tradicionais do direito administrativo já não são tão incontestáveis quanto um dia já foram. De um direito de caráter marcadamente autoritário, calcado na supremacia de um interesse público abstrato e monolítico, passa-se a conceber um novo direito administrativo de caráter mais consensual, focado no equilíbrio de interesses sociais complexos¹.

Diversos fatores parecem ter contribuído para esta mudança de paradigma. Importa destacar, dentre eles, a crescente influência da constituição e de seus princípios jurídicos sobre os demais ramos do direito². Esta influência passou a se dar de forma tão forte no direito brasileiro que se chega até mesmo a falar em um “giro democrático-constitucional” no direito administrativo contemporâneo³.

Em relevantes obras no campo do direito público, Gustavo Binbenbojm teoriza a mudança do direito administrativo moderno com base na desconstrução de quatro paradigmas tradicionais que caracterizariam a matéria: (i) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (ii) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; (iii) a teoria da discricionariedade administrativa, juntamente com a ideia

¹ Dentre as obras que identificam este novo paradigma, podem ser citadas: MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo, Malheiros, 2002; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Especificamente sobre o tema do interesse público, ver: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

² Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 233.

³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.37-38.

de insindicabilidade do mérito administrativo; e (iv) a ideia de um poder executivo unitário⁴. A estes quatro paradigmas se substituiriam outros quatro: (i) a Constituição, não mais a lei, torna-se o cerne da vinculação administrativa à juridicidade; (ii) a definição de interesse público e de sua supremacia passa a depender de juízos de ponderação entre direitos fundamentais e valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador, passando a se constituir um resíduo de legitimidade a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela lei e pela constituição; (iv) o Poder Executivo unitário cede espaço ao surgimento de autoridades administrativas independentes, que não se situam na linha hierárquica direta do Presidente da República e de seus Ministros⁵.

O objetivo do presente artigo é promover uma análise crítica de uma das mudanças de paradigma do direito administrativo propostas por Binenbojm. Em especial, refere-se aqui à mudança de paradigma em relação à discricionariedade. Conforme Binenbojm, as mudanças teóricas no direito administrativo conduzem à desconstituição da clássica distinção entre ato vinculado e ato discricionário. A discricionariedade, antes concebida como um espaço carecedor de legitimação, passa a se submeter à juridicidade, cabendo-se falar agora em “graus de vinculação à juridicidade”⁶. Como será visto, boa parte do argumento que sustenta esta tese possui por base uma teoria dos princípios jurídicos. A ideia é bastante direta: quando não existirem regras legais ou constitucionais aplicáveis, ainda assim o ato administrativo estará vinculado aos princípios jurídico pertencentes ao ordenamento jurídico, notadamente os princípios constitucionais. Conduz-se, assim, a uma juridificação das esferas anteriormente pertencentes à discricionariedade.

Mas seria essa teoria sólida? Poderiam os princípios jurídicos cumprir à função que Binenbojm lhes atribui de reduzir (ou mesmo eliminar) os espaços de apreciação

⁴ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado**, n.13, p.6-7, 2018. Uma mesma exposição da matéria se encontra em BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24-25.

⁵ Idem.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

disponíveis ao administrador no qual o direito não prevê uma única solução possível? É esta a pergunta de pesquisa que se pretende responder por meio desta investigação.

Para tanto, pretende-se discutir a teoria do direito administrativo de Binensbojm à luz da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy. Conforme se discorrerá ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, a questão se associa intimamente ao problema da racionalidade na aplicação de princípios jurídicos, a qual se operacionaliza por meio da ponderação. Em um certo sentido, parece intuitiva a ideia de que, com a introdução dos princípios e a multiplicação de parâmetros para a tomada de decisão, tenha-se como consequência a redução de espaços de não vinculação e, por conseguinte, de discricionariedade. Se, contudo, se concebe que a ponderação não se traduz em um processo argumentativo capaz de oferecer respostas racionais a problemas jurídicos concretos, torna-se difícil defender que os princípios por meio dela aplicados sejam capazes de oferecer qualquer limitação à administração.

Contrariamente à objeção da irracionalidade, o presente artigo argumenta que a ponderação pode sim ser concebida como um processo racional de argumentação e, assim, oferecer limites à discricionariedade da administração, restringindo o campo do que se pode considerar como possível dentro do discurso jurídico. O problema, contudo, parece residir no excesso de otimismo em relação aos potenciais racionais da teoria dos princípios. Se, como é possível argumentar, a fé na ponderação de princípios conduz (i) à difusão de um particularismo endêmico nos sistemas jurídicos, decorrente da desvalorização das regras em prol dos princípios e/ou (ii) à utilização de processos decisórios demasiadamente exigentes em relação a tomadores de decisão reais, é difícil dizer que a ponderação de princípios possa limitar qualquer discricionariedade – sendo capaz, no máximo, de ocultá-la por meio de roteiros de argumentação pretensamente racionais.

2 O que é discricionariedade?

A fim de iniciar a investigação que se pretende implementar, questionamento que se faz relevante aqui é: o que afinal é a discricionariedade? A questão é objeto de debate não apenas no direito administrativo como também no campo da teoria do direito. É famosa, por exemplo, a distinção de Dworkin entre três sentidos de discricionariedade: (i) um primeiro sentido fraco, em que representa uma demanda

pelo exercício de uma faculdade de julgamento; (ii) um segundo sentido fraco, no qual representa uma autoridade final para a tomada de uma decisão; e (iii) um sentido forte, no qual a discricionariedade representa a ausência de vinculação por um parâmetro autoritativo previamente estabelecido⁷.

