



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA

**ENTRE MÁQUINAS ADMINISTRATIVAS
E GOVERNOS INTELIGENTES:
uma crítica da racionalidade no direito administrativo
e uma proposta para os desafios do século XXI**

Brasília
2020

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**ENTRE MÁQUINAS ADMINISTRATIVAS
E GOVERNOS INTELIGENTES:
uma crítica da racionalidade no direito administrativo
e uma proposta para os desafios do século XXI**

Autor: Victor Eptácio Cravo Teixeira

Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

FOLHA DE APROVAÇÃO

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA

**ENTRE MÁQUINAS ADMINISTRATIVAS
E GOVERNOS INTELIGENTES:
uma crítica da racionalidade no direito administrativo
e uma proposta para os desafios do século XXI**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

Aprovada em: 19 de março de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(Presidente)

Prof. Dr. Diogo Rosenthal Coutinho
(Membro externo – FD/USP)

Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender
(Membro interno – FD/UnB)

Profa. Dra. Christiana Soares de Freitas
(Membro externo – FAC/UnB)

Prof. Dr. Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira
(Suplente – FD/UnB)

*Para Mari,
Lara e Gabriel.*

*O governo, nessa nova razão governamental, é
qualquer coisa que manipula interesses.*

Michel Foucault

Agradecimentos

Fiz o que era o certo – dizia meu avô ao justificar cada decisão difícil que tomara na vida. Vovô Levi contava que nunca fez o que realmente era a sua vontade, mas apenas o que era o *certo*. E esse certo, para o meu avô, era sempre muito mais intrincado, cansativo ou sofrido do que o seria para qualquer outra pessoa comum. Quando menino, se seu dever era estudar e não tinha livros, o certo era copiar as lições de livros emprestados em papel de embrulho, tudo antes do início do ano letivo; já começava as aulas sabendo de tudo. Quando jovem, se não havia perspectiva de herança ou patrocínio para estudos na capital, o certo era procurar logo um emprego público; passou no primeiro concurso do Banco do Brasil. Se já tinha idade para casar, ora, o certo era que se casasse já. E se seus pais, irmãos e agregados não tinham o suficiente para o sustento, o certo era custear a todos.

Na minha imaginação, meu avô conseguia ver os contornos nítidos da certeza a cada situação. O certo era o que ele fazia, e quem não o seguia – oras, isso nem precisava ser dito – estava irremediavelmente em falta. Ao inspecionar agências bancárias Brasil afora, era o único que chegava um dia antes, ao apagar das luzes, sem se anunciar de antemão. Incrédulos, gerente e funcionários o recebiam desajeitadamente e tentavam demovê-lo da ideia de dormir na própria agência, de contar ele próprio o dinheiro guardado no cofre, e de revisar um por um os contratos de financiamento e suas garantias. Ao escutar seus causos, eu, como bom entendedor que queria ser, prontamente concluía que todos os outros inspetores eram uns negligentes. Vovô Levi corporificava o senso do que era o certo. Parecia aos meus olhos uma dádiva enxergar assim com tanta exatidão o caminho reto, entre tantas possibilidades sinuosas que a imaginação podia ofertar. Era um superpoder, pensava.

Presença constante em meus pensamentos, estes agradecimentos começam por Vovô Levi. Faz oito anos que ele se foi, e junto com ele desapareceu também a minha fantasia sobre verdades e certezas imanentes no universo. Vovô, no entanto, sobrevive em mim como uma referência inevitável de um sentimento íntimo de dever, que me inquieta a curiosidade por entender como as coisas chegaram a ser como são; que me impulsiona a questionar sentidos comuns; que me desprende a imaginação para sonhar um outro mundo possível. Na memória da férrea resolução de meu avô, eu renovo forças para

seguir construindo e reconstruindo as minhas próprias certezas, oferecendo o melhor de mim.

Com a mesma intensidade, agradeço à minha mãe, Verônica, por sempre ter sido meu oceano de imperturbável tranquilidade e ternura. Queria ter o dom de transmitir aos meus filhos, pelo olhar, tanta confiança e amor quanto eu mesmo dela recebi. Ao meu irmão mais velho e primeiro grande amigo, Mariano, devo meu gosto pelas novas tecnologias, meu entusiasmo pelo avanço das ciências e minha paixão pela ficção científica. À minha irmã mais nova, Camila, retribuo com carinho o que também carinhosamente recebi: o apoio incondicional e a torcida sincera pelo progresso de cada passo dado.

Tenho a sorte de contar, em Brasília, com uma família estendida que merece de mim muitas menções. Obrigado, Marcos Toscano e Moema Botelho, por terem procurado achar interesse genuíno em todas as minhas inúmeras, longas e semanais conversas sobre temas tão variados e distantes quanto a filosofia dos freis franciscanos no século XIII e os riscos iminentes dos algoritmos preditivos. Sem o conforto dessa compreensão fraterna, teria sido difícil preservar a sanidade mental. Aos amigos Rafael Dubeux, João Paulo de Resende, Ricardo Horta e Flávio Bianchi, agradeço também pelas frequentes conversas, trocas de opinião e sugestões de leitura sobre o meu tema de pesquisa. Cito também André Araújo e Shadia Husseini, com quem muitas vezes desafoguei minhas angústias acadêmicas.

É preciso reconhecer, igualmente, a importância da Advocacia-Geral da União (AGU) para o despertar de meu interesse pelo problema enfrentado nesta pesquisa. Foi durante os anos em que trabalhei na Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel que cultivei o fascínio pelas relações entre o direito e a expertise extrajurídica. E nessa minha jornada por temas regulatórios, eu não poderia deixar de reconhecer a importância de meus amigos e colegas Fernanda Bussacos, Paulo Firmeza, Igor Pereira e Marina Geórgia, cujo convívio diário deixei para me dedicar a este trabalho acadêmico. Ainda sobre a AGU, um outro aspecto precisa ser propriamente louvado: a concessão da licença de 15 meses para escrever esta tese. Sem ela, jamais teria tido o tempo necessário para absorver tanta leitura.

Também a Universidade de Brasília (UnB) foi fundamental para a construção deste meu trabalho. Guardo com afeto a lembrança das fortes impressões que tive da primeira aula a que assisti, como aluno especial do programa de pós-graduação, em 2008. Abria-se uma janela para um novo cenário de variadas teorias e autores que, de uma

maneira então surpreendente para mim, conectava o mundo real com a possibilidade da mudança social. Era a aula do Prof. Marcus Faro de Castro, que se tornou a minha maior influência acadêmica desde aquele dia. Obrigado, Prof. Marcus, por ter guiado minhas leituras e me apresentado visões de mundo que ajudaram a construir o meu próprio pensamento. Esta tese, em grande medida, é resultado de seu esforço de orientação ao longo de uma década. Agradeço, ainda, ao Prof. Airton Seelaender pela atenção que me ofereceu ao logo de sua disciplina sobre História do Direito Público, esclarecendo minhas dúvidas, debatendo minha pesquisa e indicando farta e útil bibliografia. Se antes eu já gostava de História do Direito, penso que, depois dessa disciplina, tornei-me um aficionado.

Os últimos quatro anos foram intensamente dedicados a esta pesquisa, exigindo, durante todo esse período, muito de meu tempo e da minha atenção. É justo, nesta oportunidade, que eu reconheça as pessoas de quem esse tempo e essa atenção foram retirados. À Lara, quero dizer que aquele “livro” que o papai vinha escrevendo sem parar, há tanto tempo, agora finalmente está terminado; que o papai em breve voltará a usar gravatas para trabalhar; que o papai espera, daqui para frente, poder deixar o trabalho “no trabalho”, e destinar a nossa casa apenas para as brincadeiras e os descansos. Ao Gabriel, que só me conheceu como um “pai-doutorando”, espero poder lhe apresentar outros perfis de mim mesmo, mais leves e desimpedidos. A ambos, desejo que esse meu esforço lhes possa servir de alguma inspiração, mais tarde, para o destino que cada um irá construir para si.

Deixo para o fim aquela a quem mais tenho a agradecer. Há quinze anos me ensinando todos os dias a notar a beleza concreta e tangível que existe neste mundo, aqui e agora; pousando meus pés sobre a grama e me apontando as cores divertidas do sol por entre as nuvens; me lançando um olhar sorridente que convida para viver apenas no presente, por que todo o tempo é eternamente presente. Obrigado por ter escolhido fazer dupla comigo, nesta caminhada que há tanto tempo não é mais só minha: é nossa. Esta tese, da qual você foi frequentemente debatedora e revisora, não existiria sem seu ilimitado apoio, sem sua reconfortante compreensão. Ao meu amor, Mari, quero, por estas últimas palavras, demonstrar a minha maior gratidão.

Resumo

Esta pesquisa parte da identificação de 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 se exime de analisar os fundamentos *técnicos* das políticas públicas, subordinando o direito à *expertise extrajurídica*; (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* ao direito, frequentemente fazendo uso da chamada “ponderação de princípios”. 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. Essa constatação se mostra ainda mais preocupante diante do cenário de crescente automatização das decisões administrativas, por meio de sistemas algorítmicos que embutem e reproduzem uma visão tecnocrática sobre o mundo da vida. Nesse contexto, esta pesquisa busca investigar a possibilidade de construção de um estilo de racionalidade jurídica que possa livrar o direito administrativo da subordinação dogmática e formalista à expertise extrajurídica e, ao mesmo tempo, o faça evitar a postura autossuficiente e impositiva das técnicas fundadas em ponderação de princípios. O pensamento de Michel Foucault foi utilizado como fio condutor da investigação proposta, dando especial ênfase à sua teoria sobre as relações de poder. A relevância da investigação histórica foi enfatizada, sobretudo a respeito do desenvolvimento de “tecnologias políticas” e de suas frequentes metáforas mecanicistas, remontando a processos longínquos como forma de compreender as continuidades e descontinuidades de ideias que perfazem os estilos de racionalidade empregados no direito administrativo contemporâneo. Em consequência de tal abordagem histórica, constatou-se que o formalismo conceitualista das doutrinas administrativistas propicia combinações casuístas entre racionalidades substantivas que ora incorporam acriticamente e dogmaticamente as conclusões alegadamente técnico-científicas dos variados burocratas das áreas técnicas, ora substituem a opinião técnica do expert pela suposta suficiência e exatidão da ponderação de princípios, guiados pelos valores ou programas políticos da predileção do administrativista de plantão. Diante da necessidade de estimular a criação de conexões entre o direito e a expertise, esta tese sugere a imaginação de um novo estilo de racionalidade para o direito administrativo, apoiado em dois pilares: (i) a problematização da expertise contida nas políticas públicas; e (ii) a imposição de requisitos que confirmem um caráter democrático a tal problematização. Ao propor a racionalidade problemático-democrática, esta tese contribui para redefinir não só a relação entre o direito administrativo e a efetividade das políticas públicas, mas também o papel que a análise jurídica pode desempenhar em prol do aprofundamento da democracia e seu relacionamento com o funcionamento da máquina governamental.

Palavras-chaves:

Direito Administrativo; Racionalidade; Expertise; Regulação Algorítmica; Democracia.

Abstract

The present work identifies two typical attitudes that have characterized how jurists connect the law with nonlegal *technical* or expert knowledge: (i) either the jurist refuses to analyze the technical grounds of public policies and subordinates the law to nonlegal expertise; or (ii) the jurist considers the structural elements of nonlegal *technical* discourse, usually in order to modify or replace elements constitutive of public policies, thereby subjugating nonlegal expertise to the law, often by means of a “balancing test” involving the consideration of legal principles. 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. This perception raises further concerns in the context of growing automation of administrative decision-making stemming from the use of algorithms that carry a built-in technocratic vision of the life-world. Taking these perceptions as starting points, the present research has explored the need of current legal thought to elaborate a style of legal rationality capable of freeing administrative law from its dogmatic, formalistic subordination to nonlegal expertise, while at the same time avoiding the pitfall of self-determining, warped solutions derived from principles-based balancing tests. The thought of Michel Foucault, and especially his ideas concerning power, were used as guides to the analyses elaborated in the thesis. Special consideration was given to the importance of historical investigations bearing on the development “political technologies”, including their frequent mechanical analogies – themselves harking back to ancient institutional and historical processes – as a way of understanding institutional continuities and fractures that have formed contemporary administrative law. Such approach was also able to shed light on how current doctrines of administrative law cling to formalism derived from conceptualist jurisprudence, leading to legal casuistry grounded on substantive rationality which either uncritically, and by means of legal dogmatics, embody allegedly technical and scientific formulations proposed by bureaucrats working in so-called technical areas; or substitute seemingly self-sufficient balancing tests for the technical opinion of experts. Having recognized the need to build connections between the law and nonlegal expert knowledge, this thesis offers ideas from which a new style of rationality for administrative law can be conceived. The proposed new style of rationality relies on two pillars: (i) the problematizing analysis of expert knowledge built into policies; and (ii) rendering democratic such problematizing analytical move. In proposing this new “democracy-enhancing problematizing legal analysis”, the present thesis intends to offer new conceptual bases both for the characterization of the relations between administrative law and the validity of policies and for the task of reimagining the role that legal analysis must have with regard to the relations between democracy and operation of the state apparatus.

Keywords:

Administrative law; Rationality; Expertise; Algorithmic regulation; Democracy.

Sumário

Introdução	13
1. Identificação e crítica dos estilos de racionalidade predominantes no direito administrativo moderno	22
1.1. <i>Noções fundamentais da sociologia de Max Weber: racionalidade, ordem legítima e formalismo jurídico</i>	25
1.2. <i>Os estilos de racionalidade jurídica predominantes no direito administrativo brasileiro</i>	33
<i>Discricionariades pura (interesse público) e técnica (expertise extrajurídica)</i> .	34
<i>Teoria das relações de sujeição especial</i>	39
<i>Princípio da legalidade estrita</i>	40
<i>Ponderação de valores e métodos consequencialistas</i>	42
<i>Teoria das capacidades institucionais</i>	47
1.3. <i>Transformações na racionalidade burocrática sob o impulso da lógica algorítmica</i>	52
<i>A lógica algorítmica na racionalidade burocrática</i>	55
<i>O impulso das tecnologias da informação e da comunicação (TICs)</i>	56
1.4. <i>Regulação algorítmica, tecnocracia e potencial expansão da inteligência artificial nas atividades burocráticas relacionadas a políticas públicas</i>	59
1.5. <i>Relevância da investigação sobre as relações entre tecnologias de governo e a racionalidade do direito administrativo, sob a teoria de Michel Foucault</i>	67
2. Da autoridade moral da natureza à construção da racionalidade do moderno direito natural	72
2.1. <i>A ideia de natureza na cosmologia grega</i>	75
2.2. <i>A escolástica e o desenvolvimento da racionalidade jurídica, sob o influxo do aristotelismo</i>	79
2.3. <i>A inflexão da escolástica e a busca por uma racionalidade científica</i>	85
2.4. <i>Conturbações políticas, rupturas na teologia escolástica e revolução científica em meio ao processo de formação discursiva do direito natural</i>	89
2.5. <i>A formação discursiva do moderno direito natural, da segunda escolástica a Christian Wolf</i>	98
2.6. <i>As metáforas mecanicistas e seus surpreendentes sentidos</i>	105
3. Do direito natural à formação dos estilos de racionalidades do direito administrativo, em seu encontro com a expertise	111
3.1. <i>As influências da revolução científica sobre a formação da ideia da legalidade geral, no contexto do declínio da racionalidade pastoral</i>	114
3.2. <i>A invenção da razão de Estado e consolidação da racionalidade governamental</i>	122

3.3. <i>O desenvolvimento da polícia enquanto tecnologia de governo</i>	129
<i>A disciplina governamental na França</i>	130
<i>A particularidade alemã</i>	134
3.4. <i>As bases jusnaturalistas da ciência da polícia</i>	141
3.5. <i>O surgimento dos embates estratégicos entre dominação e liberdades</i>	145
3.6. <i>O refluxo do direito de polícia e o surgimento do direito administrativo em meio à nova racionalidade governamental</i>	152
3.7. <i>O formalismo do nascente direito administrativo e a diversificação de seus estilos de racionalidade no contexto da moderna razão governamental</i>	165
4. <i>Uma nova racionalidade para o direito administrativo do século XXI</i>	177
4.1. <i>Os dois posicionamentos pré-existentes e a necessidade de uma nova racionalidade para o direito administrativo</i>	181
4.2. <i>A problematização da expertise em que se fundamenta a política pública...</i>	190
4.3. <i>A liberdade política como norte da racionalidade problematizadora: a racionalidade problemático-democrática</i>	200
Conclusão	208
Refefências	216

Introdução

As políticas públicas, entendidas como articulação entre intenções e ações¹, são corriqueiramente veiculadas sob a forma de atos normativos. Muitas delas são criadas, implementadas ou fiscalizadas mediante atos² editados pelas diversas ramificações do poder executivo, chamadas em seu conjunto de administração pública. No Brasil, o controle interno de legalidade desses atos administrativos é realizado por advogados públicos³, que são os primeiros a analisar a adequação jurídica das formas que revestem as políticas públicas propostas. Os temas nelas tratados são tão variados quanto são extensas as competências constitucionais atribuídas ao poder estatal. Assim, todos os dias chegam aos escaninhos desses *burocratas jurídicos* um número significativo de proposições (como políticas econômicas, educacionais ou de saúde) que não podem ser efetivamente examinadas sem o conhecimento prévio de informações produzidas por disciplinas apartadas do direito (a exemplo da economia, da pedagogia e da medicina).