De forma geral, é o terceiro sentido o mais interessante e aquele que representa o maior objeto de disputa entre positivistas e certas correntes de autores não-positivistas. Conforme Hart, o elemento distintivo da discricionariedade é a remanescência de uma escolha a ser feita pela pessoa a quem a discricionariedade é atribuída, a qual não é determinada por parâmetros formulados de antemão⁸. Raz, por sua vez, associa a discricionariedade aos casos em que o direito não provê uma única resposta correta, seja por opção, seja por ser vítima de problemas de vagueza, incompletude e/ou textura aberta⁹. Um dado importante a ser destacado é que, em nenhum caso, o conceito de discricionariedade é associado à arbitrariedade. Presume-se, sempre, que aquele que exerce uma escolha discricionária deve fazê-lo tendo em vista o seu melhor julgamento acerca de decisão que deve ser tomada no caso concreto¹⁰.

Conscientemente ou não, definições muito similares àquelas são utilizadas no campo do direito administrativo. Di Pietro, por exemplo, refere-se a um “poder discricionário” da administração que ocorre quando a lei deixa ao administrador uma margem de liberdade decisória para optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas igualmente válidas perante o direito¹¹. Já Hely Lopes Meirelles se refere ao ato discricionário como aquele que a administração pode praticar “com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização”¹².

Celso Antônio Bandeira de Mello critica o uso do termo “ato discricionário”. Para o autor, a discricionariedade administrativa está relacionada a um juízo subjetivo do administrador quanto: (i) à determinação ou reconhecimento de uma situação fática,

⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 31-32.

⁸ HART, H.L.A. Discretion. **Harvard Law Review**, v. 127, p. 661, 2013.

⁹ RAZ, Joseph. **The authority of law**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p.113.

¹⁰ HART, H.L.A. Discretion. **Harvard Law Review**, v. 127, p. 661, 2013.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p.222.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 150.

(i) ao que concerne ao ato de agir ou não agir, (iii) à escolha do momento de agir, (iv) à forma jurídica através da qual se veiculará o ato; (v) à eleição da medida considerada idônea para a consecução da finalidade legal. A discricionariedade seria, pois, uma competência, não o atributo de um determinado ato¹³. Formulando a sua própria definição, discricionariedade seria:

(...) a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a solução vertente.

A definição de Bandeira de Mello, embora possa ser criticada por sua complexidade, possui a virtude de resumir uma série de pontos já anteriormente destacados quando da menção dos demais autores comentados nesta seção: a escolha entre mais de uma alternativa, a ausência de uma única solução correta prevista pelo direito, a competência da administração e a faculdade de julgamento que deve ser exercida pelo administrador.

De forma mais simples e sumarizando as considerações anteriormente apresentadas, pode-se adotar como definição aquela proposta por Moreira Neto, para quem a discricionariedade administrativa é uma competência cometida à administração para a integração da vontade (ou, mais precisamente, do conteúdo) da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente¹⁴.

Devidamente definida a discricionariedade, pode-se partir para a análise da teoria de Binbenojm sobre o tema da discricionariedade. Afinal, qual o problema que se pretende solucionar por meio da progressiva invasão do espaço da discricionariedade pelo direito?

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ªed, São Paulo: Malheiros, 2017. p.17-18.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites do controle da discricionariedade**. 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.33.

3 Discricionariedade e princípios jurídicos na teoria do direito administrativo

De acordo com Binенbojm, as origens da ideia de discricionariedade remontariam aos Estados Absolutistas da Europa, em que o governo se fundia integralmente com a administração pública. O termo estaria, contrariamente ao afirmado por Hart na seção anterior, ligado à ideia de arbitrariedade e de não submissão ao direito. Embora no período pós-revolução francesa se tenha tentado estabelecer parâmetros para o controle da discricionariedade, o fato é que as necessidades dos Estados contemporâneos, dada a “imprevisibilidade do mundo e a rapidez com que as coisas ocorrem”, terminaram propiciando uma expansão exponencial do escopo da discricionariedade. Assim, sedimentou-se a visão de um poder discricionário ao mesmo tempo necessário, justificado e inevitável¹⁵.

Este, contudo, não seria o fim da história. Isso porque, ao longo do tempo, foram sendo formulados uma série de parâmetros jurídicos para a contenção do escopo da discricionariedade administrativa. Originalmente, concebia-se o balizamento da discricionariedade apenas pela lei, com a preservação de um espaço reservado ao controle jurisdicional – o conhecido “mérito administrativo”. Em seguida, surge a teoria dos elementos do ato administrativo, onde são separados elementos discricionários (motivo e objeto) e elementos vinculados (competência, forma e finalidade), estes últimos sujeitos ao controle por parte do judiciário. Passam a surgir também, teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei, como as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. A discricionariedade é ainda atacada pela teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, que passa a admitir o controle jurisdicional pleno com base em expressões legais vagas. Por fim, os princípios jurídicos passam a oferecer balizas para o controle dos atos discricionários¹⁶.

Não se pretende aqui discorrer de forma pormenorizada sobre todas estas alterações na doutrina jurídica da discricionariedade. Basta reconhecer, a partir do

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-197.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 197-224. Aspecto interessante da narrativa apresentada por Binенbojm é que o mesmo diagnóstico é reiterado por outros autores tanto brasileiros como estrangeiros, no que diz respeito ao desenvolvimento do direito administrativo em suas respectivas jurisdições. Para um exemplo brasileiro, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. No âmbito do direito espanhol, ver: ENTERRRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, ley e inmunidades del poder**. 2.ed. Cizur Menor: Civitas, 2011.

breve resumo feito no parágrafo anterior, que o que se construiu na doutrina foi o progressivo aumento de elementos de vinculação do ato administrativo. Este processo encontra seu apogeu na ideia de vinculação da administração à juridicidade. Nesse sentido, não mais a lei é o único elemento condicionador da atuação da administração, incidindo sobre ela, de forma direta as regras e os princípios jurídicos previstos na constituição¹⁷. A passagem abaixo é bastante ilustrativa do pensamento do autor:

É interessante registrar que a aplicação da teoria do desvio de poder para o controle da finalidade dos atos administrativos discricionários não importa controle do mérito propriamente dito, mas como que um estreitamento do seu âmbito. Ou seja: não se trata de controlar o núcleo da apreciação ou da escolha, mas de diminuir o espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a própria conveniência e oportunidade. O mesmo pode ser afirmado com relação às outras formas, ditas, de controle do mérito do ato administrativo, como o controle da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Neste sentido, por exemplo, não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito. Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade.

Assim, o resultado do estreitamento do mérito administrativo poderá ser (i) a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro da juridicidade; (ii) a redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme à juridicidade

Tendo em vista que boa parte das doutrinas elencadas possuem forte caráter normativo, visando a imposição de parâmetros sobre como deve ser dar o controle dos atos da administração, é útil aqui perguntar: que interesse há na redução da discricionariedade? A resposta parece seguir na linha do que já foi dito anteriormente no presente trabalho. O autor, como visto, associa à discricionariedade o selo da arbitrariedade. Ter-se-ia então, na competência discricionária, um poder alheio ao direito, protegido do controle jurisdicional e, assim, potencialmente sujeito a ser instrumentalizado para usos abusivos. Nas palavras de Garcia de Enterría, a discricionariedade seria “o cavalo de Tróia no âmbito do direito administrativo”¹⁸. Com a juridicização da discricionariedade, transforma-se essa competência, de um campo de não direito, num “espaço de legitimação de atos e políticas públicas”, dentro dos

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206.

¹⁸ ENTERRRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, ley e inmunidades del poder**. 2.ed. Cizur Menor: Civitas, 2011. p. 33.

parâmetros estabelecidos pelo direito¹⁹. Da mesma forma, expandem-se as possibilidades de controle dos atos praticados pela administração.

Não se questionarão aqui as intenções do autor. Contudo, tendo esta finalidade em mente, é útil questionar se os instrumentos eleitos são adequados ao objetivo que se pretende alcançar. Especificamente, levanta-se este questionamento em relação ao uso dos princípios jurídicos, que parecem ser a grande novidade introduzida pela abordagem do direito administrativo a partir da Constituição Federal. O quão, de fato, os princípios jurídicos são capazes de limitar a discricionariedade da administração? Reformulando a pergunta, seriam os princípios jurídicos capazes de estreitar as margens de liberdade que remanescem ao administrador para eleger, dentre as alternativas possíveis, aquela que entende a mais adequada para a satisfação do interesse público?

Acredita-se aqui a resposta para estes questionamentos perpassa diretamente pela análise do método de aplicação que, na teoria dos princípios, se associa diretamente com estas espécies normativas: a ponderação. Antes, contudo, é necessário definir exatamente o que são os princípios e que teoria dos princípios se adotará para fins de análise. A seção seguinte assume a tarefa de destrinchar estes aspectos.

4 Como os princípios jurídicos reduzem a discricionariedade?

4.1 Que princípios?

Chega-se então à questão central que orienta a presente pesquisa: de que forma os princípios jurídicos podem reduzir a discricionariedade da administração? A fim de responder essa pergunta, uma questão preliminar a ser respondida é: quais as características da espécie normativa que aqui se denomina “princípio”? A questão não é endereçada na teoria de Binensbojm, e é relevante tendo em vista que diferentes teorias sobre a definição de princípio podem implicar em diferentes concepções sobre a sua forma de aplicação.

Conforme Alexy, é antiga a controvérsia sobre a classificação de normas entre regras e princípios, sendo utilizados, para tanto, múltiplos critérios. De forma geral, as posições sobre as naturezas das regras e dos princípios podem ser separadas em três

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 198.

teses: (i) a tese de que a tentativa de diferenciação entre princípios e regras é fadada ao fracasso, na medida em que os diversos critérios distintivos poderiam ser combinados e recombinados de diversas formas, à vontade de quem classifica; (ii) a tese de que o que diferencia as regras e princípios é meramente uma questão de grau, sendo comumente evocado como critério diferenciador pelos defensores desta tese o nível de generalidade de cada uma das normas; e (iii) a tese de que a distinção entre regras e princípios se dá não meramente por uma questão de grau, mas porque existe uma diferença qualitativa entre os dois tipos de norma²⁰ No último grupo, com versões próprias e sofisticadas de teorias dos princípios, além do próprio Alexy²¹, encontram-se autores como Dworkin²² e Ávila²³.

Dentre estes autores, Dworkin parece ser aquele com maior fé na capacidade dos princípios jurídicos de limitar a discricionariedade. No seu argumento em prol da existência dos princípios jurídicos, que, ao mesmo tempo, se coloca como um argumento contra o positivismo jurídico de Hart, assevera Dworkin que os juízes nunca teriam discricionariedade (em sentido forte), já que, mesmo que não disponham de regras prontamente aplicáveis, sempre podem recorrer a princípios jurídicos como parâmetros para a orientação de sua própria conduta²⁴. Embora o autor se refira à aplicação de princípios no âmbito de decisões judiciais, não seria um absurdo “importar” este mesmo raciocínio para o âmbito da discricionariedade administrativa. Ora, se a discricionariedade está relacionada a uma função de integração de direito, parece haver pouco espaço para ela quando o próprio direito se afigura como íntegro.

A teoria dos princípios proposta por Dworkin parece ser, ao mesmo tempo, muito forte e muito fraca. Muito forte porque, como observa Klatt, subjaz a ela uma tese da “única resposta correta” que é raramente aceita mesmo por autores não positivistas²⁵. Muito fraca porque, diferente das demais teorias citadas, parece não se

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.89-90.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

²² DWORKIN, Robert. **Taking the rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 14-45.

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20.ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 31-39.

²⁵ KLATT, Matthias. Taking Rights less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion. **Ratio Juris**, vol. 20, n.4, p.511-514, 2007.

importar com a objetividade e a racionalidade da estrutura argumentativa que pressupõe a aplicação dos princípios jurídicos. Como exatamente os princípios determinam os resultados das suas aplicações é algo que Dworkin pouco enfrenta. Ademais, não parece ser a teoria mais bem representada no pensamento de Binensbojm, na medida em que o autor, apesar de reconhecer a limitação da discricionariedade por princípios, não assume simplesmente que para todos os casos haverá sempre uma resposta correta.