Desse encontro entre o direito e a *expertise extrajurídica*⁴ resulta um difícil diálogo, em que amiúde a última cala o primeiro. Os especialistas das *áreas técnicas* da administração pública, como assim são apelidados no jargão da burocracia todos os órgãos que não são exclusivamente jurídicos, costumam arrogar-se o papel de intérprete exclusivo dos fenômenos que, por profissão, se dedicam a analisar. Suas observações, descrições e medições do mundo são acompanhadas de prescrições sobre como a realidade deveria ou deve ser, passando a conjugar *ações* e *intenções*, sob uma

¹ Edward C. Page (2008) afirma que o termo *política pública (policy)* pode ser analisado segundo quatro níveis de abstração, divididos em dois grupos distintos. O primeiro trata das *intenções*, no qual se incluem os *princípios* (conjunto amplo de ideias que norteia uma ação) e as *linhas políticas* (intenções específicas e estratégicas que direcionam as políticas). E o último, das *ações*, em que se inserem as *medidas* (os instrumentos específicos destinados a concretizar as *linhas políticas* formuladas) e as *práticas* (o comportamento normalmente esperado do corpo burocrático durante a implementação das *medidas*).

² Disso são exemplos, respectivamente, o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado no Brasil (BRASIL, 2018f), as Diretrizes para a Organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2010) e o Programa de Fiscalização da aplicação de recursos federais descentralizados aos Estados, Distrito Federal, Municípios e Organizações da Sociedade Civil (BRASIL, 2017d).

³ De acordo com os arts. 131 e 132 da Constituição da República (BRASIL, 1988), cabe aos advogados públicos exercer a consultoria jurídica sobre as atividades dos poderes executivos da União e dos Estados (e também do Distrito Federal). No âmbito da União, os membros da Advocacia-Geral da União desempenham o controle interno de legalidade dos atos administrativos praticados por todos os órgãos dessa, bem como por todas as autarquias e fundações a ela vinculadas (BRASIL, 1993).

⁴ Neste trabalho, será tratada como *expertise extrajurídica* todo o conhecimento produzido por disciplinas estranhas ao direito, seguindo método científico por elas validado. Serão considerados como equivalentes de *expertise extrajurídica* os termos *técnica* e *expertise*, mesmo quando não adjetivados. Por sua vez, os atores que produzem ou manuseiam os conhecimentos da *expertise extrajurídica* serão, daqui por diante, chamados de *experts*, *técnicos* ou *especialistas*.

racionalidade que se supõe desinteressada. Ao conquistarem e monopolizarem o domínio sobre os saberes a respeito da natureza e de processos sociais, os *experts* transformam o seu discurso “técnico” em parâmetro, alegadamente neutro, a partir do qual articulam essas prescrições, tornando-as indisputáveis. Esse comportamento escorado na autoridade da expertise, muito frequentemente construída sobre uma infraestrutura matemática⁵, pode ser facilmente observado na assídua e influente participação dos economistas na formulação de políticas públicas, já amplamente estudada na sociologia e na ciência política, como demonstram Hirschman e Berman (2014, p. 785), em ampla revisão de literatura.

A prevalência da expertise extrajurídica como principal embasamento das políticas públicas impacta diretamente a extensão e a profundidade das contribuições oferecidas nos pareceres jurídicos que as analisam. Investigação empírica realizada por Mariana Cirne (2019) sobre aspectos quantitativos e qualitativos das argumentações que fundamentam os pedidos de vetos presidenciais em matéria ambiental revelou um quadro de desprestígio renitente das análises jurídicas, em comparação com aquelas elaboradas pelas *áreas técnicas*. Segundo a autora, as manifestações jurídicas pesquisadas raramente examinam o conteúdo das políticas públicas em questão, deixando até mesmo de tecerem argumentos jurídico-formais (avaliação da coerência entre a proposta normativa e o ordenamento jurídico vigente), considerados típicos do mister advocatício. Em contrapartida, 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. Tais achados revelam a postura segundo a qual o jurista voluntariamente se abstém de criticar as razões que embasam as políticas públicas, restringindo-se a transcrever e aquiescer com as diretrizes propostas pelos *experts*. Por outro lado, os especialistas usam sua autoridade *técnica* para tirar conclusões típicas do ofício jurídico (CIRNE, 2019, pp. 287 e 323).

A pesquisa sobre a intrincada relação entre direito e técnica torna-se hoje particularmente premente, na medida em que o avanço das *tecnologias da informação e comunicação* (TICs) passa a possibilitar a automação de certas decisões administrativas. Ao utilizar algoritmos (sequências de instruções matemáticas, programadas em

⁵ As disciplinas que compõem a *expertise* aqui comentada utilizam-se da matemática (principalmente nas modalidades da estatística e da teoria da probabilidade) como ferramenta indispensável ao método científico que valida a produção de seu conhecimento (GIGERENZER et al., 1989, p. 235). A título ilustrativo, vale notar que a medicina somente aceita como eficazes os tratamentos que se submetem a rigorosos testes pensados segundo métodos estatísticos, agindo do mesmo modo muitas outras ciências.

linguagens apropriadas para computadores) para identificar padrões e regularidades em meio a uma imensa massa de dados, torna-se possível extrair inferências sobre múltiplos padrões de comportamento social, que tanto podem servir para descrever certas correlações entre fatos, como para estimar a probabilidade de futura ocorrência delas (ALPAYDIN, 2010, pp. 2-4). E junto com a realização de previsões, surge também a oportunidade de formular prescrições (políticas públicas) destinadas a moldar a realidade em função de um parâmetro ideal sobre como ela deveria ser. Decisões administrativas relacionadas a políticas públicas, antes institucionalizadas por meio de processos burocráticos que lhe emprestavam algum grau de legitimidade jurídica e democrática, tenderão a ser gradualmente automatizadas, dispensando, tanto quanto tecnologicamente possível, a intervenção humana. Alguns exemplos, a seguir mencionados, ajudam a esclarecer o assunto.

Danielle Citron e Ryan Calo (2019) alertam que a administração pública norte-americana vem utilizando sistemas automatizados para decidir sobre concessão e encerramento de benefícios assistenciais (como fornecimento de medicamentos a pacientes com câncer e entrega de cupons para compra de alimentos), excluir cidadãos da lista de eleitores e considerar pequenas empresas inabilitadas para contratar com o poder público. Assim, se for levado em consideração que todo o aparato jurídico-institucional de controle dos atos administrativos é fundado no pressuposto da atuação humana, a ausência da participação direta de um ser humano em decisões tomadas pela administração pública pode vir a ser encarada como uma séria ameaça ao caráter democrático do Estado (COGLIANESE; LEHR, 2017, p. 6). Se a interlocução entre o direito e a *expertise*, lastreada em construtos matemáticos, apresentava disfuncionalidades⁶ já antes do advento de tais sistemas automatizados, agora a própria possibilidade de existência de um tal diálogo está em risco. A investigação acadêmica dos múltiplos aspectos dessa nova realidade mostra-se, então, como uma necessidade.

Todavia, o estudo das implicações jurídicas produzidas pela expansão dos usos práticos proporcionados pelo conhecimento matemático, como suporte racional para as decisões sobre políticas, não é, em si, uma novidade. Na verdade, trata-se de um tema que tem antecedentes muito antigos. Ao estudar a impertinência dos paralelos entre as ordens da natureza e da moral, Lorraine Daston (1988, p. 300) chamou atenção para o processo de ascensão da influência da matemática sobre as ciências morais, atingindo seu auge no

⁶ As disfuncionalidades ora referidas decorrem do difícil diálogo entre o direito e a *expertise*, acima comentado.

Iluminismo, quando a razão, entendida segundo os estilos geométrico e aritmético, servia de inspiração e modelo de racionalidade aplicável às decisões humanas. Mais que isso, a autora alertou para os contrabandos que assiduamente ocorrem entre as fronteiras dos domínios da natureza e da sociedade, em especial, do primeiro para o último, com o objetivo de transportar a autoridade extraída da ordem natural (observações sobre como o mundo é) para a ordem social (projeções sobre como a sociedade *deve ser*). É o que Daston (2004, pp. 409-410) tratou como *falácia naturalística*, pois recobre as verdadeiras origens de certas ideias aplicadas à ordem social, sob as vestes legitimadoras confeccionadas pelas ciências da natureza. A seu turno, ao se debruçar sobre o tema da racionalidade que move o exercício do poder, Michel Foucault desenvolveu conceitos como o de *governamentalidade* (FOUCAULT, 2004a, p. 374) e de *biopolítica* (FOUCAULT, 2004b, p. 323). Sobre o primeiro, esse filósofo e historiador francês compreendia o resultado do processo pelo qual o Estado adquiriu uma racionalidade própria, que opera segundo técnicas específicas capazes de articular o conjunto dos indivíduos sob o exercício de um poder soberano. Quanto à biopolítica, Foucault entendia ser a maneira pela qual o pensamento político pretende, desde o século XVIII, racionalizar os problemas apresentados à prática governamental pelos fenômenos próprios de uma *população* (conjunto de seres vivos sujeito a um Estado). Nesses termos, o governo agiria mediante uma tecnologia política, ao orientar sua atuação segundo uma racionalidade inspirada na matemática (na teoria das probabilidades, em especial), que promete medir o mundo com exatidão (propicia ao Estado formas diversas de intervenção em variados aspectos de sua população, como a saúde, a natalidade, a cultura, o comércio, dentre muitos outros).

Sobre a disciplina da mensuração do mundo, a estatística, Alain Desrosières (1998, pp. 1-3) chamou a atenção para uma ambivalência que nela reside. Ao mesmo tempo em que, para a estatística, os fatos sociais a serem mensurados são *coisas* (possuindo uma existência real e independente no mundo), eles também podem ser considerados *como se fossem* essas mesmas *coisas*, pondo em evidência a trajetória histórica da construção das interpretações sobre os fatos sociais. Em direção semelhante, Marcus Faro de Castro (2019, p. 13) apontou que o núcleo *técnico* das políticas públicas é reiteradamente formulado em linguagem simbólica, a qual dá vida a construtos matemáticos (indicadores econômicos e sociais, modelos econométricos, *softwares*, etc.) que possuem o efeito de encobrir verdadeiras decisões políticas, as quais, por sua vez, implicam escolhas morais atinentes a diversos aspectos da vida em sociedade.

Apanhando os fios condutores deixados pelos autores em referência (Foucault, Daston e Castro), esta tese almeja explorar as principais ideias e instituições que participaram do processo de formação histórica dos estilos essenciais de racionalidade jurídica que predominam no direito administrativo contemporâneo, quando confrontado com conhecimentos advindos da expertise extrajurídica. Como já comentado acima, existe uma praxe jurídica que reúne modos de racionalidade capazes de subordinar o direito à técnica, reduzindo o espectro da análise jurídica a questões meramente formais. Ainda, convive com ela um outro estilo de racionalidade, que suprime a expertise em favor do direito, acreditando possuir um método preciso e capaz de decidir, a cada problema apresentado, o correto equilíbrio entre interesses e valores morais conflitantes. Nele predominam métodos principiológicos, com nuances consequencialistas, que buscam embasamento num formalismo jurídico centrado na ideia da *ponderação de valores*⁷. Trata-se, segundo Castro (2012, p. 206), 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.

Escavar as raízes desses dos estilos de racionalidade prevalentes no direito administrativo brasileiro ajudará a perceber as variadas maneiras pela qual a falácia naturalística legitima a expertise, em detrimento do debate democrático sobre as suas implicações sociais. Da mesma forma, colocará em evidência, diante da paulatina automação de decisões administrativas, o esgotamento dos estilos de racionalidade vigentes, levando à urgência de refletir sobre racionalidades alternativas, que visem não apenas preservar, mas sobretudo aprofundar a democracia nas relações entre a administração pública e a sociedade.

Nesse contexto, levando em consideração:

(i) que os estilos de racionalidade hoje predominantes no direito administrativo não proporcionam meios adequados para analisar a expertise extrajurídica que fundamenta as políticas públicas;

(ii) que esse cenário vem sendo agravado pelo avanço do processo de automação das decisões da administração pública;

⁷ Entre os mais destacados formuladores de métodos de ponderação de princípios, encontram-se Ronald Dworkin e Robert Alexy (CASTRO, 2012, p. 211). Por sua vez, o cálculo de custo-benefício pode ser bem representado pela *análise econômica do direito*, com sua filiação às teorias econômicas neoclássicas (CASTRO, 2012, p. 207).

esta pesquisa procurará enfrentar a seguinte pergunta: *Como seria possível pensar um estilo de racionalidade que, ao mesmo tempo, livrasse o direito administrativo da subordinação dogmática e formalista à expertise extrajurídica e o fizesse evitar a postura autossuficiente e impositiva das técnicas fundadas em ponderação de princípios?*

Responder à pergunta de pesquisa exigirá, antes de tudo, uma apresentação crítica do panorama a respeito dos estilos essenciais de racionalidade operados pelo direito em geral e em especial pelo direito administrativo contemporâneo no Brasil (Capítulo 1). A referida análise requisitará o emprego das tipologias de racionalidade formuladas por Max Weber. Conseqüentemente, serão previamente oferecidas contextualizações conceituais a respeito da sociologia weberiana, incluindo noções do pensamento desse sociólogo sobre o direito (combinadas com a tipologia de Roberto Mangabeira Unger (1979) a respeito das fases de desenvolvimento do direito). Na sequência, serão explorados alguns casos concretos que ilustram a diferenciação entre os estilos de racionalidade predominantes no direito administrativo nacional (divididos entre atitudes que subordinam o direito à expertise, ou que a suprimem em favor do direito), objetivando-se demonstrar a insuficiência de tais estilos para lidar com o problema do difícil diálogo entre direito e técnica. Ainda nesse capítulo, serão abordadas as relações entre o desenvolvimento do processo de racionalização da burocracia estatal e o surgimento de iniciativas em prol da automatização algorítmica das decisões administrativas relacionadas a políticas públicas (*regulação algorítmica*), o que contribuiu para o agravamento do problema da insuficiência dos estilos de racionalidade em voga no direito administrativo. Será constatado que o desafio de enfrentar o problema de pesquisa em questão convida a revisitar os processos de mudanças e de desenvolvimento das ideias e das instituições que propiciaram, em meados do século XIX, o crescimento do direito administrativo moderno.

Tendo em mente que as estruturas institucionais modernas (construídas em grande parte mediante o desenvolvimento de doutrinas jurídicas) decorrem de uma formação milenar, durante a qual temas morais frequentemente conectavam o ser (natureza) e o dever ser (sociedade), o Capítulo 2 propõe um excursão histórico-filosófico. Com o objetivo de abordar ideias que influenciam a "subordinação do direito à expertise", o segundo capítulo passará a tratar das origens históricas da "falácia naturalística", que exerce grande influência sobre a racionalidade moderna. Tomando como norte a análise de Lorraine Daston (2004) sobre os paralelos frequentemente impertinentes entre as ordens da natureza e da moral, esse capítulo cursará a principal trilha percorrida pelas

ideais e instituições que levaram à formação do direito natural moderno nos séculos XVII e XVIII. Para tanto, após abordar noções gerais a respeito da cosmologia grega em torno da ideia de natureza, será discutido o desenvolvimento da racionalidade jurídica pela escolástica medieval, seguida pelas conturbações políticas e teológicas que precederam a revolução científica. Por fim, o capítulo abordará as discussões filosóficas que resultaram no nascimento do direito natural moderno, de Hugo Grotius a Christian Wolff, analisando, ao final, as sequências de metáforas mecanicistas mencionadas ao longo do texto, em função da teoria de Daston sobre a autoridade moral da natureza.