De outro lado, analisar a teoria do direito administrativo de Binensbojm a partir da teoria dos princípios de Alexy parece um caminho mais promissor. Em primeiro lugar, porque se trata de um dos autores que mais se dedicou ao tema da aplicação de princípios e de sua estrutura argumentativa, notadamente por meio do teste da ponderação²⁶. Em segundo, porque endereçou especificamente o tema da racionalidade do raciocínio com base em princípios²⁷. Em terceiro, porque não supõe uma teoria potencialmente irrealista com relação à obtenção de uma única resposta correta.

Feitas estas observações, segue-se à análise da teoria dos princípios de Alexy e do tratamento que confere à discricionariedade.

4.2 Ponderação de princípios e discricionariedade na teoria de Robert Alexy

A base da teoria dos princípios de Alexy reside na sua distinção entre regras e princípios. Conforme o autor, regras são normas que exigem que algo seja feito definitivamente – são comandos definitivos. Sua forma de aplicação é o clássico método da subsunção. Princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização. Eles se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados, e o seu grau apropriado de satisfação depende daquilo que é factualmente possível e do que é juridicamente possível. Sua forma específica de aplicação é a ponderação²⁸.

Embora praticamente onipresente na prática jurídica contemporânea, o teste da ponderação, via pela qual os princípios são aplicados, enfrenta severo ceticismo em

²⁶ Nesse sentido ver: ALEXY, Robert. **Law's ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p.121-254.; ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

²⁷ Sobre o debate acerca da racionalidade da ponderação, ver: LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 58, p. 177-209, out/dez,2014.

²⁸ ALEXY, Robert. **Law's ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p.121-122.

relação à racionalidade de sua aplicação no direito. Conforme os críticos, um problema grave da teoria dos princípios seria o de que o método da ponderação seria inerentemente subjetivo e decisionista, e que se processaria de forma arbitrária e irrefletida com base em parâmetros costumeiros e hierarquias²⁹. Se estas críticas procederem, tem-se um enorme problema para a teoria da discricionariedade administrativa, já que, em verdade, a adição dos princípios jurídicos em pouco contribuiria para a vinculação jurídica dos atos da administração. Em verdade, o uso da ponderação serviria meramente para mascarar como “jurídicas” decisões evidentemente discricionárias dos aplicadores do direito e tomadores de decisão.

A fim de demonstrar a racionalidade do método da ponderação, Alexy desenvolve uma particular estrutura de argumentação. Como é sabido, o teste da ponderação funciona como uma terceira etapa do que se convencionou chamar de princípio da proporcionalidade, que além da ponderação compreende também os testes de adequação e necessidade³⁰. Com as discussões que envolvem a racionalidade da aplicação dos princípios geralmente envolvem apenas a ponderação, deixa-se de lado estas outras etapas.

Conforme Alexy, o núcleo do teste de ponderação compreende o que pode ser denominado de “Lei de Balanceamento”, ou, “Primeira Lei de Balanceamento”, cuja formulação é a seguinte: “quanto maior o grau de não satisfação, ou detrimento, em relação a um princípio, maior deve ser o grau de importância em satisfazer o outro”. O desafio, aqui, é demonstrar que este juízo sobre graus de satisfação de diferentes princípios pode ser realizado. Como demonstra o autor, isso pode ser feito por meio da definição de uma escala triádica, na qual se definam níveis de intervenção (leve, moderado e sério). Mas somente a escala triádica é insuficiente. É necessária, ademais, uma estrutura inferencial, análoga àquela utilizada pelo método da subsunção, que possa conectar as premissas (os julgamentos de valor acerca de graus de interferência) a uma conclusão, criando assim uma estrutura de justificação interna³¹. Esta estrutura é obtida por meio da fórmula do peso, que na sua forma mais simples se expressa da seguinte maneira

²⁹ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 127.

³⁰ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 436, 2003.

³¹ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p.133-138.

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Onde “ $W_{i,j}$ ” se refere ao peso concreto do princípio “ P_i ” em relação ao princípio “ P_j ”, “ I_i ” à intensidade de interferência no princípio “ P_i ” e “ I_j ” à importância de satisfazer o princípio “ P_j ”³². A esta fórmula podem ser adicionadas outras variáveis. Em determinados casos, quando estes não coincidam, é possível que os pesos abstratos dos princípios (respectivamente aqui “ W_i ” e “ W_j ”) sejam relevantes para a determinação do peso concreto dos princípios objeto de ponderação³³. Neste caso, a fórmula se torna:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i}{I_j \times W_j}$$

Em que os valores de “ W_i ” e “ W_j ” são atribuídos com base na mesma escala triádica proposta para as intensidades de interferência. Por fim, um terceiro par de variáveis pode ser adicionado à fórmula do peso. Este diz respeito à confiabilidade das premissas empíricas consideradas para a determinação dos graus de satisfação ou não satisfação dos princípios colidentes. Estas variáveis seriam representadas pelas letras “ R_i ” e “ R_j ”, podendo ser classificadas também numa escala triádica, mas desta vez nas seguintes categorias, do maior para o menor grau de confiabilidade: (i) confiável; (ii) plausível; (iii) não evidentemente falso³⁴. Ao final, ter-se-á a fórmula completa da ponderação:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$$

No que diz respeito à operação da fórmula, deve-se atentar para que a cada uma das variáveis existente na fórmula se pode atribuir um valor numérico. No caso das variáveis “ I ” e “ W ”, partindo do pressuposto da utilização de uma escala triádica, pode-

³² ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p.133-138

³³ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p. 169-70.

³⁴ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p. 171-172.

se atribuir os valores 2^0 , 2^1 e 2^2 . Esses valores correspondem aos níveis de intervenção (leve, médio e sério, respectivamente) e de importância em abstrato dos princípios em colisão, e a opção por sua representação numa sequência geométrica reflete, teoricamente, o fato de que a força dos princípios aumenta exponencialmente quanto maior o grau de interferência³⁵. Quanto às variáveis “R”, atribuem-se a elas valores na escala de 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} , representando o fato de que a força dos princípios diminui na medida em que aumentam as incertezas sobre as premissas que informam o juízo em relação à sua não satisfação³⁶. Com a sua aplicação, chega-se a um valor para “ $W_{i,j}$ ” que, como dito anteriormente reflete o peso concreto de um princípio “ P_i ” em relação a um princípio “ P_j ”. Se o valor for maior que 1, tem-se a prevalência de “ P_i ”. Se o valor for menor que 1, tem-se a prevalência de “ P_j ”. É possível, por fim, chegar a situações de “empate” (*stalemate*) quando os princípios em colisão apresentarem pesos iguais no caso concreto³⁷.

Sem a pretensão de adentrar nas especificidades da fórmula do peso, importa perceber que a sua racionalidade se baseia, essencialmente: (i) na capacidade de fazer julgamentos sobre os valores correspondentes a cada uma das variáveis e (ii) na capacidade de transferir a retidão destes julgamentos para julgamentos sobre o peso concreto de um determinado princípio em relação a outro e, por fim (iii) para um julgamento que expressa a decisão da autoridade³⁸. A fórmula reflete, portanto, uma forma de argumentação válida, e é difícil argumentar que seja inerentemente irracional.

Em verdade, como identifica Schauer, o método ponderação não é menos racional que outras estratégias de decisão pragmáticas ou particularistas (“*all things considered*”) para fins de tomada de decisões em casos concretos. Se não se pode negar que ele possa implicar algum grau de variabilidade ou indeterminação, isso não significa que, tão só por isso, ele seja um método irracional. A própria estrutura argumentativa criada por Alexy, em que há a alocação de certos ônus de prova, limita em parte o grau de variabilidade dos juízos que podem ser produzidos³⁹. Nesse sentido, parece assistir razão à teoria do direito administrativo de Binbenbojm quando ressalta a capacidade dos

³⁵ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p. 167.

³⁶ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p. 171.

³⁷ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p. 168.

³⁸ ALEXY, Robert. **Law’s ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p. 137-138.

³⁹ SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, p. 36-40, 2010.

princípios de redução da discricionariedade. A partir da aplicação dos princípios jurídicos seria possível, no mínimo, a exclusão de todas as alternativas evidentemente desproporcionais, conforme identificadas a partir da aplicação da fórmula do peso.

As considerações acima levantadas levam a crer que a crítica à ponderação de princípios, ao invés de se fundamentar na incapacidade de limitar a discricionariedade, podem residir no fundamento oposto, ou seja, na capacidade da ponderação de princípios de determinar respostas em todos os casos. Assim, a teoria dos princípios poderia levar a uma indevida redução da discricionariedade dos outros poderes do Estado, como o executivo (discricionariedade administrativa) e o legislativo (discricionariedade legislativa). Conforme Jestaed, se se concebe o processo de balanceamento de princípios em colisão como uma atividade de caráter cognitivo, pouco ou nada resta para os processos de criação do direito⁴⁰.

Uma das formas pelas quais a teoria dos princípios pode lidar com este problema, conforme Klatt e Meister, é através de uma teoria da deferência/discricionariedade. A teoria dos princípios estaria aberta a, pelo menos, duas formas de discricionariedade: (i) a discricionariedade estrutural, decorrente dos casos em que a constituição não proibisse uma atuação específica, o que ocorreria, na aplicação de princípios, sempre que os pesos concretos dos princípios dentro de um determinado caso concreto fossem iguais (as situações de empate); e (ii) a discricionariedade epistêmica, que se dá sempre que há incerteza sobre o que a constituição proíbe ou não⁴¹.

A discricionariedade epistêmica se relaciona intimamente com o que é denominado por Alexy de “segunda lei do balanceamento” que pode ser descrita da seguinte forma: “quanto mais pesada a interferência com os direitos constitucionais, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes”⁴². Está associada, portanto, às variáveis “R_i” e “R_j”, na fórmula do peso completa acima delineada.

A teoria dos princípios pode ainda separar a discricionariedade epistêmica em duas categorias: a discricionariedade epistêmica empírica e a discricionariedade epistêmica normativa. No primeiro caso, há dúvida sobre as premissas empíricas que

⁴⁰ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses. In: Matthias Klatt (Ed.) **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: OUP. 2012, p. 171.

⁴¹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 79-80.

⁴² KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 81.

informam o julgamento sobre a interferência de uma medida num determinado princípio⁴³. Por sua vez, a discricionariedade normativa ser relaciona à incerteza quanto às premissas normativas que informam o julgamento quanto à intensidade da interferência e o peso abstrato de um determinado princípio⁴⁴. Nestes casos, diante de um empate epistêmico em relação à confiabilidade de juízos diversos sobre a classificação das variáveis da fórmula, abre-se a possibilidade de que se possa fazer escolhas com relação à sua classificação, podendo assim viabilizar a produção de resultados jurídicos de natureza diversa⁴⁵.

O que as presentes considerações nos dizem sobre a aplicação da teoria dos princípios ao direito administrativo e sua relação com a discricionariedade? Bem, em primeiro lugar, ao se identificar a racionalidade da técnica de ponderação de princípios, deve-se ressaltar que o método se apresenta, *prima facie*, como um instrumento promissor de controle e limitação da discricionariedade do administrador. A constatação óbvia é que, aumentando o número de parâmetros que podem vincular a administração, reduz-se o seu campo de liberdade de escolha. Por outro lado, é necessário ter cautela com qualquer tipo de previsão, na medida em que não necessariamente a ponderação de princípios conduzirá a uma única resposta viável para o direito. Há suficiente campo para que, em casos concretos, se verifique a ocorrência de “empates” entre princípios ou de incertezas empíricas e normativas que recomendem a adoção de uma postura deferencial pelo poder judiciário.