No Capítulo 3, com o auxílio do marco teórico proporcionado por Michel Foucault (2004a), será investigado o caminho pelo qual se desenvolveram as principais ideias e instituições relacionadas à formação da racionalidade governamental que move o direito administrativo moderno, enquanto disciplina jurídica positiva fundada em finais do século XIX. Nesse traçado, serão pesquisados os esforços empenhados pelos juristas para transformar o direito, apesar de seu caráter eminentemente intelectual, numa disciplina submetida a rigores científicos equiparáveis àqueles aplicados aos diversos saberes especializados que então se multiplicavam ao final do século XVII. O estudo a respeito da invenção da razão de Estado, na virada do século XVI para o XVII, será crucial para examinar o processo pelo qual a atividade de polícia se transformou, ao mesmo tempo, numa ciência e numa técnica racional de exercício do poder. Na sequência, será examinado o processo de formação do direito administrativo como disciplina jurídica positiva, motivado pelas ideias liberais gestadas em reação ao caráter autoritário do Estado racionalizado de acordo com a ciência da polícia.

Por último, o Capítulo 4 se dedicará ao esforço de imaginar um estilo de racionalidade alternativo para o direito administrativo, no que toca às relações entre direito administrativo e expertise extrajurídica, diante do desafio de se desenvolver a análise (jurídica) de políticas públicas: a *racionalidade problemático-democrática*. Como será visto, esse estilo alternativo de racionalidade se orientaria, primordialmente, pela problematização das políticas públicas e pelo valor da participação democrática, fornecendo um norte definido para o exercício estratégico da autolimitação governamental formulada pelo direito administrativo, em meio às disputas cotidianas entre liberdades e dominação. A princípio, serão examinadas as abordagens propostas pela literatura jurídica contemporânea para lidar com o problema da impenetrabilidade dos algoritmos inteligentes, que ameaçam corroer as instituições democráticas do Estado de direito. Como passo seguinte, serão apresentadas as contribuições do autor sobre o que

propõe ser uma nova racionalidade para o direito contemporâneo, especialmente para o administrativo brasileiro, de modo a que assuma com efetividade o desafio de influir na gestação, na implementação e na avaliação de políticas públicas no cenário de crescente dominação da realidade pelo conhecimento técnico, potencializado pela robotização de decisões antes confiadas a funcionários especializados. São duas as questões que suscitam maior atenção, tendo em vista o objetivo de reimaginar o direito administrativo: (i) a participação do direito administrativo na crítica problematizadora do conhecimento técnico, incluindo os construtos matemáticos, em especial aqueles incorporados às tecnologias da informação e da comunicação (TICs), e à sua utilização como instrumento de reforma social⁸; e (ii) a disponibilidade e a funcionalidade dos espaços institucionais de contestação democrática no âmbito da administração pública. Com amparo nas ideias desenvolvidas por Michel Foucault (1994c), Marcus Faro de Castro (2019), Pierre Rosanvallon (2015) e Andrew Feenberg (2017), entre outros, serão examinadas as implicações, para o direito e para a democracia, decorrentes da expansão das decisões algorítmicas dentro da administração pública, nas quais os construtos matemáticos restam amiúde inquestionados. Desse modo, pretende-se defender para o direito administrativo a adoção de uma racionalidade que se oriente menos pela busca das respostas demandadas pelos problemas postos pela expertise, e mais pelo objetivo de estruturar as perguntas possíveis a partir de tais problemas. Essa racionalidade jurídica orientada à problematização deve, igualmente, mirar as formas jurídicas e institucionais que modulam as regras do debate público acerca das decisões sob exame, de modo a exigir a constante ampliação do caráter democrático do Estado, minorando o problema do hermetismo das decisões técnicas, em geral, e algorítmicas, em especial.

Ao fim, antes de passar à leitura da sequência dos capítulos, não se pode deixar de advertir que, apesar de a narrativa se esforçar por seguir uma certa ordem cronológica do desenvolvimento das ideias e das instituições importantes para a compreensão das racionalidades do direito administrativo contemporâneo, não se pretende contar uma história linear, triunfal e definitiva sobre o assunto. Cada ideia ou instituição histórica examinada neste trabalho não pode ser reduzida a um elo preso numa cadeia precisa de explicações causais. Diferentemente, as relações históricas sobre as quais esta tese escolhe lançar luz são aquelas que foram entendidas como essenciais à narrativa proposta

⁸ Com esse propósito, será utilizada a perspectiva *pós-logocêntrica* proposta por Castro (2019), que tenciona descortinar o que há de convencional e arbitrário nos pressupostos dos construtos matematizados elaborados pela *expertise*.

nesta pesquisa, sem a pretensão de exaurir as inúmeras discussões e ilações que cada elemento analisado tem o potencial de suscitar. Com isso em mente, o leitor poderá prosseguir no curso da narrativa histórica construída nesta tese, cujos elementos serão necessários para, ao fim deste trabalho, discutir a proposta de reimaginação da racionalidade que opera o direito administrativo contemporâneo, quando em contato com os conhecimentos da *técnica*. Feita essa ressalva, passa-se à pesquisa.

1. Identificação e crítica dos estilos de racionalidade predominantes no direito administrativo moderno

O recém-graduado jurista mal deixa os bancos das faculdades de direito brasileiras e logo passa a ter como atribuição, seja como advogado privado ou servidor público, opinar ou decidir 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*⁹, ou seja, suas políticas públicas. Essas são entendidas como programas de ação governamental, resultantes de conjuntos de processos juridicamente regulados, de acordo com Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 76), ou enquanto ações políticas prospectivas, moldadas por formas proporcionadas pelo direito, e dirigidas a fins criativamente estipulados, consoante Marcus Faro de Castro (2012, p. 63). Apesar das fortes relações que ambos os autores veem entre direito e políticas públicas, percebe-se que, do treinamento universitário que receberam, os jovens juristas podem contar apenas com escassos e frágeis recursos metodológicos para enfrentar a tarefa de analisar os atos e as normas que revestem as ditas políticas. Esse alerta foi soado por Diogo Coutinho (2013, p. 3), ao apontar que o ensino jurídico brasileiro, após quase dois séculos, negligenciou a formação de profissionais do direito preparados para *estruturar, operar e aprimorar políticas públicas*. No mesmo sentido, vale destacar, também convergiram Bucci (2013, p. 8) e Castro (2012, pp. 220-221), que igualmente apontaram a insuficiência das doutrinas jurídicas, legadas pelas gerações anteriores, para contribuir com o Estado na promoção do bem efetivo.

Esses três autores provocam a atual geração de operadores do direito a refletir acerca da adequação das teorias jurídicas hoje predominantes. Diante desse convite à investigação, abre-se caminho para questionar sobre o que deve tomar a atenção do jurista ao se deparar com uma proposta de política pública cujos motivos tenham origem em disciplinas estranhas ao direito. O que deve preocupá-lo, diante de ato normativo infralegal que, por exemplo, imponha padrões específicos de engenharia de redes para assegurar a qualidade da prestação de serviços de telecomunicações? Ao examinar uma minuta que estabeleça critérios para atendimento da população em postos de saúde, é suficiente que esse jurista se restrinja ao exame das competências legais para produção

⁹ A articulação entre intenções e ações governamentais integra a noção de política pública (PAGE, 2008). Sobre o assunto, ver a nota de rodapé nº 1.

dos atos em questão? Seria o bastante que ele apenas se certificasse da inexistência de eventuais contradições com normas jurídicas hierarquicamente superiores, na hipótese de analisar previamente um edital de leilão para concessão de aeroportos? Ou, pelo contrário, deve o jurista procurar se familiarizar com a linguagem empregada pela *expertise extrajurídica*¹⁰, procurando compreender e criticar, por hipótese, os cálculos probabilísticos que fundamentem uma proposta de política fiscalizatória por amostragem. Nesse caso, que encaminhamentos deve esse jurista dar às opiniões a que tiver chegado? O desafio desta pesquisa, em resumo, é investigar como seria possível desenvolver um estilo de racionalidade que, ao mesmo tempo, livrasse o direito da subordinação automática à *expertise*, sem que o deixasse incidir em atitudes autossuficientes e metodologicamente autoritárias, que reivindicam ao conhecimento jurídico a determinação do único caminho correto.

Essa curta série de indagações permite vislumbrar, desde já, a existência de um vasto campo para investigação epistemológica sobre o modo como o direito conhece (ou deve conhecer) os elementos da linguagem *técnica* (as informações e os juízos) que dão corpo às políticas públicas¹¹. Tais políticas, como bem observou David Kennedy (2006, p. 95), são frequentemente apresentadas mediante os vocabulários próprios das *expertises* jurídica e extrajurídica (tal como a *expertise* econômica), que possuem o efeito de obscurecer a disputa política entre interesses e valores que de fato estão em jogo durante o processo do qual elas resultam. Nesse contexto, Kennedy atribui ao adjetivo *político* dois sentidos: no primeiro, o *expert* age politicamente quando *distribui recursos* entre grupos e indivíduos, acarretando escolhas entre grupos de interesse que contestam uns aos outros dentro da arena que se convencionou chamar política (mulheres e homens, pobres e ricos, trabalhadores e rentistas, por exemplo); no segundo, o *técnico* atua politicamente ao *distribuir poder* entre posições ideológicas associadas a rótulos do embate costumeiramente tido por político (esquerda, centro e direita). Sobre o hermetismo do conhecimento técnico, Castro (2019) acrescentou que amiúde as políticas públicas sequer são veiculadas sob a forma de linguagem natural, apresentando-se, ao

¹⁰ Segundo já adiantado na nota de rodapé nº 4, esta tese tratará como *expertise extrajurídica* todo o conhecimento produzido por disciplinas estranhas ao direito, seguindo método científico por elas validado. Serão considerados como equivalentes de *expertise extrajurídica* os termos *técnica* e *expertise*, mesmo quando não adjetivados. Por sua vez, os atores que produzem ou manuseiam os conhecimentos da *expertise* serão, daqui por diante, chamados de *experts*, *técnicos* ou *especialistas*.

¹¹ Essa temática, em torno da investigação epistemológica sobre como o direito conhece os elementos da linguagem da técnica (conhecimento extrajurídico) será abordada, por diferentes ângulos, ao longo dos quatro capítulos desta pesquisa.

invés disso, por meio de linguagem simbólica, formalizada¹², potencializando a dificuldade de se identificar e criticar as escolhas *políticas* nelas embutidas.

Num primeiro passo, anterior à exploração dos questionamentos epistemológicos já mencionados (o que será diretamente enfrentado no Capítulo 4), é preciso delimitar quais filiações de discurso jurídico, que campo da linguagem da expertise jurídica, esta tese pretende abordar. Nesse sentido, ao voltar sua atenção para as maneiras pelas quais o direito conhece a expertise que fundamenta as políticas públicas, esta pesquisa deverá focar os discursos jurídicos que se desenvolvem dentro da esfera do direito administrativo. É dentro desse campo onde são desenvolvidas e manejadas as categorias jurídicas diariamente utilizadas para interagir com os conhecimentos extrajurídicos que motivam a ação governamental. Tais categorias jurídicas típicas do direito administrativo (conceito de *discricionabilidade técnica*, por exemplo) serão objetos iniciais de estudo deste capítulo, propiciando terreno para a crítica à racionalidade das doutrinas nas quais tais essas categorias se inserem. Como foi sugerido acima, e agora é afirmado, este trabalho adere à postura crítica de Castro, Bucci e Coutinho em relação às doutrinas legadas e difundidas pelo ensino jurídico tradicional, e, portanto, afasta-se de uma visão idealizada do fenômeno jurídico inerente ao agir estatal, a qual concebe o direito administrativo como *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*, segundo as lições do multicitado manual de Hely Lopes Meirelles (1989, p. 24). Esta pesquisa procura adotar, em contraste com a doutrina tradicional, uma percepção realista sobre a prática do direito administrativo, aproximando-se de autores que o enxergam como instrumento da *racionalização formal do exercício do poder pelo Estado* (BUCCI, 1997, p. 91), ou como uma *tecnologia jurídica de gestão de políticas públicas no âmbito do Estado* (COUTINHO, 2013, p. 8)¹³.

Estabelecido o foco nos discursos jurídicos que permeiam o exercício cotidiano do direito administrativo, convém, ainda, explicitar que a investigação proposta se

¹² Para ilustrar os casos de políticas representadas por linguagem simbólica, Castro (2019, pp. 1-2) menciona os diversos indicadores empregados como ferramentas de governança globais, como aqueles promovidos pelo Banco Mundial sobre a facilidade de fazer negócios (*Doing Business Indicator*) ou desenvolvidos pelos economistas ao longo das décadas passadas, a exemplo do PIB, das taxas de inflação, de desemprego, etc. Da mesma forma, não deixa de apontar que também os algoritmos de inteligência artificial se encaixam na descrição das políticas construídas em função de linguagem formalizada.

¹³ Diogo Coutinho (2013, pp. 22-23), para além da perspectiva instrumental ora enfatizada, enxerga na análise jurídica de políticas públicas também as dimensões substantiva (crystalização das opções políticas no direito positivo), estruturante (divisão e coordenação de competências entre órgãos do setor público e entre este e o privado) e participativa (garantia de participação, *accountability* e mobilização a respeito das políticas públicas).

concentrará sobre a racionalidade (ou estilos¹⁴ de racionalidade) que move tais práticas discursivas. Para tanto, esta pesquisa adotará como ferramentas básicas de análise os conceitos weberianos de racionalidade ligados à ação social, com o objetivo de apreender intelectualmente os elementos que determinam os estilos de discurso jurídico examinados, dentro do contexto de sentido em que são empregados (WEBER, 1978, p. 5). A seção a seguir se encarregará de apresentar as noções fundamentais da tipologia weberiana que serão emprestadas para analisar, na sequência, os estilos de racionalidade mais frequentemente encontrados na prática discursiva do direito administrativo. A compreensão dos pontos centrais da teoria da racionalidade weberiana possibilitará, ao longo deste capítulo, a reapreciação da própria sociologia jurídica de Max Weber, juntamente com a crítica aos comentados estilos de racionalidade próprios do direito administrativo, fundamentada nas observações de Duncan Kennedy (2004) e Marcus Faro de Castro (2012). Ao final do capítulo, esses autores ganharão a companhia da teoria de Michel Foucault, que servirá de ponte para uma crítica dos estilos de racionalidade administrativista, a ser realizada no Capítulo 4, passando por uma abordagem histórica de importantes noções a eles relacionadas, durante os Capítulos 2 e 3.

1.1. Noções fundamentais da sociologia de Max Weber: racionalidade, ordem legítima e formalismo jurídico

De acordo com Max Weber (1978, pp. 5-7), uma ação pode ser conhecida racional ou emocionalmente. Nesse último caso, são as qualidades relacionadas à empatia ou à estética, compartilhadas entre os participantes, que condicionam a atribuição de sentido à ação, dentro do contexto emocional em que ela se deu. Diferentemente, a ação racional é passível de ser conhecida intelectualmente, quando os sentidos atribuídos aos 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. De modo a propiciar uma adequada análise científica das ações sociais, Weber (1978, p. 7) formulou sua tipologia em função de *tipos puros*, numa idealização que permite tratar a ação racional como um tipo conceitualmente

¹⁴ Esta pesquisa 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 trabalho se refere compreende uma forma determinada de discurso jurídico, vinculada a conceitos-chave identificáveis e representativa de um dos *tipos de racionalidade* weberianos.

puro, do qual se afastam todos os elementos da ação irracional, determinados afetivamente.

Weber (1978, pp. 24-25), então, distinguiu quatro tipos de ação social: (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; (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 ação; (iii) ação *afetiva*, determinada pelos afetos específicos do ator, bem como de seus estados emocionais; (iv) ação *tradicional*, sendo aquela pautada pelo hábito enraizado. De forma a compreender a sociologia jurídica weberiana, as duas espécies de ação racional são cruciais, e a elas será dedicada maior atenção. Para esta pesquisa, é relevante aprofundar os dois primeiros tipos de ação racional.

Ao analisar a tipologia weberiana acima descrita, Duncan Kennedy (2004, p. 1038) salientou que a racionalidade instrumental era, para Weber, mais elevada que a racionalidade valorativa. 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. Na visão de Duncan Kennedy (2004, p. 1038), esse tipo de racionalidade consistiria na busca de um resultado específico da maneira mais efetiva o 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 analisada. 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 irracional (WEBER, 1978, p. 26). 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 uma ação fosse racional-valorativa, explicou Weber (1978, p. 25), 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. Por outro lado, uma ação racional orientada exclusivamente em função de seus fins, apartada de quaisquer conotações valorativas, seria para Weber

(1978, p. 26) um caso limítrofe, 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. A escolha entre meios e fins alternativos e conflitantes poderia ser resolvida, por exemplo, de maneira racional-valorativa. De igual modo, mesmo que um fim tenha sido determinado em função de um valor, os meios eleitos para tanto poderiam ser cogitados sob uma racionalidade instrumental. Ainda, aludindo a outra hipótese de mescla entre os tipos de racionalidade, Weber (1978, p. 26) mencionou a situação em que o indivíduo poderia tomar os fins alternativos como desejos subjetivos preestabelecidos, arranjando-os numa escala de urgência. Dessa forma, tais fins seriam atingidos na medida do possível, em razão do grau de urgência a ele atribuído, qual formulado no princípio econômico da utilidade marginal¹⁵.

Para que seja possível compreender a importância dos tipos racionais no âmbito da sociologia jurídica weberiana, é preciso conhecer sua tipologia também quanto às espécies de legitimidade ordenadora da sociedade, uma vez que o direito possui íntima relação com o problema da ordem social, como bem anotou Unger (1979, p. 51). Para Weber (1978, p. 31), a ação social é guiada pela crença na existência de uma ordem legítima, a qual possui validade na medida em que as máximas pertinentes a essa ordem são vistas socialmente como obrigatórias ou exemplares. A ordem social, na teoria weberiana, ancora-se em quatro possíveis fundamentos: (i) a tradição (válido é aquilo que sempre existiu); (ii) a fé, entendida como um afeto especialmente emocional (válido é aquilo que é recém-revelado ou exemplar); (iii) a fé, enquanto valor racionalmente aferido (válido é aquilo que deduzido de um valor absoluto¹⁶); (iv) a norma positiva (válido é aquilo que é acreditado como *legal*). A legalidade positiva, nesse último caso, poderia tanto derivar de um consenso entre as partes interessadas como da imposição por uma autoridade considerada legítima, a quem todos acreditam dever obediência (WEBER, 1978, p. 36).

¹⁵ Utilidade marginal é conceito econômico correspondente ao acréscimo de satisfação ou benefício (utilidade) que o consumidor experimentará ao consumir uma unidade adicional de um bem ou serviço. De acordo com a *lei da utilidade marginal decrescente*, o aumento no consumo do bem ou serviço em questão acarreta a declínio da utilidade marginal resultante do consumo adicional de uma unidade (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 201).

¹⁶ Vale destacar que, para Weber (1978, p. 37), que o tipo mais puro de legitimidade baseada na racionalidade valorativa era a filosofia do direito natural, a qual deduzia suas proposições jurídicas a partir de primeiros princípios.

Ao tempo em que escreveu sua obra, Weber (1978, p. 37) afirmava que a forma mais comum de ordem legítima era a crença na legalidade, marcada pelo positivismo jurídico, consistente na aderência às normas jurídicas tidas por *formalmente corretas*, e produzidas da maneira previamente convencionada. Unger (1979, p. 57), por sua vez, notou que *a natureza do direito muda de uma forma de vida social para outra*, sendo conveniente distinguir os tipos de direito precedentes para melhor compreender o pensamento jurídico contemporâneo. Ao reapreciar a tipologia weberiana sobre os tipos de legitimidade, Unger propôs três conceitos típicos de direito. No primeiro conceito, mais amplo, esse autor designou *direito costumeiro (consuetudinário ou de interação)* qualquer forma de interação entre indivíduos e grupos, aliada ao reconhecimento mais ou menos explícito de que tais normas de interação geram expectativas recíprocas de comportamento, as quais devem ser respeitadas. Nessa ideia de direito, o aspecto da regularidade fatural do comportamento estaria ligado ao normativo, levando à crença da existência de uma correspondência entre as ordens da sociedade e do cosmos. Inexistiria, assim, distinção entre *o que se faz* (o que é) e *o que se deve fazer* (o que deve ser), não sendo tal direito, portanto, nem público nem positivo¹⁷ (UNGER, 1979, pp. 58-59).

O segundo tipo de direito, na tipologia de Unger (1979, pp. 60-61), seria o que chamou de *direito administrativo* (ou regulatório), que não possui relação com o conceito de direito administrativo moderno, enquanto campo especializado da disciplina jurídica, cujo desenvolvimento, em meados do século XIX, será abordado no Capítulo 3 da presente obra. A noção ungeriana de “direito administrativo” diferencia-se do direito costumeiro por ser público e positivo, tendo em vista que suas normas seriam explicitamente estabelecidas e impostas por um governo identificável. Nesse contexto, o direito administrativo estaria vinculado à existência do Estado, responsável por definir as regras formais de exercício de poder de alguns grupos sobre outros, introduzindo distinções entre hábitos e deveres, e entre elaboração e aplicação de regras. Unger empregou o termo *administração* em sentido amplo, para descrever qualquer órgão estatal que elabore ou administre leis, fazendo recordar a noção ampliada que Weber (1978, p. 644) atribuiu à expressão *administração pública*, que incluiria não apenas a legislação, mas também a adjudicação e as atividades residuais que se convém chamar de *governo*.

¹⁷ Nesses termos, o direito costumeiro não seria público porque comum a toda a sociedade, estando desassociado de um governo centralizado. Também não seria positivo, pois suas normas de conduta seriam implícitas, ao invés de contarem com formas explícitas (UNGER, 1979, p. 60).

Da mesma forma, seguindo a linha weberiana¹⁸, Unger (1979, p. 62) ressaltou que a regulação administrativa encontraria sempre limitações vindas de outros tipos de leis, a exemplo das regras do costume e da religião. Seriam exemplos de estados administrativos, no sentido ungeriano, os grandes impérios teocráticos, nos quais as leis sagradas e os costumes rivalizariam com a autoridade administrativa, positiva, do Estado, impondo-lhe limitações.

Nessa classificação, o último conceito de direito seria o da *ordem jurídica* (ou “sistema legal”), que corresponde ao tipo puro weberiano da *autoridade legal*¹⁹. Para Unger (1979, p. 62), o direito como *ordem jurídica* teria como características ser geral e autônomo, além de público e positivo. A autonomia aí tratada possuiria quatro aspectos: substantivo, institucional, metodológico e ocupacional. Assim, o direito seria substantivamente autônomo caso as regras elaboradas e impostas pelo Estado não possam ser concebidas como meras reformulações de normas extrajurídicas, informadas por valores econômicos, políticos ou religiosos. Na sequência, Unger (1979, p. 63) explicou que a institucionalidade do direito entendido nessa acepção (*ordem jurídica*) decorreria da especialização funcional dos órgãos responsáveis pela tarefa de aplicar as normas jurídicas. Dessa forma, dentro do próprio Estado passariam a ser reconhecidas diferenciações entre legislação, administração e aplicação das leis. Já a autonomia metodológica do direito ocorreria na medida em que tais instituições especializadas justificassem seus atos consoante formulações próprias, distintas de outras disciplinas ou práticas relacionadas ao método científico, e aos discursos morais, políticos ou econômicos. Por fim, a autonomia ocupacional é marcada pela existência de um grupo especial dedicado à profissão jurídica. Esses juristas se diferenciam socialmente pelas prerrogativas singulares e pelo treinamento na argumentação jurídica, o que lhes garante a exclusividade na obtenção dos cargos inerentes às instituições especializadas na prática do direito. Os comentados aspectos da autonomia da *ordem jurídica* são interdependentes e, segundo afirmou Unger (1979, p. 63), atribuem singular importância ao ideal de

¹⁸ Weber (1978, 652), a esse respeito, argumentou que a administração, em um sentido primitivo, remontava à noção de poder patriarcal, o qual conferia ao governante poderes quase irrestritos sobre a população, à exceção de algumas áreas da vida social, abrangidas pelo costume e pela religião, que serviriam como elementos de limitação ao poder.

¹⁹ A racionalidade jurídica inerente a esse tipo ideal (*autoridade legal*) dependeria de um sistema consistente de normas abstratas, deliberadamente estabelecido. De acordo com Weber (1978, pp. 217-218), a autoridade legal teria entre suas características principais: (a) corpo burocrático permanente e limitado pela lei positiva; (b) esfera específica de competência (jurisdição e administração); (c) hierarquia; (d) regras e normas técnicas que regulam a atividade da administração, exigindo treinamento especializado de seus membros; (e) separação entre membros da burocracia e a propriedade dos meios de produção burocráticos.

generalidade da elaboração de leis e de *uniformidade* na sua aplicação, o que seria o elemento diferenciador do direito em relação à administração e à política.

Convém destacar que Unger espelhou as conclusões de Weber (1978, p. 653) a respeito da diferenciação funcional e institucional entre as atividades de produção da norma jurídica e de aplicação (interpretação) delas. Nesse ponto, com objetivo de conferir maior clareza às implicações da mencionada *diferenciação*, essencial para a realização da posterior crítica aos estilos de racionalidade jurídica, o curso deste capítulo deve retornar às explicações fornecidas pelo próprio Weber, por serem mais completas e precisas. Assim, vale recordar que o sociólogo alemão correlacionou o surgimento de tal diferenciação à aceitação da dogmática jurídica²⁰ como o modo de pensamento predominante a respeito da prática do direito:

De acordo com os nossos modos contemporâneos de pensamento jurídico, as atividades das organizações políticas recaem, no que toca ao “direito”, em duas categorias, quais sejam, a produção e a interpretação das normas jurídicas, essa última envolvendo a “execução” como um assunto técnico. Hoje nós entendemos a produção normativa como o estabelecimento de normas gerais, as quais no pensamento dos juristas assumem o caráter de regras racionais de direito. A interpretação normativa é a “aplicação” de tais normas estabelecidas, e das proposições jurídicas deduzidas a partir delas mediante o método jurídico, a fatos concretos que são subsumidos a essas normas. Contudo, esse modo de pensamento não foi, em absoluto, comum a todos os períodos históricos. A distinção entre produção normativa enquanto criação de normas gerais e interpretação como aplicação dessas normas a casos particulares não existe onde adjudicação seja “administração”, no sentido de livre decisão caso a caso.” (WEBER, 1978, p. 653) (tradução livre do autor)

A sociologia jurídica weberiana, portanto, vincula a distinção entre produção e interpretação (aplicação) normativa à racionalização formalística do direito, concebido enquanto sistema coerente e sem lacunas:

A ciência jurídica da atualidade, ao menos sob as formas que atingiram o mais alto grau de racionalidade metodológica e lógica, como é o caso

²⁰ Weber (1978, p. 311) assim se referiu a respeito da dogmática jurídica: “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).

daquelas produzidas pela ciência jurídica civilista dos pandectistas, decorre dos seguintes cinco postulados: (i) que toda decisão jurídica concreta seja “aplicação” de uma proposição jurídica abstrata a uma situação fática concreta; (ii) que seja possível, em todo caso concreto, deduzir a decisão a partir de proposições jurídicas abstratas por meio da lógica jurídica; (iii) que o direito seja compreendido real ou virtualmente como um sistema de proposições legais íntegro, destituído de lacunas, ou ao menos ser tratado como se assim o fosse; (iv) que tudo aquilo impassível de ser construído racionalmente em termos jurídicos seja também juridicamente irrelevante; (v) que toda ação humana seja enxergada ou como execução (aplicação) de uma proposição legal ou como sua correspondente infração, tendo em vista que um sistema jurídico destituído de lacunas deve corresponder a uma ordem jurídica sobre as condutas sociais igualmente íntegra e completa. (WEBER, 1978, p. 657-658) (tradução livre do autor)

Ainda sobre a distinção entre produção e interpretação das normas no pensamento weberiano, mostra-se oportuno acrescentar os comentários de Duncan Kennedy (2004), os quais serão fundamentais para estender, de uma maneira crítica, as noções de racionalidade jurídica formuladas por Weber aos discursos jurídicos contemporâneos. Nessa perspectiva, Kennedy (2004, p. 1040) assinalou que o aspecto da produção normativa é aberto, podendo receber contribuições substantivas tanto de considerações da prática quanto de juízos racionais-valorativos, sem que isso pudesse influir na obediência social à norma positiva. Por outro lado, esse autor apontou que, de acordo com o tipo ideal de racionalidade jurídica que Weber chamou de *lógico-formal*, a atividade de aplicação da norma a casos concretos, sob a responsabilidade de juízes e de integrantes de administração burocrática, deveria representar um processo de dedução lógica operado apenas internamente ao direito²¹. Sob esse tipo ideal, o intérprete do direito estaria restrito a uma análise lógica sobre sentidos, executada dentro de um universo de normas válidas, positivadas pela instituição especializada na produção normativa. Contudo, vale lembrar que Weber (1978, p. 657) posicionou, ao lado da *racionalidade lógico-formal*, a existência da *racionalidade substantiva*. De acordo com essa última, a resolução de problemas jurídicos seria influenciada por normas diferentes daquelas obtidas pela generalização lógica de conceitos jurídicos abstratos. A racionalidade jurídica substantiva, portanto, poderia embutir imperativos éticos, utilitários, práticos, políticos ou econômicos, afastando-se do tipo ideal formalístico prescrito por Weber.

²¹ Sob a designação de racionalidade lógico-formal, Weber tratou da racionalidade própria da atividade jurídica. Essa classificação própria, contudo, não impede que a atividade jurídica seja analisada também segundo os tipos básicos de racionalidade weberiana já abordados.

Assim, explorando os instrumentos conceituais fornecidos pela sociologia weberiana, Duncan Kennedy (2004, p. 1041) observou que o intérprete adepto da dogmática jurídica, ao decidir um caso concreto ou formular sua opinião sobre o que o direito *é*, sempre agirá consoante 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, ainda segundo Kennedy, caso o intérprete aja segundo uma racionalidade substantiva, sua conduta poderá ser tanto *relacionada a valores* quanto *a 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. Em conclusão, ao passo que a racionalidade lógico-formal é sempre valorativa, a racionalidade substantiva poderia ser tanto *valorativa* quanto *instrumental*, consoante Kennedy. Ressalta-se, portanto, que 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 direito (KENNEDY, 2004, p. 1041). 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 são extrajurídicos.

Na seção a seguir, esta pesquisa empregará o método tipológico proposto por Weber 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 extrajurídicos²²), 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 facilitará o desdobramento das críticas que se seguirão nas seções posteriores.

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

O observador atento ao comportamento das instituições constitucionalmente responsáveis por revisar (ou assessorar) os atos administrativos que formalizam as políticas públicas poderá divisar, ao menos superficialmente, duas atitudes comuns dos juristas quanto ao modo de analisar a relação entre o direito e a *expertise*. Antes de abordar quais seriam essas posturas e quais estilos de racionalidade elas revestiriam, convém explicitar de que instituições efetivamente se trata. Elas correspondem, em primeiro lugar, aos 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 estatal²³; são também 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 executivo²⁴; 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 direito²⁵.

²² A respeito das inconsistências teóricas do conceito de direito de Weber, Martin Albrow (1975, p. 28) criticou a separação rígida entre as racionalidades formal e substantiva na sociologia jurídica weberiana, ao destacar que mesmo os conceitos jurídicos mais abstratos possuem distinguível relação com valores substantivos racionalmente aferidos, caracterizando um processo dialético entre direito e realidade social.

²³ Trata-se do trabalho exercido pela advocacia pública, conforme estipulado pelos artigos 131 e 132 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

²⁴ De acordo com a súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, os tribunais de contas podem apreciar a constitucionalidade dos atos do poder público.