5 Da hiper-racionalidade à discricionariedade: paradoxos da constitucionalização do direito administrativo

Teriam as considerações feitas na seção anterior comprovado em definitivo a capacidade dos princípios jurídicos de cumprir a função limitadora da discricionariedade, conforme proposto por Binenson em sua teoria do direito administrativo? Parece que sim, ainda que diante da possibilidade de que princípios jurídicos gerem situações em que escolhas discricionárias deverão ser realizadas, esta

⁴³ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 82-83.

⁴⁴ KLATT, Matthias; SCHMITT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 10, n.1, 90, 2012.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Law's ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.p. 188-189.

redução seja mais limitada do que uma visão otimista poderia supor. Não obstante, algumas considerações adicionais merecem ser feitas.

Na presente seção, pretende-se apresentar duas objeções à teoria dos princípios e ao método da ponderação. Tais objeções seguem a linha da crítica apresentada por Leal em relação à hiper-racionalidade da ponderação de princípios. Conforme o autor, o principal problema da teoria dos princípios não residiria numa suposta irracionalidade de seus métodos de trabalho, mas sim no excesso de racionalidade que parece pressupor o seu adequado desenvolvimento. A teoria dos princípios, ao estruturar a ponderação e conferir-lhe um ar de racionalidade similar ou até maior do que aquele atribuído à operação com regras por meio da subsunção, poderia levar à crença na sua onipotência para lidar com problemas jurídicos e num conseqüente estímulo à sua utilização. Dado, contudo, que o seu manejo em situações reais não seria possível de fato ou não seria compatível com propriedades importantes dos sistemas jurídicos, o resultado seria a criação de mais indeterminação, e não menos, como pretende a teoria dos princípios⁴⁶.

Se a crítica do autor faz sentido, como aqui se acredita, então talvez existam razões para manter algum ceticismo em relação aos potenciais da ponderação de princípios para o controle da discricionariedade administrativa. Assim, a presente seção visa explorar duas das razões pelas quais a aplicação prática de princípios pode ser problemática. A primeira diz respeito à relação entre princípios e regras e à noção de que o estímulo ao uso de princípios pode desconstruir relevantes aspectos formais dos sistemas jurídicos, conduzindo assim a julgamentos cada vez mais particularísticos baseados em parâmetros amorfos. A segunda diz respeito às capacidades dos tomadores de decisão no que diz respeito à realização dos juízos exigidos pela fórmula do peso.

Se qualquer destas razões se apresenta como plausível, é de se questionar se a fé da teoria do direito administrativo nos princípios jurídicos como elementos limitadores da discricionariedade, sobretudo no contexto de relações de controle. Ao invés de limitar, os princípios jurídicos poderiam, em tese, expandir a incerteza e,

⁴⁶ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 58, p. 177-209, out/dez,2014.

consequentemente, os limites da discricionariedade. Ou, pior ainda, poderiam ser usados estrategicamente para dissimular a existência de vinculação onde ela, de fato, não existe, substituindo meramente a discricionariedade do administrador pela do juiz.

5.1 Das regras ao particularismo: o efeito colateral perverso da universalização da ponderação

Em artigo originalmente publicado em 1975⁴⁷, no contexto do debate sobre discricionariedade de princípios jurídicos iniciado por Dworkin, Greenawalt pretendeu tratar diretamente a questão da discricionariedade judicial, levantada, dentre outros trabalhos, no famoso artigo “*The Model of Rules I*”. Dworkin, como já mencionado no curso do presente trabalho, negou a existência de discricionariedade judicial em sentido forte, na medida em que os juízes estariam, ao seu ver, sempre vinculados a parâmetros decisórios existentes no direito. A existência dos princípios jurídicos teria um papel decisivo no desenvolvimento deste argumento, na medida em que a teoria positivista da discricionariedade teria, simplesmente, desconsiderado estes parâmetros em sua formulação.

Um interessante trecho do artigo diz respeito aos efeitos que uma possível caracterização dos processos decisórios pode ter em como tomadores de decisão reais fazem as suas escolhas. Conforme Dworkin e outros autores envolvidos no debate, a preservação da visão positivista sobre a discricionariedade poderia liberar os juízes de certas amarras que, de outra forma, eles estariam obrigados a observar. O *insight* proposto por Greenawalt é o de que o argumento pode ser invertido: num “modelo de regras”, conforme proposto por Dworkin os juízes poderiam ser, na verdade, mais conscientes dos limites do direito e desconfortáveis ao se aproximar das zonas de “textura aberta”. Com efeito, diante do desconforto de reconhecer o fato de que estão “legislando”, estes juízes tenderiam a dar maior valor aos materiais autoritativos, sobretudo aqueles que fornecem instruções claras sobre como decidir. Em contraste, ao ressaltar a existência de princípios vagos e amorfos, a teoria de Dworkin estaria convidando o juiz à realização de ponderações complexas, relaxando a sensação de

⁴⁷ GREENAWALT, Kent. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges. *Columbia Law Review*, vol. 75, n.2., p.359-399, 1975.

que, nos limites do direito, o juiz estaria “fazendo algo que não deveria fazer”⁴⁸. Os princípios jurídicos teriam, então, o efeito de liberar as amarras que prendem os juízes, e não de restringi-los.

O quanto deste raciocínio faz sentido? À primeira vista, é possível argumentar que pouco. Conforme observa Klatt, a constatação da existência de princípios jurídicos não reduz, mas aumenta a quantidade de parâmetros decisórios que devem ser observados pelos juízes e demais tomadores de decisão. Se assim o é, haveria então mais vinculação, e não menos – a não ser que se considere que a aplicação de princípios de dá por meio da imposição de visões pessoais subjetivas e processos de argumentação irracionais⁴⁹. Conforme observado na seção 3.2. do presente trabalho, este não parece ser o caso.

Não obstante, é possível salvar a crítica de Greenawalt observando-a por outra perspectiva. Como também observado na seção 3.2., a elaboração da fórmula do peso se dá diante da necessidade de que se possa estruturar a ponderação de princípios dentro de um modelo de argumentação análogo ao da subsunção. Partindo da premissa de que o objetivo é atingido e de fato se construiu este modelo análogo, cabe aqui destacar que, se existem semelhanças entre a ponderação e a subsunção, é verdade também que existem severas dessemelhanças entre ambas.