²⁵ A judicialização da política é hoje um fenômeno amplamente estudado, que começou a chamar a atenção da pesquisa acadêmica interdisciplinar em meados da década de 1990 (CASTRO, 1997).

Todas essas instituições²⁶, a quem se reconhece o monopólio do exercício legítimo do discurso jurídico²⁷ envolvido nas políticas públicas, ao se depararem com razões providas pela *expertise*, costumam 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. 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.

Discricionariedades pura (interesse público) e técnica (expertise extrajurídica)

O exame dos estilos de racionalidade mais comuns no direito administrativo contemporâneo começará, nesta pesquisa, 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 Pietro (2001, p. 117). De acordo com ela, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1968) teria seguido à risca os ensinamentos doutrinários de Renato Alessi (1970), 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, Mello (1968, p. 424) repete Alessi (1970, p. 195) ao relatar as divergências doutrinárias a respeito do conceito de *discricionariedade técnica*, construído em oposição à noção de

²⁶ Os órgãos do Ministério Público, embora sejam relevantes instituições de controle da legalidade dos atos estatais, não foram incluídos neste rol porque não participam diretamente da elaboração e do assessoramento dos atos administrativos do poder executivo (como o faz a advocacia pública), e tampouco têm competência para revisar, por ato próprio, uma política pública (a exemplo do poder judiciário e dos tribunais de contas).

²⁷ Nota-se aqui a marca da *autonomia ocupacional* a que se referiu Unger (1979, p. 63), ao tratar da característica da autonomia, peculiar ao conceito de direito enquanto *ordem jurídica*. Todos os cargos dos membros da advocacia-pública e da magistratura são exclusivos de bacharéis em direito. Diferentemente, os ministros dos tribunais de contas não são necessariamente juristas, embora o notório conhecimento jurídico seja um dos requisitos suficientes para a investidura no cargo, de acordo com o art. 73, § 1º, III, da Constituição da República (BRASIL, 1988). Todavia, ao serem empossados como ministros de tribunal de contas, essas autoridades passam a ter legitimidade institucional para tratar de assuntos exclusivamente jurídicos, independentemente de sua formação acadêmica.

discricionarietà 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 discricionarietà qualificada como *técnica* estaria adstrita às hipóteses em que a liberdade 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* (MELLO, 1968, p. 424).

Ao apontarem que os *critérios técnicos* que balizam a discricionarietà técnica diminuem, ao invés de aumentar, a liberdade do agente administrativo, Mello (1968, p. 425) e Alessi (1970, p. 195) concluíram ser paradoxal a junção dos termos *discricionarietà* e *técnica*, já que a liberdade associada ao primeiro seria irreconciliável com a precisão lógica inerente ao último. Enquanto a discricionarietà 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 gestor. No âmbito da *técnica*, segundo o jurista italiano, 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. (ALESSI, 1970, p. 195) (tradução livre)

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 hoje (NOBRE JÚNIOR, 2016), o que se pode extrair com segurança dessa contenda é que a racionalidade que animou o desenvolvimento da ideia de *discricionarietà 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

direito²⁸. 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 1910²⁹, oferecendo um verniz acadêmico à jurisprudência, formada nas duas décadas anteriores, que excluía da apreciação judicial as decisões administrativas tomadas segundo critérios técnicos, extrajurídicos (MATTEUCCI, 2013, p. 72). 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 Giannini (1939, pp. 42-43). 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 direito (KENNEDY, 2004, p. 1041). 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 analisam. Esse estilo de raciocínio é evidenciado pela investigação

²⁸ 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.

²⁹ Trata-se de Errico Presutti (1911) e Federico Cammeo (1911), cujas participações na formação da racionalidade do moderno direito administrativo serão comentadas no Capítulo 3.

empírica realizada por Mariana Cirne (2019) sobre aspectos quantitativos e qualitativos das argumentações que fundamentam os pedidos de vetos presidenciais em matéria ambiental, a qual revelou um quadro de desprestígio renitente das análises jurídicas, em comparação com aquelas elaboradas pelas *áreas 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 (avaliação da coerência entre a proposta normativa e o ordenamento jurídico vigente), considerados típicos do mister advocatício³⁰. Tais achados revelam a postura segundo a qual o jurista voluntariamente se abstém de criticar as razões que embasam as políticas públicas, restringindo-se a transcrever e aquiescer com as diretrizes propostas pelos *experts* (CIRNE, 2019, pp. 287 e 323), numa postura de reverência que conota ares quase religiosos.

A *crença* nos conhecimentos da técnica pode ser evidenciada em variadas 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 – ICMBio³¹, 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*” (BRASIL, 2015a). 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* (BRASIL, 2015b). Igual conclusão foi externada pelo Parecer nº 58/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU, expedido pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação, ao afirmar não competir a ela *examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira* (BRASIL, 2015c). Outra manifestação pela incompatibilidade entre *técnica e direito* veio da Nota nº 130/2015/CONEP/PFEIBAMASEDE/PGF/AGU, elaborada pela Procuradoria Federal

³⁰ Em contrapartida, 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. Portanto, os especialistas usam sua autoridade *técnica* para tirar conclusões típicas do ofício jurídico (CIRNE, 2019, pp. 287 e 323).

³¹ Todas as manifestações jurídicas dos órgãos da Advocacia-Geral da União analisadas nesta seção foram pesquisadas no sistema de buscas do Sapiens (Sistema AGU de Inteligência Jurídica), utilizando-se como palavras-chave de pesquisa aquelas correspondentes às doutrinas administrativistas em questão.

Especializada junto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – Ibama, que utiliza fórmulas bastante difundidas na atividade de consultoria jurídica, sendo amiúde encontradas em diversas outras manifestações da advocacia pública:

Cabe destacar, desde logo, que a esta Procuradoria não compete a análise de considerações de ordem técnica, bem como daquelas afetas à avaliação de conveniência e oportunidade da prática de atos administrativos. É que o exame jurídico a seguir apresentado é realizado nos termos do art. 10, §1º, da Lei nº 10.480, de 10 de janeiro de 2002 c/c o art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, subtraindo-se do âmbito de competência institucional deste Órgão análises que importem considerações de ordem técnica, próprias da Administração do Ibama, e aquelas referentes ao seu juízo de discricionariedade (BRASIL, 2015d).

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*” (BRASIL, 2018a). Na mesma linha, o Acórdão Plenário nº TC 008.692/2018-1, ao realizar a análise da efetividade das políticas públicas de incentivo a fontes renováveis de energia, argumentou que “*ante a discricionariedade técnica que reveste a atuação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)*”, o Tribunal não deveria determinar ou recomendar o acatamento de conclusões extraídas de audiência pública, na qual foram discutidos assuntos técnicos, como impactos da geração distribuída (BRASIL, 2018b). 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*” (BRASIL, 2015e).

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*” (MELLO, 1995, p. 961). É o que ensina há décadas Celso Antônio Bandeira de Mello³², provavelmente o jurista vivo mais citado nos tribunais superiores nacionais.³³ 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 (CRAVO, 2014).

Construída por administrativistas alemães, também na virada do século XIX para o XX³⁴, 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, Mello (1995, pp. 966-967) afirmou que existem certas relações entre poder público e administrados que seriam especiais em relação às demais. Nessas relações haveria uma liberdade administrativa muito mais ampla. Nelas a supremacia da administração seria a regra. Dessa maneira, 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 imponível pela própria administração (MELLO, 1995, p. 968).

³² O referido jurista é filho do Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, já anteriormente citado neste capítulo.

³³ Uma simples consulta ao nome de Celso Antônio Bandeira de Mello no banco de jurisprudência unificada do Conselho da Justiça Federal (www.cjf.jus.br) demonstrou que esse autor foi cadastrado como doutrina citada nas seguintes quantidades de acórdãos por tribunal: 87, no Supremo Tribunal Federal; 725, no Superior Tribunal de Justiça; 1975, no Tribunal Federal Regional da 1ª Região; 32, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região; 330, no Tribunal Federal Regional da 3ª Região; 205, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e 564, no Tribunal Federal Regional da 5ª Região. Em comparação, a mesma busca realizada pelo nome de outro famoso administrativista, Marçal Justen Filho, revelou o total de 565 acórdãos. Ambas as consultas foram realizadas no dia 13 de janeiro de 2018.

³⁴ A origem do conceito de *relação de sujeição especial*, em meio à formação da racionalidade do moderno direito administrativo, será abordada no Capítulo 3.

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 (BRASIL, 2015f). Em igual sentido, 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*” (BRASIL, 2017a). Por fim, vale registrar o Parecer nº. 00315/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que argumenta ser a doutrina da supremacia especial a fonte das relações de poderes da Administração, da qual se extrai a “*configuração das infrações e correlatas sanções, que devem ser estabelecidas por normas administrativas capazes de assimilar as rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico advindas no decorrer do tempo*” (BRASIL, 2017b).

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 insindicabilidade 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 máxima³⁵ repetida por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 1995, p. 961), cumpre a função de garantir que a interpretação legal efetuada é a única logicamente possível, de acordo com o método validado pela dogmática jurídica³⁶. Nesse sentido, o discurso que envolve a *legalidade estrita* se identifica com a *racionalidade lógico-formal*

³⁵ Tal máxima diz: “*o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido*” (MELLO, 1995, p. 961).

³⁶ Sobre a dogmática jurídica, ver a nota de rodapé nº 20.

descrita por Weber (1978, p. 657), na medida em que representa um processo de dedução lógica operado apenas internamente ao direito³⁷. 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 doutrinas da *discricionariedade 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 *discricionariedade técnica* no Parecer nº 00165/2017/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional do Cinema – Ancine (BRASIL, 2017c). 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 discricionariedade técnica, não seriam produzidas “*ao arrepio da lei*”, já que “*ao contrário de suposta arbitrariedade, a discricionariedade 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 Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009). 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 discricionariedade técnica. Nesse último caso, a argumentação em torno da *legalidade estrita* não foi empregada para emudecer o direito, em sua tentativa de diálogo

³⁷ As origens da racionalidade lógico-formal, desenvolvida pelo positivismo jurídico em meados do século XIX, serão abordadas no Capítulo 3.

com a expertise. Ao contrário, o discurso utilizado sobrepôs o direito à técnica, dando vazão à já comentada racionalidade lógico-formal.

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 consequencialistas³⁸. Embasados num formalismo jurídico centrado na ideia da *ponderação de valores*, tais métodos são tratados por Castro (2012, p. 206) como *análise jurídica de políticas públicas*³⁹. 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 (2018), do Supremo Tribunal Federal⁴⁰. 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 (2017)⁴¹ 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)*⁴².

³⁸ Esse estilo de pensamento jurídico, calcado em valores que dirigem a ação jurídica, possui longa tradição na história do direito, como será abordado nos Capítulos 2 e 3 adiante.

³⁹ Nesse ponto, Castro (2012, p. 206) segue Duncan Kennedy (2006b).

⁴⁰ Em estudo dedicado ao tema, Castro (2019b) 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*.

⁴¹ 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.

⁴² Tendo em vista a nota de rodapé nº 41, convém antecipar que algumas relevantes ideias pertinentes à formação do direito natural serão tratadas no Capítulo 2.

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 (2008, p. 70) desenvolveu uma teoria adaptada ao estilo de Barroso, seu orientador, num esforço para *constitucionalizar* o direito administrativo e torná-lo um sistema de princípios que prescindiria da *mediação* de qualquer ator institucional⁴³. Nessa teoria, na verdade, a garantia da validade da interpretação seria justamente o método hermenêutico que ele advoga. Convém observar, ainda, que muito antes desse recente administrativista carioca, princípios jurídicos, concebidos enquanto condensações de valores morais ou sociais perseguidos pelo direito⁴⁴, eram eventualmente utilizados como instrumentos moduladores da *discricionariedade técnica* da administração, a partir dos desdobramentos acadêmicos da doutrina francesa em torno do *recurso por desvio de poder*⁴⁵, formulada ainda nos últimos anos do século XIX⁴⁶. 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 europeu (MATTEUCCI, 2013, p. 142). 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 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 Mello (2015, p.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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’”.

⁴⁵ Roger Bonnard (1923, p. 392), ao tratar do tema da discricionariedade 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 discricionariedade. Isso faria que a determinação da utilidade pública, de que depende um ato administrativo, passasse ao domínio da análise jurídica, esvaziando o conceito de ato discricionário e aproximando-o da noção de ato vinculado.

⁴⁶ 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*”.

449). 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 público:

Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha calhar à fivela 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 discricionabilidade*, 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* (MELLO, 2012, p. 33).

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 ensino. No caso em exame, o MEC havia solicitado o cruzamento das informações relativas a determinados estudantes supostamente vítimas de fraude com os dados do Censo da Educação Superior, objetivando verificar se a instituição de ensino informou o efetivo ingresso de tais estudantes nos períodos letivos correspondentes à obtenção da bolsa de estudo. É interessante notar que esse Parecer, embora tenha afirmado não analisar *questões de natureza técnica e de mérito administrativos* e destacado o caráter não-obrigatório de suas conclusões, acaba, mesmo assim, adotando um tom peremptório, ao concluir que:

O entendimento da doutrina administrativista e as disposições legais sobre a matéria não autorizam o entendimento segundo o qual haveria um dever de o Inep atender às demandas do MEC que, não obstante se referirem ao desenvolvimento de uma importante política pública, ensejariam no descumprimento de disposições legais que disciplinam o desempenho da atividade estatística (BRASIL, 2018c).

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 administração (CASTRO, 2012, p. 206). No excerto anteriormente transcrito, Celso Antônio (2012, p. 33) 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 Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), introduzida no ano 2018⁴⁷, 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:

Assim, evidencia-se que a Administração Pública está vinculada a essa nova perspectiva de tomada de decisões, buscando, dessa forma, alcançar efetividade concreta e a satisfação do interesse geral tutelado a partir dos atos normativos que produz, distanciando-se do paradigma jurídico de que a produção das normas corresponde apenas à elaboração de atos que atendiam aos requisitos formais, mas não materiais. Por conseguinte, o interesse público queda-se muito mais resguardado, uma vez que a consequência prática das normas deve passar a ser considerada, em respeito ao princípio constitucional da eficiência (BRASIL, 2019a).

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*. Trata-se da *análise econômica do direito*, também conhecida por *Law and Economics*, que incorpora, à análise jurídica, ideias adaptadas da teoria microeconômica (CASTRO, 2012, p. 207)⁴⁸. Construída a partir das ideias de Ronald Coase (1960, pp. 43-44), a análise econômica do direito enfatiza a *eficiência* como valor preponderante a ser

⁴⁷ Trata-se da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018g).

⁴⁸ Em suas observações sobre o direito administrativo contemporâneo, Castro (2013, p. 41) também percebe a presença do discurso associado à análise econômica do direito.

perseguido pelo direito, o qual possuiria o papel de moldar soluções que atingissem essa finalidade⁴⁹. Também essa metodologia povoa manifestações jurídicas pertinentes ao encontro entre o direito e a expertise, como se extrai do Parecer nº 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 eficientes:

O aludido dispositivo legal [art. 20 da LINDB] tem por finalidade reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, que admitem diversas interpretações e, portanto, mais de uma solução. Com isso, todas as vezes em que se decidir com base em valores/princípios jurídicos abstratos, o julgador deverá levar em consideração as consequências práticas de sua decisão. Trata-se da chamada “análise econômica do direito – AED”:

“De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014, p. 31).

Assim, em tese, pela aplicação do art. 20 da LINDB, o administrador público poderá deixar de pautar o processo administrativo sancionador pela legalidade estrita, utilizando-se, ao contrário, de uma interpretação mais ampla ao aceitar a entrega de imóvel localizado em Unidade de Conservação como forma de pagamento da multa, evitando-se, na prática, a instauração de futuro e custoso processo de desapropriação. (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 *discricionariedade técnica*, que atribui acriticamente à *expertise* alheia ao direito valor insuperável, o caráter substantivo da racionalidade ora examinada resulta, segundo Duncan Kennedy (2004, p. 1041), da identificação de metas sociais ou governamentais

⁴⁹ 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.

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 2002.51.01.021097-6, para declarar ilegal a exigibilidade de adicional de tarifa aeroportuária, imposta pelo Departamento de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica:

Sem os exageros extremamente liberais da Escola de Chicago, o caso dos autos revela a necessidade que informou a o surgimento da linha defendida pela escola da Law and Economics, construída nos EUA após a 2ª Guerra Mundial: interação entre Direito e Economia de modo a permitir que nem sempre os métodos de resolução de conflitos sejam regulados por um sistema fechado e formalista, alheio à linguagem de disciplinas correlatas, como a economia. Em determinadas situações, em face do momento atual caracterizado por globalização de uma sociedade industrial, surgem questões complexas que interferem diretamente na economia (...) (BRASIL, 2002)

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 (2003, p. 886) 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 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*⁵⁰. 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 indicasse risco de abalo ao *equilíbrio dinâmico* (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, pp. 921-922). 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 Binenbojm (2008, p. 241). Nesse sentido, tal autor foi citado no Parecer nº n. 01167/2015/RMD/CGJ/CJ/CONJUR-MP/CGU/AGU, elaborado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (BRASIL, 2015g):

Portanto, ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado versus ato discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva "funcionalmente adequada" de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário (...).

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.

Tem aqui grande utilidade a chamada análise de capacidades institucionais, como instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais (BINENBOJM, 2008, pp. 240-241).

⁵⁰ Os métodos de interpretação chamados de formalistas correspondem àqueles chamados por Weber de lógico-formais, tal qual ilustrado na nota de rodapé nº 20.

No referido Parecer (BRASIL, 2015g), com base na *teoria das capacidades institucionais*, o formalismo interpretativo, o qual inclui a *discricionariedade 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 judiciário. Nessa linha, no Parecer nº 716/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU, produzido pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação a respeito de uma disputa por competências administrativas, o discurso da *legalidade estrita* (formalista) foi empregado em razão de ser o argumento que permite atribuir competência “*ao órgão ou entidade da administração pública cujas capacidades institucionais estejam mais qualificadas, adequadas, para o exercício do poder fiscalizatório*” (BRASIL, 2015h). Da mesma forma, o Parecer nº 20/2016/PF-ANVISA/PGF/AGU, da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, invocou a *discricionariedade técnica* para justificar a escolha administrativa que melhor representasse o “*fim público a que se destine, qual seja, a finalidade institucional da Agência, de promover a proteção da saúde da população, estabelecida no art. 6º da Lei nº 9.782/1999*”.

Ainda nesse mesmo sentido, é interessante mencionar a tutela antecipada concedida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Cível Originária nº 2.865/RJ ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro contra a União Federal e a Agência Nacional do Petróleo. Na referida decisão judicial, a *teoria das capacidades institucionais* foi suscitada para obstar ato do Conselho Nacional de Política Energética, vinculado ao Ministro de Minas e Energias, como forma de preservar as competências da agência reguladora frente a ingerências do poder executivo centralizado:

Na espécie, consideradas essas duas premissas teóricas principais – (i) a garantia de autonomia das agências reguladoras; e (ii) o reconhecimento da limitação da capacidade institucional do Poder Judiciário –, aparenta-se evidenciar, nesta primeira análise da questão, uma indevida intromissão realizada pelo Conselho Nacional de Política Econômica – CNPE nas atribuições autônoma e independentemente asseguradas pela Lei nº 9.478/97 e pelo Decreto nº 2.705/1998 à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Como já discorrido no início do presente decurso, tais diplomas normativos destinam à ANP a competência para fixação dos valores mínimos, bem como do preço de referência, relativos aos critérios para o cálculo das compensações financeiras. (BRASIL, 2016)

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 administrativa (*discricionariedade 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.

Com base discussões acima apresentadas, pode-se 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 desta seção, 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 *discricionariedade técnica e relações de sujeição especial*), estão os administrativistas que tratam a expertise como dogmas merecedores de fé, ou, ao menos, de reverente distanciamento⁵¹. 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

⁵¹ 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.

verdadeiros, mediante concepções de sistemas político-sociais e hierarquias valorativas cuja predileção varia de teoria para teoria⁵².

Portanto, é possível reparar, para além da inexistência de um real diálogo entre direito e expertise, a pouca ou nenhuma preocupação jurídica com a construção democrática das políticas públicas embasadas tecnicamente. Assim como se constata um vácuo de interdisciplinaridade entre direito e disciplinas extrajurídicas, 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. No que toca à primeira postura dos juristas, comentada acima, é considerado legítimo tudo aquilo que se origina do poder político, desde que guarde conformidade com a distribuição de competências juridicamente positivadas, tal qual Weber (1978, p. 875) entendia ser o adequado papel do direito, já no início do século XX. De outro lado, os juristas adeptos da segunda atitude típica, já referida, arvoram-se na posição de garantidores da legitimidade das políticas públicas, as quais são mensuradas segundo pesos e medidas cujo manejo é interdito aos não-juristas. Não se pode deixar de sentir, dessa maneira, notas de autoritarismo numa tal legitimidade democrática assegurada apenas por abstrações jurídicas.

Se, diante da carência de interdisciplinaridade e de aprofundamento democrático, as racionalidades atualmente praticadas no direito administrativo mostram-se insuficientes, é 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. É preciso, portanto, problematizar o impacto que o crescente domínio de padrões técnicos de eficiência burocrática, paulatinamente automatizados por meio de algoritmos inteligentes, irá acarretar nas já debilitadas relações entre direito e expertise. Em primeiro lugar, será abordado o aprofundamento da lógica algorítmica em meio à racionalidade burocrática que ordena a administração pública. Na seção seguinte, a atenção recairá sobre a intensificação dos problemas verificados no disfuncional diálogo entre técnica e direito, potencializados pelo uso de algoritmos de inteligência artificial na sugestão, ou na própria decisão, das políticas públicas.

⁵² 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.

1.3. Transformações na racionalidade burocrática sob o impulso da lógica algorítmica

A crescente influência da expertise sobre as ações da administração estatal é estreitamente relacionada ao desenvolvimento da burocracia, considerada por Weber (1978, p. 225) como a forma de dominação⁵³ social fundamentalmente embasada no conhecimento, em especial, na técnica originada a partir de disciplinas científicas. Também a respeito desse movimento expansivo, Martin Albrow (1970, p. 65), estudioso da concepção weberiana da organização burocrática, destacou as imbricações entre os processos de burocratização e a formação da cultura moderna. Segundo esse pesquisador inglês, onde quer que valores e crenças sociais sejam informados pela lógica, pelo cálculo e pelo conhecimento científico (características que marcam o avanço do processo de racionalização da sociedade), haveria igualmente uma vibrante máquina burocrática.

De fato, Weber (1978, p. 223) afirmava que a administração burocrática seria a forma de organização social capaz de atingir os mais altos níveis de eficiência, sendo também, formalmente, o meio mais racional de exercer autoridade sobre seres humanos. Ainda segundo o sociólogo alemão, o motivo da superioridade da administração burocrática residia no papel exercido pelo conhecimento técnico, proporcionado pelo desenvolvimento tecnológico cientificamente produzido:

O aparato burocrático plenamente desenvolvido é comparável com outras organizações exatamente como máquinas em relação a modos de produção não-mecanizados. Precisão, rapidez, certeza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discricção, unidade, estrita subordinação, redução da fricção e de custos materiais e pessoais – esses são elevados ao ponto ótimo na administração estritamente burocrática, e especialmente em sua forma monocrática (WEBER, 1978, p. 973).
(tradução livre do autor)

Uma organização administrativa assim racional, dotada de rapidez, segurança e exatidão, seria imprescindível para acompanhar (e, ao mesmo tempo, impulsionar) a velocidade das operações que tipicamente ocorrem numa sociedade moderna e complexa. De maneira sagaz, e um tanto presciente, Weber (1978, pp. 974-975) observou que tais

⁵³ O conceito weberiano de *dominação* se dá em oposição ao de *poder*. Enquanto este último corresponde à probabilidade de um ator social levar a cabo sua vontade apesar de eventual resistência, o primeiro consiste na probabilidade de o ator ser obedecido pelo grupo social. A *disciplina*, por sua vez, seria a obediência em razão do hábito adquirido mediante formas estereotipadas (WEBER, 1978, p. 53).

características da administração burocrática eram determinadas pela peculiar natureza dos então modernos meios de comunicação, com ênfase para os “*novos serviços da imprensa*”. Explicava, então, que o extraordinário aumento da velocidade com que eram transmitidos os pronunciamentos públicos e os fatos econômicos e políticos acarretava uma correspondente pressão para que fossem aceleradas as necessárias reações da administração pública em face das cambiantes circunstâncias. E essa crescente agilidade somente poderia ser proporcionada pela racionalidade burocrática, guiada pelos princípios intrínsecos da especialização de funções, do acúmulo de conhecimento técnico (treinamento especializado), do tratamento objetivo (*sine ira et studio*⁵⁴) dos problemas sob análise e da *calculabilidade* das regras que perfazem a ordem administrativa.

Tal possibilidade de cálculo de resultados, vale notar, era para Weber (1978, p. 975) o mais importante elemento da burocracia moderna, o qual seria exigido pelo enraizamento da cultura moderna (capitalista) sobre bases técnicas e econômicas. Ao apontar que a cultura moderna se torna mais dependente da burocracia, representada pela figura do *expert* objetivo e impessoal, à medida que se especializa e se complexifica, Weber também percebe um simultâneo processo de desumanização. Identificava, portanto, a racionalidade burocrática com a *racionalidade relacionada a fins (instrumental)*, que pretendia excluir do cômputo entre meios e fins qualquer traço de irracionalidade, de emoção (do que é essencialmente humano). É interessante observar que, para Weber (1978, p. 226), o espírito da racionalidade burocrática encorpava não apenas o *formalismo*, acima resenhado, mas igualmente uma *tendência utilitarista*, que almejava constantemente aprimorar o bem-estar de todos aqueles sujeitos à autoridade estatal. Tratava-se do inerente, e ambíguo, elemento *substantivo* acoplado à racionalidade formalística que impulsiona a burocracia.

Não é à toa que, no âmbito do direito, a racionalidade que Weber julgava ser mais apropriada à estrita administração burocrática era a de tipo *lógico-formal*, na medida em que seus juízos derivariam de operações dedutivas puramente abstratas, que procuravam extrair do texto da lei positiva essências (naturezas) jurídicas a partir de primeiros princípios conceituais (ALBROW, 1975, pp. 20-21). A pretendida objetividade dessa racionalidade jurídica garantiria, igualmente, a possibilidade de um direito calculável e previsível, tão necessário ao desenvolvimento da cultura moderna e do capitalismo. Como

⁵⁴ Weber (1978, p. 975) argumentava que a postura objetiva adotada pela administração burocrática a obrigava a agir “*sem cólera ou parcialidade*”, mas também sem paixão ou afeto.

visto na seção anterior, vale recordar que a racionalidade lógico-formal frequentemente se combina com outros estilos de racionalidade, como nos casos:

- (i) da racionalidade substantiva relacionada a valores, na qual o jurista recepciona, acriticamente e dogmaticamente, juízos formulados pela expertise burocrática, de caráter técnico-científico; e, também,
- (ii) da racionalidade substantiva relacionada a fins, por meio da qual o intérprete jurídico opera ele mesmo os cálculos entre meios e fins pertinentes aos objetivos das políticas públicas, assumindo para si o papel do *expert* burocrata⁵⁵, mas revestindo suas conclusões com uma capa legitimadora colorida de discurso jurídico.

Em todos esses casos, contudo, a argumentação jurídica, exclusiva dos profissionais do direito, jamais deixa de ostentar uma racionalidade que se enxerga impessoal e, tanto quanto possível, científica (consoante o conceito de ciência que cada teoria jurídica comporta). Essa racionalidade desumanizadora que marca e entrelaça a cultura moderna e a administração burocrática foi ilustrada por Weber (2005, p. 123) em sua famosa metáfora da *jaula de ferro*, que aprisiona o indivíduo sob a disciplina imposta pelas condições técnicas e econômicas que perfazem o sistema de produção baseado em máquinas. Se as fundações do espírito capitalista estão escoradas na mecanização, na crescente automação de aspectos da vida humana, não deve causar espanto que o infatigável processo de burocratização tenha subsequentemente caminhado para entregar às máquinas, mas desta vez para máquinas “incorpóreas”, parcelas cada vez maiores da administração estatal antes protagonizada por seres humanos. Como será visto na seção seguinte, estudos dão conta de que sistemas computadorizados de decisão automatizada já se encontram em uso por diversos órgãos estatais mundo afora, mudando o modo de operar da justiça criminal por meio de algoritmos de avaliação de riscos e de policiamento preventivo, otimizando o uso de energia em infraestruturas críticas via aplicação de inteligência artificial na alocação de recursos, e alterando os sistemas de emprego da mão de obra e de educação mediante ferramentas automatizadas de avaliação e de algoritmos de correspondência (*matching algorithms*) (REISMAN et al., 2018, p. 3).

⁵⁵ Na racionalidade substantiva relacionada a fins, o jurista se investe materialmente na função burocrática pertencente ao *expert*, enfatizando a *tendência utilitarista* a que Weber (1978, p. 226) se referia, uma vez que os cálculos operados pelo intérprete jurídico visam, diretamente, aprimorar o bem-estar dos indivíduos envolvidos no caso sob análise.

A lógica algorítmica na racionalidade burocrática

A expressão *algoritmo* tem origem na Idade Média⁵⁶, significando uma receita para efetuar cálculos com números. Atualmente, em termos coloquiais, algoritmos são entendidos como séries de instruções condicionais, que operam discretamente à maneira como um livro de receitas guia um chefe de cozinha (THIERER; SULLIVAN; RUSSELL, 2017). Pode-se mesmo dizer que todas as máquinas operam segundo um algoritmo, ou que elas são a própria materialização desse, como destacaram Totaro e Ninno (2014, p. 32). Do ponto de vista formal, a filósofa e cientista da computação Robin K. Hill (2016, p. 24) definiu algoritmos como construtos matemáticos que representam uma estrutura de controle finita, abstrata, efetiva e composta, formulada de maneira imperativa e de modo a cumprir propósitos predeterminados sob certas condições. Dessa forma, embora os algoritmos sejam frequentemente associados por leigos como o elemento que faz os computadores processarem os dados, Hill (2016, p. 24) argumentou que tais estruturas não se destinam a produzir dados, mas a fornecer controle, na medida em que são compostos por instruções imperativas, capazes de se tornarem efetivas independentemente de qualquer juízo ou intuição humanos supervenientes.

É justamente essa característica dos algoritmos, a capacidade de propiciar controle, que chamou a atenção de Totaro e Ninno (2014, pp. 32-33), para quem a lógica algorítmica se identifica com a própria racionalidade moderna, em seu sentido weberiano de tendência contínua em direção ao processo de burocratização, de formalização crescente das formas de organização social. Os autores esclareceram que os algoritmos, embora possam ser explicados como funções numéricas, são capazes de operar também sobre objetos que aparentemente não representam números, a exemplo de algoritmos que organizam uma lista de palavras em ordem alfabética. Essa versatilidade dos algoritmos lhes confere uma conotação prática que lhes permite ir além da esfera do conhecimento para adentrar a da ação. Assim, a lógica das funções numéricas⁵⁷ se faz presente na sociedade não apenas como linguagem cognitiva, mas, também, performativa, na medida

⁵⁶ Wolfgang Thomas (2015, pp. 30-31) destacou que o termo *algorismo* se origina do trabalho do matemático islâmico Muhammad Abu-Abdullah Abu-Jafar ibn Musa Al-Khwarizmi Al-Majusi Al-Qutrubbullî, que viveu, aproximadamente, entre 780 e 850 d.C., mais conhecido por Al-Khwarizmi, de cujo nome a expressão *algoritmo* também deriva. A obra desse matemático foi traduzida para o latim em meados do século XIII, difundindo a forma de calcular mediante a manipulação de símbolos, em oposição ao método de computar por meio do ábaco.

⁵⁷ Totaro e Ninno (2014, p. 31) argumentam que funções numéricas recursivas, mais precisamente aquelas efetivamente calculáveis (um número é dito efetivamente calculável se houver uma função recursiva que o compute), são formalizações da noção informal e intuitiva dos algoritmos. Da mesma forma, a máquina de Turing é também uma formalização dessa noção, na medida em que constitui uma máquina computacional abstrata, capaz de implementar números efetivamente calculáveis.

em que a lógica dos algoritmos preenche o cotidiano da modernidade em múltiplos sentidos: nos processos industriais, na organização dos serviços prestados ao consumidor e ao cidadão e na infinidade de cliques que moldam a vida dos indivíduos na contemporaneidade (TOTARO; NINNO, 2014, p. 30).