Ao colocar as duas em paralelo, uma crítica passível de ser realizada à teoria de Alexy é a de que ele pode ter ignorado uma questão central da argumentação jurídica, que é o grau em que as fontes do direito são capazes de restringir os tomadores de decisão. Conforme Schauer, este grau de restrição é profundamente diferente nas regras e nos princípios: enquanto estes são geralmente mais abertos à argumentação e menos restritivos no tipo de considerações que podem ser usadas, aquelas são geralmente mais restritivas e tendem, através dos seus textos, a limitar significativamente o tipo de consideração que pode ser levada em conta no momento da tomada de decisão⁵⁰.

No fundo, como observa Leal, a preocupação de Schauer diz respeito a uma possível criação de incentivos, através de uma apresentação (hiper)racional da

⁴⁸ GREENAWALT, Kent. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges. **Columbia Law Review**, vol. 75, n.2., p.361-362, 1975.

⁴⁹ KLATT, Matthias. Taking Rights less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion. **Ratio Juris**, vol. 20, n.4, p.512, 2007.

⁵⁰ SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, p. 40-44, 2010.

ponderação, para a dissolução do caráter formal do direito, e a degeneração do processo de decisão judicial num conjunto de julgamentos profundamente particularísticos. A ponderação de princípios, diferentemente da subsunção, não encontra limites na seletividade prévia dos textos legais, se aproximando de um modelo propriamente holístico de justificação da tomada de decisão. Isso significa que o tomador de decisão, ao realizar um juízo de ponderação, é incentivado a levar em conta todas as circunstâncias fáticas e jurídicas referentes ao caso para fins da tomada na decisão – o que decorre da própria natureza dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização. O que é pior, a cada oportunidade de realização do princípio as razões para a tomada de decisão teriam que ser reavaliadas uma vez que as circunstâncias fáticas e jurídicas podem mudar de um momento para o outro. Ao final, o próprio ordenamento jurídico perderia parte da sua identidade como um sistema fundado numa ordem de autoridade, aumentando a indeterminação jurídica e sobrecarregando o instrumento da ponderação⁵¹.

Uma característica importante e, se pode dizer, definitiva da argumentação jurídica e dos sistemas jurídicos é o fato de que estes podem ser vistos como uma rota de decisão que permite que escolhas sejam feitas sem que sejam consideradas todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. Isso adviria, na visão de Schauer, da inerente generalidade do direito, isto é, da sua capacidade de tratar os eventos particulares como membros de categorias mais amplas⁵². Numa visão positivista mais forte, é possível ver mesmo os sistemas jurídicos como sistemas normativos excludentes, cuja característica é a de excluir das considerações daqueles sujeitos à sua autoridade considerações que não aquelas que ele próprio impõe⁵³. Se isso está correto, então a universalidade da ponderação se torna um problema para a própria teoria do direito, na medida em que, à primeira vista, parece contradizer as suas próprias características essenciais. É difícil crer, nesse contexto, que o uso de princípios e ponderação possa representar qualquer tipo de limitação à discricionariedade. No máximo, representaria o seu deslocamento para os órgãos responsáveis pela realização do controle.

⁵¹ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-razional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 58, p. 177-209, out/dez, 2014.

⁵² SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. 1.ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 7-8.

⁵³ RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: OUP, 2002. p. 141-146.

É de se perceber, por fim, que a banalização dos princípios pode ser mesmo um instrumento de ampliação da discricionariedade da própria administração. Isso, contraditoriamente, por conta do próprio princípio da juridicidade, que conforme Binjenbojm vincularia diretamente a administração à constituição, sem intermediação da lei. Uma das consequências deste fato é a possibilidade de prática de atos administrativos *contra legem*⁵⁴. Ora, se é dada a possibilidade à administração, tal qual ao judiciário, de aplicar diretamente a constituição, o que inclui os seus princípios, ainda que em contrariedade à legislação à qual está vinculada, não se pode deixar de conceber que, isso venha a ampliar os espaços de atuação da administração. Sobretudo se, retomando o argumento de Greenawalt, se substituem as regras precisas estabelecidas em lei pelos princípios amorfos presentes na constituição.

5.2 Do otimismo em relação às capacidades dos tomadores de decisão

Formulada a primeira objeção em relação à teoria dos princípios e à ponderação, resta adentrar na segunda, que diz respeito às capacidades reais dos tomadores de decisão para fins da implementação dos princípios jurídicos conforme o roteiro argumentativo fornecido pela fórmula do peso. Pode-se começar o presente debate a partir da seguinte constatação feita por Raz, também realizada no contexto do debate promovido por Dworkin acerca dos princípios jurídicos e da discricionariedade: os princípios, nos termos propostos por Dworkin, compreendem uma dimensão de peso. Mas o direito não indica de forma evidente qual o peso de cada princípio. Assim, a decisão sobre o peso de cada princípio, tanto em concreto quanto em abstrato, também é ela mesma uma decisão discricionária do aplicador do direito, usualmente conferida ao poder judiciário⁵⁵.

As afirmações feitas por Raz se aplicariam também à teoria dos princípios proposta por Alexy? É possível presumir que sim. Não se pode negar que as variáveis da fórmula do peso (intensidade da intervenção, peso abstrato e confiabilidade das premissas fáticas e empíricas) correspondem a julgamentos de valor promovidos pelo tomador de decisão. Caso esses julgamentos não possam se processar com um mínimo

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado**, n.13, p.15, 2018.

⁵⁵ RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale law Journal**. Volume 81, p. 846, 1972.

de objetividade, é difícil defender que não constituam escolhas discricionárias feitas pelo aplicador do direito. E, sendo escolhas discricionárias, são tão sujeitas à manipulação⁵⁶ quanto os casos em que há discricionariedade administrativa puramente consideradas as regras de direito.