Remetendo a Weber, Totaro e Ninno (2014, p. 39) ressaltam que a compulsão burocrática por documentar, arquivar e classificar suas inúmeras atividades não constitui um fim em si mesmo, mas um meio para as tornar calculáveis, ao adotar regras formais que permitem à administração mover-se de um ponto a outro em seu processo, obedecendo a um sentido determinístico e único. Com isso, segundo os autores, a burocracia utiliza a classificação como um meio para forçar elementos materiais, como pessoas, coisas e eventos, a se tornarem compatíveis com formulação de processos algorítmicos. Nesse contexto, pessoas, coisas e eventos passam a ser informações (dados) efetivamente calculáveis, os quais ganham sentido (conteúdo) a partir do próprio momento em que a administração burocrática posiciona tais elementos dentro de uma ordem (e não o contrário).

O impulso das tecnologias da informação e da comunicação (TICs)

Pouco mais de cinquenta anos após Weber (1978, pp. 974-975) ter reconhecido a determinante contribuição da progressiva rapidez na circulação da informação para o desenvolvimento da racionalidade burocrática, a lógica algorítmica que a alimentava foi turbinada pelos avanços técnico-científicos da engenharia eletrônica e da ciência da computação. A era das tecnologias da informação e da comunicação (TICs), inaugurada pela disseminação do uso de computadores dentro das burocracias das empresas e dos Estados a partir da década de 1980, alterou as formas da relação entre o indivíduo e seu trabalho. Essa então nova relação de trabalho passou a ser *mediada pelo computador*, consistindo na manipulação eletrônica de símbolos, proporcionada por sistemas computadorizados (algoritmizados via circuitos eletrônicos) que ordenam os dados extraídos da realidade e abrem espaço para diferentes e criativas formas de resolução de problemas (ZUBOFF, 1982). Ao mesmo tempo em que os computadores passaram a automatizar operações de produção, tornando redundantes muitas habilidades humanas, Shoshana Zuboff (1985, p. 8) observou que tais máquinas automatizadoras simultaneamente geravam informação a respeito dos subjacentes processos produtivos (burocráticos) pelos quais a organização realizava seu ofício. Essa pesquisadora cunhou o termo *informatar (informating)* para designar essa importante função criadora,

concomitante ao ato de *automatizar* (*automating*). Assim, mais do que imprimir maior controle e rapidez sobre as atividades burocráticas, a automatização computacional aprofundou o conhecimento que a organização possuía a respeito de suas próprias atividades, a partir da análise dos dados gerados pelo correspondente processo de *informatação*.

Paralelamente ao processo de automatização e informatação impulsionado pelas tecnologias da computação, ganhavam corpo as pesquisas científicas sobre o desenvolvimento de *inteligência artificial* (IA)⁵⁸. Trata-se de uma abordagem investigativa interdisciplinar, com raízes na cibernética⁵⁹, atrelada ao propósito de conhecer, modelar e replicar inteligência e processos cognitivos mediante a utilização de diferentes princípios e recursos da matemática, lógica, mecânica e biologia, empregando matemáticos, engenheiros, filósofos, psicólogos, linguistas e cientistas da computação (FRANKISH; RAMSEY, 2014, p. 16). Na década de 1980, cientistas já começavam a perceber que a simples manipulação de símbolos segundo regras computacionais não seria, por si só, capaz de produzir uma inteligência similar à humana, apta a solucionar problemas do mundo real. Assim, a retomada das pesquisas de inteligência artificial dedicadas à modelagem de processos cognitivos humanos ensejou o desenvolvimento do que especialistas passaram a chamar de redes neurais artificiais, habilitadas a reconhecer padrões (relações reciprocamente comparáveis) entre diferentes dados analisados. Não bastava, portanto, dominar algoritmos que simulassem raciocínios abstratos de nível altamente elevado, era necessário alimentar o sistema com “conhecimento”, ou seja, com abundantes informações (o que viria a ensejar o *Big data*⁶⁰) em meio às quais os

⁵⁸ De modo geral, inteligência artificial pode ser reconhecida pela capacidade de computadores enfrentarem problemas envolvendo conhecimento do mundo real por meio de decisões que aparentam ser subjetivas (BENGIO; GOODFELLOW; COURVILLE, 2017, p. 3). Sobre inteligência artificial, ver também a nota de rodapé nº 61.

⁵⁹ A cibernética é um campo de pesquisa interdisciplinar fundado na década de 1940 como reação à crescente especialização das ciências estabelecidas. Liderada por Norbert Wiener, envolveram-se com a cibernética disciplinas como a matemática, a neurofisiologia, a engenharia de controle, a teoria da automação, a psicologia e a socioeconomia. O foco inicial da cibernética esteve no estudo de paralelos entre a biologia e os sistemas de controle mecânico, com larga utilização na indústria da automação e na então nascente pesquisa sobre inteligência artificial. O conceito básico a partir do qual a cibernética é construída advém das leis da termodinâmica, notadamente a segunda delas, de acordo com a qual a energia disponível para o trabalho produtivo contida em um sistema fechado tende a diminuir com o tempo, ao passo que a entropia – energia não produtiva liberada mediante processos físicos irreversíveis de transformação de energia, a exemplo da queima de combustíveis – tende a aumentar (SAYRE, 2004, pp. 292-296).

⁶⁰ O fenômeno designado *Big data*, embora não possua definição precisa, é usualmente descrito como um arranjo técnico, resultante da junção de dois fatores: o desenvolvimento de *hardwares* e *softwares* capazes de armazenar, comunicar e processar quantidades imensas de dados (sobre a produção de dados digitais, ver nota de rodapé nº 64) e o aprimoramento de algoritmos poderosos (ver nota de rodapé nº 61), responsáveis por ordenar os dados analisados, além de procurar por correlações entre eles (MAYER-SCÖNBERGER; CUKIER, 2013, p. 19). Para uma introdução ao tema do *Big data*, ver Cravo (2015).

algoritmos inteligentes pudessem não apenas buscar padrões, mas também aprender autonomamente (*machine learning*⁶¹) novas formas de correlacionar dados (FRANKLIN, 2014, pp. 28-38). Surge aí a noção de *algoritmos inteligentes*⁶², desenvolvidos de forma a que aprendam sozinhos a resolver certos problemas por meio da análise probabilística de um grande conjunto de exemplos (relacionados ao problema em questão), permitindo que o programa aprimore a si mesmo gradualmente (BUCHER, 2018, p. 29).

No cenário atual em que a ubiquidade da *mediação por computadores* é uma realidade para grande parte dos seres humanos⁶³, potencializando de maneira exponencial os fenômenos da *automatização* e da *informatação* via tecnologias da informação, Zuboff (2015, p. 77) enxerga o surgimento de uma nova lógica de acumulação no capitalismo contemporâneo. Na medida em que a informatação de inúmeros aspectos da vida humana (incluindo a administração burocrática) gera um quantitativo sempre crescente de informações digitais⁶⁴, a apropriação desses bancos de dados representa uma nova fonte de poder. Como visto, os dados produzidos pelo processo de informatação incorporam conhecimentos latentes sobre as atividades e os acontecimentos digitalmente representados. Por outro lado, os modernos algoritmos de inteligência artificial possuem

⁶¹ O desenvolvimento do *machine learning* pressupõe a crença de que existe um processo – uma sequência de operações matemáticas, como visto – capaz de explicar as relações intrínsecas a qualquer conjunto de dados observado, representativo de um certo fenômeno. Ainda que não seja possível descrever em detalhes o processo que levou à formação do conjunto de dados, Alpaydin (2010, p. 2) afirma que a ciência da computação não enxerga esse roteiro como aleatório. Certos padrões e regularidades podem ser encontrados em meio à massa de dados. Esse é o nicho do *machine learning*, que identifica tais padrões por meio da atividade de garimpar regularidades enterradas numa enorme montanha de dados aparentemente desconexos –o que se chama *data mining* (ALPAYDIN, 2010, p. 2). Mas para merecer o adjetivo de inteligente, o *machine learning* não se limita a minerar dados. Um sistema desse tipo deve também ter a capacidade de se adaptar, por si só, a eventuais mudanças no ambiente composto pelos dados analisados. Dessa forma, o desenvolvedor do sistema não precisa preocupar-se com o fornecimento de respostas para todas as situações que podem vir a acontecer. Em suma, trata-se de programar computadores para otimizar o critério de identificação de padrões, utilizando-se de uma coleção de exemplos ou de informações obtidas de experiências passadas (ALPAYDIN, 2010, pp. 3-4). O método de seleção de regularidades é mutável em função da variabilidade das informações que lhe são submetidas, tendo como objetivo tornar-se mais eficiente na tarefa de identificar padrões. Se os dados acrescidos inovam os padrões passíveis de identificação, o algoritmo inteligente aprenderá sozinho um outro método mais eficiente de seleção, o qual será revisitado a cada nova introdução de informações, num ciclo infinito de retroalimentações do sistema – *feedback loops*. É uma tarefa que reúne esforços da teoria das estatísticas, pois seu objetivo central é obter inferências a partir de uma amostra de dados; e da ciência da computação, já que é necessário o desenvolvimento de algoritmos para enfrentar o problema da otimização dos critérios de aprendizagem, ao mesmo tempo em que essa disciplina também cuida das imprescindíveis atividades de armazenamento e processamento das gigantescas quantidades de dados sob análise.

⁶² A ideia de *algoritmos inteligentes* se dá em contraste com os *algoritmos determinísticos*, que produzem sempre idêntico resultado, ao percorrerem a mesma sequência de operações, podendo ser resumidos pela expressão “se..., então” (BUCHER, 2018, p. 29).

⁶³ As pessoas com acesso à internet já representam 56,1% da população mundial, tendo aumentado 9% em um ano (DOMO, 2019).

⁶⁴ Estimativas dão conta que em 2020 o universo acumulado de dados digitais represente 44 zettabytes (44 x 1.000⁷ bytes), dez vezes mais que em 2013 (VISUAL CAPITALIST, 2019).

tanto mais valor quanto maior for o quantitativo de dados digitais sobre os quais possam operar, apontando para uma lógica de proporcionalidade direta entre inteligência algorítmica e acumulação de informação digital. De acordo com Zuboff (2015, p. 78), essa nova lógica de acumulação capitalista empodera corporações controladoras de plataformas digitais, onde dados são massivamente produzidos e amealhados (Google, Facebook e Amazon são alguns exemplos notórios), e instaura uma nova tendência dentro do capitalismo: o *capitalismo de vigilância*, fundado na extração e análise de dados, no monitoramento das atividades e dos fatos relacionados aos seres humanos, na personalização dos serviços e na experimentação contínua sobre os dados extraídos dos indivíduos. No âmbito do direito, esse fenômeno tem como consequência a possibilidade de se desenvolver a chamada “regulação algorítmica”, de que se tratará a seguir.

1.4. Regulação algorítmica, tecnocracia e potencial expansão da inteligência artificial nas atividades burocráticas relacionadas a políticas públicas

Os reflexos desse *capitalismo de vigilância* a que se refere Zuboff (2015, p. 77) não demoraram se fazer sentir na burocracia estatal, detentora de uma gigantesca quantidade de dados digitais pertinentes às suas próprias atividades, bem como aos cidadãos por ela administrados. Deve-se observar, aqui, a repetição do mesmo padrão que Weber (1978, p. 974) havia percebido no início do século XX, ou seja, a influência da racionalidade empresarial sobre as formas da administração pública. Confirmando essa tendência, Tim O’Reilly (2013, pp. 289-291), ativista social e reconhecido empresário do ramo da tecnologia da informação, escreveu no início dos anos 2000 um ousado artigo por meio do qual instou todos os governos que desejassem incrementar drasticamente a eficiência de suas políticas públicas a implantar o que chamou de *regulação algorítmica*. O’Reilly observou que, para atingir os objetivos previamente estabelecidos, a regulação administrativa tradicional frequentemente procede a modificações na forma de execução das políticas públicas em resposta a monitoramentos periódicos que avaliam a sua eficácia⁶⁵. Levando em conta a existência de sistemas de inteligência artificial que permitem, ao menos em tese, a execução automática e em tempo real de parte dessa

⁶⁵ Ao discorrer sobre o significado da regulação no âmbito do direito, Mácio Iorio Aranha (2014, p. 31) identificou que, em sua acepção fundamental, esse termo exprime “*um processo de realimentação contínua da decisão pelos efeitos dessa decisão, reconformando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade*”.

atividade regulatória, O'Reilly defendeu que a regulação algorítmica seria o caminho inevitável e necessário para que governos ao redor do mundo consigam de fato cumprir as metas programáticas que decidiram formalizar juridicamente como políticas públicas. Essa regulação estatal automática, dinâmica e imediatamente ajustável às interações com a realidade fática, seria possível mediante os algoritmos que embasam a tecnologia chamada *machine learning*⁶⁶.

Em vista desses sistemas inteligentes, o ativista O'Reilly (2013, p. 291) defendeu que as normas regulatórias deveriam ser enxergadas da mesma maneira que um programador vê os códigos e algoritmos que escreve: como um conjunto de ferramentas constantemente atualizado, destinado a atingir os objetivos programáticos formalizados pelo direito. Assim, o estabelecimento de metas, prerrogativas, resultados, competências e limites deveria ser efetivado, de maneira genérica, por meio de normas jurídicas. Por sua vez, a regulação algorítmica necessária à concretização desses marcos legais ficaria confinada ao domínio da técnica, sob a tutela dos *experts* em algoritmos e programação de computadores. Como consequência de uma tal automatização da burocracia, nota-se que os algoritmos passariam a exercer o papel usualmente desempenhado pelas regras técnicas da *expertise*, na teoria weberiana da racionalidade burocrática (instrumental), reduzindo substancialmente a participação dos seres humanos na resolução dos problemas inerentes à administração pública (PEETERS; SCHUILENBURG, 2018, p. 9).

Antes da intensa difusão das TICs, quem se encarregava da aplicação das normas e regras técnicas, juridicamente formalizadas, eram funcionários públicos que lidavam pessoalmente com os cidadãos envolvidos de maneira direta com o problema. Eram os chamados *burocratas de nível-de-rua (street-level bureaucrats)*⁶⁷, cuja atuação prática revelava largas margens de discricionariedade que teoricamente lhes eram vedadas pelo direito administrativo, mas que refluíam constantemente das dificuldades de interpretação das normas diante imensurável variedade dos casos concretos. A algoritmização da burocracia promovida pelas TICs caminhou para erradicar essa espécie de funcionário e, ao mesmo tempo, possibilitou que se passasse a falar de *burocratas de nível-de-sistemas (system-level bureaucrats)*, responsáveis pelo desenho dos sistemas informatizados que traduzem processos e racionalidade burocráticos para algoritmos codificados em

⁶⁶ Sobre *machine learning*, ver a nota de rodapé nº 61.

⁶⁷ O termo *burocratas de nível de rua* é um conceito criado por Michael Lipsky (2010), em 1969, e desenvolvido ao longo da década seguinte.

linguagem de programação computadorizada, na avaliação de Bovens e Zouridis (2002, p. 181).

Esses novos burocratas, de nível de sistema, herdaram o espaço de discricionariedade prática antes ocupado pelos burocratas de nível de rua. A conversão das políticas juridicamente formalizadas em algoritmos computadorizados abre espaço para verdadeiras inovações dentro do que deveria ser, em teoria, apenas implementação de políticas públicas. E, diferentemente do que ocorria com os burocratas de nível de rua, para os quais a oportunidade do agir discricionário se revelava no caso concreto e individual, os burocratas de nível de sistema (uma combinação entre especialistas em TICs e *experts* em políticas públicas) encontram margem para agir livremente ao escrever linhas de código de programação, afetando potencialmente todo o universo dos cidadãos dependentes do sistema em questão (BOVENS; ZOURIDIS, 2002, p. 181).