Deixe-se de lado, entretanto, a possibilidade de manipulação e suponha-se que, em todos os casos, os tomadores de decisão de fato tentarão oferecer as melhores prognoses em relação aos impactos da adoção de uma medida em relação a princípios colidentes. Como exatamente se pode fazer isso de forma objetiva?

Relembre-se aqui que a segunda lei de balanceamento realiza a ponderação da certeza das premissas que informam o julgamento sobre a interferência em direitos constitucionais. Tais premissas podem ser tanto empíricas quanto normativas. Em alguns casos, diante de incertezas quanto a estas premissas, a teoria admite que é possível que se cheguem a situações de discricionariedade empírica epistêmica ou normativa epistêmica. Aqui, haveria liberdade classificatória por parte do tomador de decisão.

A própria existência de uma discricionariedade normativa epistêmica, por si só, já aparenta ser um problema para a teoria dos princípios. Como argumenta Klatt, sua existência e diferenciação da discricionariedade dita “estrutural” pressupõe a possibilidade de identificação de “casos epistemicamente claros”⁵⁷. É possível conceder que existam casos epistemicamente claros. O quão frequentes eles são, e se são suficientes para limitar significativamente a discricionariedade dos aplicadores do direito é, contudo, algo que carece de evidência empírica e pode sem dúvida ser objeto de ceticismo.

Não obstante, problema tão grave quanto se apresenta quando se observa a dimensão da confiabilidade empírica dos pressupostos fáticos que informam o juízo sobre a intensidade de interferência. Como observa Leal, a questão que se coloca diz respeito às “relações, inevitáveis, mas necessariamente problemáticas entre direito e ciência”. Uma vez que a fórmula do peso depende da realização de juízos sobre

⁵⁶ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 58, p. 187-188, out/dez, 2014.

⁵⁷ KLATT, Matthias. Taking Rights less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion. **Ratio Juris**, vol. 20, n.4, p.525, 2007.

certeza, plausibilidade e/ou a não evidente falsidade de certas premissas, torna-se necessário que ela se valha de recursos extrajurídicos para a realização de seus juízos. E se assim o é, é necessário que existam mecanismos capazes de transicionar entre os juízos do discurso científico para o jurídico, a fim de que o tomador de decisão não corresponda a um desconfortável mediador de disputas não exclusivamente jurídicas, mas também científicas⁵⁸.

Sem a resolução destes aspectos, é difícil crer que a ponderação de princípios possa ter o papel redutor da discricionariedade que parece a ela ser atribuído. No máximo, serviria ela para escancarar “de forma organizada, mas desorientada, as valorações realizadas por tomadores de decisão quando ponderam”⁵⁹.

6 Conclusão

O presente trabalho teve como objeto a análise crítica de teoria do direito administrativo formulada por Gustavo Binembom. Especificamente, questionou-se se a expansão da juridicidade, com a conseqüente irradiação dos efeitos dos princípios constitucionais por todo o direito público, seria fenômeno apto a disciplinar e conter, por meio do direito a competência administrativa discricionária.

Como visto, a questão depende essencialmente de certas assunções com relação à capacidade dos princípios jurídicos de produzir argumentos racionais. Do contrário, se os princípios jurídicos meramente refletem os julgamentos subjetivos e arbitrários dos seus aplicadores, estar-se-ia diante não da contenção jurídica da discricionariedade, mas da substituição de um modelo de discricionariedade administrativa por outra judicial.

Com base no modelo de princípios proposto por Alexy, concebe-se que a aplicação de princípios, por meio do método da ponderação, pode ser também uma estratégia de decisão racional, cuja validade reside na estrutura argumentativa utilizada para determinação dos pesos dos princípios nos casos concretos. Esta estrutura, é bem verdade, é insuficiente para a eliminação de toda e qualquer discricionariedade

⁵⁸ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 14, n. 58, p. 201-202, out/dez,2014.

⁵⁹ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 14, n. 58, p. 203, out/dez,2014.

administrativa, mas possui potencial para que, estruturando o discurso, possa reduzir a margem de liberdade que cabe à administração.

Ao final, foram consideradas algumas dificuldades associadas à operacionalização da teoria dos princípios em casos concretos. Ao invés de irracional, o principal problema da teoria dos princípios parece ser a sua excessiva pretensão de racionalidade, o que pode gerar um desprestígio do trabalho com regras e impor exigências extremamente demandantes sobre tomadores de decisão reais. No fim, em que pese eles possam ser sim instrumento de condicionamento da competência discricionária, recomenda-se parcimônia em relação aos potenciais da teoria dos princípios e da ponderação, a fim de que, sob o pretexto de se limitar a discricionariedade e de reduzir a arbitrariedade, não se esteja produzindo justamente o resultado oposto.

7 Referências

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. *Law's ideal dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20.ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado*, n.13, p.1-44, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: HUP, 1977.

ENTERRRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, ley e inmunidades del poder*. 2.ed. Cizur Menor: Civitas, 2011.

GREENAWALT, Kent. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges. *Columbia Law Review*, vol. 75, n.2., p.359-399, 1975.

HART, H.L.A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 652-665, 2013.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses. In: Matthias Klatt (Ed.) *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: OUP. 2012.

KLATT, Matthias. Taking Rights less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion. *Ratio Juris*, vol. 20, n.4, p.511-514, 2007.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. The constitutional structure of proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias; SCHMITT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n.1, 69-105, 2012.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 14, n. 58, p. 177-209, out/dez,2014.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros, 2002

MEDAUAR, Odete: *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ªed, São Paulo: Malheiros, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites do controle da discricionariedade*. 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 1998

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. *The Yale law Journal*. Volume 81, p. 823-854, 1972.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: OUP, 2002.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 1, p. 35-45, 2010.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. 1.ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

Como citar:

CANTARELLI. Luiz Guilherme Pessoa. O fim da discricionariedade? Uma revisão crítica do giro democrático-constitucional do direito administrativo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 33, p. 1-26, ano 2023. DOI: (endereço do DOI desse artigo).

Originalis recebido em: 28/02/2023.

Texto aprovado em: 07/03/2023.