De maneira academicamente mais precisa que Tim O'Reilly, Karen Yeung (2017, p. 3) definiu a regulação algorítmica como o funcionamento de sistemas de decisão que regulam um domínio de atividade com o propósito de gerenciar riscos ou alterar comportamentos mediante contínua geração computacional de conhecimento. Para tanto, segundo a autora, o sistema dependeria da extração de dados emitidos e diretamente coletados (em tempo real ou com frequência determinada) a partir de numerosos componentes dinâmicos relacionados ao ambiente regulado, com o objetivo de identificar e, caso necessário, de automaticamente refinar (ou de propor o refinamento) a operação do sistema, com vistas a atingir seu objetivo predefinido.

Em decorrência de suas raízes cibernéticas⁶⁸, a regulação algorítmica foi analisada por Yeung (2017, p. 3) em função de três fatores que são comuns a todos os sistemas de controle: (i) meios para o estabelecimento de padrões, objetivos ou alvos; (ii) meios para monitoramento e coleta de informações; (iii) e os meios para o cumprimento (*enforcement*) dos padrões estabelecidos tão logo se identifiquem desvios, propiciando a mudança de comportamento que devolve o sistema ao seu equilíbrio preestabelecido.

⁶⁸ De acordo com Eden Medina (2015, p. 1007), a ideia da regulação algorítmica é derivada da cibernética, cujas pesquisas se afastaram da compreensão linear das relações entre causa e efeito, para se aproximar, em contrapartida, de investigações sobre causalidade circular, também chamadas de retroalimentação (*feedback*). Essa lógica cibernética, baseada na circularidade da retroalimentação, influenciou áreas tão diversas quanto ciência cognitiva, defesa aérea, gerenciamento industrial, planejamento urbano e governança. Ainda sobre as raízes cibernéticas da regulação algorítmica, Medina (2015, p. 1007) apontou que as pesquisas sobre cibernética foram decisivas para o desenvolvimento do sistema chamado *Cybersyn*, fruto do trabalho do cientista da cibernética Stafford Beer, com o objetivo de aprofundar a revolução socialista no Chile, sob o governo de Salvador Allende, mediante uma regulação computadorizada da economia. Sobre cibernética, ver também a nota de rodapé nº 59.

Além disso, a taxonomia proposta por Yeung classifica cada um desses fatores segundo dois diferentes modos, podendo ser *reativo* ou *preventivo* (ou *predictiva*), o que resulta em oito diferentes combinações de regulação algorítmica (conforme tabela abaixo). Em primeiro lugar, o estabelecimento de padrões pode ocorrer de maneira *fixa* (reativa) ou *adaptável* (preventiva). Yeung explica que o primeiro é exemplificado por um sistema de acesso mediante senha, que faz uso de algoritmos bastante simples, enquanto o último corresponde a um sistema cujos padrões de comportamento podem ser alterados em função da percepção do nível de eficiência na obtenção do resultado para o qual o sistema foi criado, utilizando-se de algoritmos inteligentes (*machine learning*).

Em segundo lugar, quanto ao monitoramento de informações, Yeung (2017, p. 4) afirmou que a reatividade pode ocorrer de forma simples, pela análise automática dos dados historicamente armazenados, resultando na detecção de violações em tempo real (sendo espécie disso os sistemas de radares de trânsito); ou de modo complexo, por meio de algoritmos de *machine learning* que mineram dados e encontram novos padrões de violação, oportunizando a imediata tomada de providências (sistemas de detecção de fraudes usualmente empregados por órgãos de controle da administração pública⁶⁹). De outro lado, o monitoramento preventivo é encontrado em sistemas configurados para inferir, a partir de dados históricos submetidos a algoritmos de aprendizagem, futuros comportamentos a serem incentivados ou inibidos. Em terceiro, no que toca ao cumprimento dos padrões estabelecidos e ao controle comportamental, os sistemas simples podem aplicar reativamente sanções e impor consequências independente de qualquer intervenção humana, baseados apenas nos dados históricos monitorados. De modo diferente, esses sistemas podem ser programados para agir preventivamente, por meio de algoritmos de *machine learning*, com o intuito de calcular a probabilidade de ocorrência futura de certo acontecimento ou comportamento, recomendando, e até mesmo determinando, a decisão sobre importantes aspectos da vida cotidiana dos seres humanos, como o acesso a financiamentos bancários⁷⁰ ou à liberdade, em audiências de custódia⁷¹.

⁶⁹ No âmbito do Tribunal de Contas da União, sistemas de inteligência artificial que empregam técnicas avançadas de *machine learning* são empregados na detecção de potenciais violações legais e na instrução de processos apuratórios (SILVA, 2016).

⁷⁰ Para maiores informações sobre a aplicação de algoritmos preditivos para avaliação de candidatos a créditos bancários (*credit scoring*) no Brasil, ver Rafael Zanatta (2017).

⁷¹ Litígios envolvendo o uso de algoritmos preditivos na administração da justiça criminal nos Estados Unidos da América é discutido em relatório publicado pelo *AI Now Institute* (2018), em parceria com outras organizações não-governamentais.

Modalidades de Regulação Algorítmica

	Padrão	Monitoramento	Cumprimento/ Sanção	Descrição
1	Fixo	Detecção reativa de violação em tempo real	Automatizada	Sistema simples de administração de sanção em tempo real
2	Fixo	Detecção reativa de violação em tempo real	Sistema de recomendação	Sistema simples de advertência em tempo real
3	Fixo	Predição preventiva de violação	Automatizada	Sistema simples de administração preventiva de sanção
4	Fixo	Predição preventiva de violação	Sistema de recomendação	Sistema simples de recomendação preditiva
5	Adaptável	Detecção reativa de violação em tempo real	Automatizada	Sistema complexo de administração de sanção
6	Adaptável	Detecção reativa de violação em tempo real	Sistema de recomendação	Sistema complexo de priorização em tempo real
7	Adaptável	Predição preventiva de violação	Automatizada	Sistema complexo de sancionamento preditivo
8	Adaptável	Predição preventiva de violação	Sistema de recomendação	Sistema complexo de recomendação preditiva

Fonte: Tradução livre do autor, com base em Yeung (2017).

Ao avaliarem as possíveis aplicações dos mecanismos da inteligência artificial na administração pública, Engin e Treleaven (2019, p. 457) fizeram a previsão de que o impacto da algoritmização da burocracia será ainda mais significativo do que o emprego dessas tecnologias na sociedade ou nas finanças, tendo em vista a transversalidade da atuação do setor público na vida de todos os indivíduos. Ao tratarem desse tema, Wirtz, Weyerer e Geyer (2019, p. 4) vislumbraram dez possíveis áreas em que tecnologias de inteligência artificial poderiam ser empregadas na administração pública, dentre as quais três áreas (relacionadas entre si) interessam ao exame proposto nesta seção. A primeira delas é utilização de inteligência artificial em sistemas e processos burocráticos já informatizados, permitindo mais do que a mera automatização de tarefas simples, mas também a resolução de problemas complexos que requeiram uso de lógica formal. De acordo com os autores, estariam aí incluídas a avaliação baseada em regras (*rule-based assessment*), processamento de fluxogramas, sugestões baseadas em esquemas (*schema-based suggestions*), mineração de dados (*data mining*) raciocínio baseados em casos concretos (*case-based reasoning*) e tecnologias de sensores inteligentes.

Outra área de interesse é a análise preditiva de dados (*predictive analytics*), baseada na análise quantitativa e estatística dos dados segundo as técnicas próprias do

Big data, e aprofundada pelo *machine learning*, resultando em inferências que podem ser utilizadas de modo prescritivo. Em terceiro lugar estão os sistemas de recomendação, capazes de filtrar informações, analisar histórico de dados e realizar previsões ou apontar preferências sobre comportamentos humanos, sugerindo providências e caminhos decisórios aos agentes públicos legalmente competentes (WIRTZ; WEYERER; GEYER, 2019, p. 5). Engin e Treleaven (2019, p. 449) previram que tais sistemas de recomendação poderão resultar em *robôs-avessores (robo-advisers)*, cuja tarefa seria auxiliar burocratas na resolução de tarefas complexas, fornecendo-lhes soluções calculadas com suporte em evidências, conforme os dados minerados. Esses autores ainda mencionam que as análises baseadas na combinação de *Big data* e internet das coisas (*IoT*) guiarão a administração de infraestruturas críticas, permitindo controle em tempo real. Ainda, anteciparam que a análise preditiva de dados será amplamente empregada na modelagem dos estudos técnicos que embasarão políticas públicas, ao mesmo tempo em que poderá ser utilizada para monitorar em tempo real a opinião pública, proporcionando deliberações administrativas capazes de incorporar até mesmo a reação aos sentimentos populares em face das políticas em implementação (ENGIN; TRELEAVEN, 2019, pp. 455-456).

A lógica cibernética que move a regulação algorítmica integra, na opinião de Evgeny Morozov (2014), um movimento mais abrangente que almeja a *smartificação* de todos os aspectos do cotidiano, de modo a que tudo e todos venham a se tornar variáveis sujeitas a ações de algoritmos inteligentes. Num mundo em que todos os comportamentos e acontecimentos⁷² são potencialmente capturáveis, analisáveis e passíveis de serem submetidos a um sistema de incentivos ou desincentivos via sistemas inteligentes e interconectados, a resolução de problemas pode brotar instantaneamente, como fruto do cálculo racional e exato da burocracia algorítmica. Esse projeto de *smartificação*, aplicado à administração dos desafios urbanos de uma cidade (*smart city*), é vivamente ilustrado por iniciativas como a do Centro de Operações da Prefeitura do Rio de Janeiro⁷³, que interconectou a um só sistema de análise inteligente de dados todas as informações

⁷² Não somente seres humanos, mas também coisas e animais estão sujeitos ao processo de *smartificação*, na medida em que avança o fenômeno da *internet das coisas (Internet of things – IoT)*. Trata-se da possibilidade de instalar chips transmissores de radiofrequência em cada objeto que se deseje monitorar, os quais passariam a transmitir informações de seu funcionamento (ou comportamento) em tempo real, abrindo a possibilidade de conhecer (por meio análises de *Big data*), e regular, importantes aspectos do funcionamento do mundo (ENGIN; TRELEAVEN, 2019, p. 450).

⁷³ Para um aprofundamento crítico sobre o Centro de Operações da Prefeitura do Rio de Janeiro, ver o trabalho de João Alcântara de Freitas (2018).

de trinta e três agências municipais (incluindo transportes públicos, tráfego, serviços de emergência, previsão do tempo, entre outros), com o objetivo de prover respostas rápidas e efetivas para os problemas da cidade. Proposta semelhante foi empreendida pela cidade de Nova Iorque, por meio do *Mayor's Office of Data Analytics*⁷⁴, que afirma utilizar ferramentas inteligentes de análise de dados, extraídos de diferentes agências, para priorizar estrategicamente riscos, aumentar a eficiência na prestação de serviços, aplicar a lei de forma mais efetiva e incrementar a transparência.

É importante destacar que também o governo federal brasileiro vem trabalhando para acompanhar o ritmo imposto pelas mudanças tecnológicas. Em 2018, lançou um plano chamado *Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital)*, visando incrementar investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica em diversas áreas, incluindo automação, robótica, inteligência artificial, *Big data* e análise de dados (BRASIL, 2018e). Na sequência, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações publicou edital para contratação de consultor, como objetivo de angariar subsídios para a proposição de uma Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, cujo foco abrangerá não apenas as maneiras pelas quais os sistemas algorítmicos irão afetar positivamente o setor privado, mas também a administração pública (BRASIL, 2019b). Sobre a preparação dessa Estratégia, o ministro Marcos Pontes, da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, chegou a afirmar que “a ideia é que o Brasil não fique para trás nessa área. Não tem como voltar atrás. Temos que acompanhar e ser protagonistas em tecnologia”. Acrescentou, ainda, que “essa tecnologia [inteligência artificial], combinada com a internet das coisas e a quinta geração de internet móvel que está chegando ao Brasil, mudará a vida das pessoas. E o governo estará pronto para protagonizar essa mudança” (PONTES, 2019).

Apesar de todo o entusiasmo em torno do tema, tal projeto de expansão dos usos e aplicações da regulação algorítmica foi percebido criticamente por Rob Kitchin (2014, p. 9) como um modo *tecnocrático* de gestão dos processos de governo (governança) de uma dada organização política, na medida em que todos os aspectos dela podem ser medidos, monitorados e tratados como problemas técnicos que exigem soluções igualmente técnicas. Trata-se de um ponto de vista segundo o qual todas as coisas existentes no universo interagem segundo parâmetros passíveis de serem conhecidos e definidos, se puderem ser efetivamente mensurados. Dessa maneira, explicam Janssen e

⁷⁴ Informações sobre o *Mayor's Office of Data Analytics* podem ser obtidas em (NEW YORK CITY, 2019).

Kuk (2016, p. 327), a *governança tecnocrática* pressupõe que desafios sociais complexos podem ser decompostos em problemas bem definidos, delimitados e estruturados, os quais podem ser resolvidos por algoritmos de forma valorativamente neutra, num contexto de subordinação da política à tecnologia. Para os autores, essa tecnocracia envolveria uma nova forma de determinismo tecnológico, marcada pelo distanciamento da participação humana como fator necessário para atingir a “desejável” neutralidade técnica.

Em atitude crítica a essa tecnocracia, muitos pesquisadores do fenômeno da algoritmização da sociedade, seguindo a linha de Frank Pasquale (2015, p. 6)⁷⁵, têm utilizado metáforas que associam algoritmos a *caixas-pretas* (*black boxes*), com o objetivo de denunciar o hermetismo desses códigos de programação consoante três aspectos centrais: (i) o segredo contratual, albergado pelo ordenamento jurídico, que protege o proprietário do software contra demandas por transparência e acessibilidade em relação ao seu código-fonte; (ii) o obscurecimento deliberado da inteligibilidade sobre os algoritmos, como estratégia alternativa aos casos em que o segredo legal é contornado; e (iii) a opacidade, representada pela incapacidade de compreender o funcionamento dos algoritmos, como resultado do segredo legal e do obscurecimento de seu conteúdo. Frequentemente, a qualificação dos sistemas algoritmizados enquanto caixas-pretas vem acompanhada de pleitos por maior transparência e responsabilização (*accountability*) em relação a essas tecnologias. Esse viés revela uma inclinação por enxergar nesses artefatos da *técnica* (algoritmos, no caso) uma identidade essencial com a noção de poder, entendido como dominação de uma entidade sobre outra (BUCHER, 2018, p. 37). Nessa perspectiva, envolta na metáfora da caixa-preta, apenas a possibilidade de conhecer intelectualmente o conteúdo secreto dessas construções tecnológicas seria o caminho para o controle de seu poder sobre a sociedade. Contudo, é de se indagar *como* e *se* esse caminho para o conhecimento do conteúdo dos algoritmos, vistos como *caixas-pretas*, seria efetivamente possível⁷⁶. Além disso cumpre questionar qual seria a participação do direito administrativo nessa tarefa de desvendar os algoritmos relacionados na confecção de políticas públicas.

⁷⁵ Entre os pesquisadores que utilizam a metáfora da caixa-preta para descrever os algoritmos estão Nicholas Diakopoulos (2015), Urs Gasser e Virgílio Almeida (2017) e Katherine Fink (2018).

⁷⁶ Diferentemente, é interessante chamar atenção para abordagens que enfatizam menos a tecnologia em si, e mais o contexto de relações em que os sistemas algorítmicos se inserem e exercem poder⁷⁶, como fazem as pesquisas de Mike Ananny (2015), de Kate Crawford (2016) e de Taina Bucher (2018), as quais serão exploradas no Capítulo 4.

1.5. Relevância da investigação sobre as relações entre tecnologias de governo e a racionalidade do direito administrativo, sob a teoria de Michel Foucault

Neste ponto, e dentro do contexto das crescentes possibilidades tecnocráticas abertas à administração pública, convém retomar o fio das indagações formuladas ao início deste capítulo e voltar a indagar: o que deve tomar a atenção do jurista ao se deparar com uma proposta de política pública cujos motivos tenham origem em disciplinas estranhas ao direito? Como visto nas seções anteriores deste capítulo, os estilos de racionalidade usualmente adotados pelo discurso jurídico administrativista atualmente falham em estabelecer um diálogo entre as esferas da técnica e do direito. Se tal é a situação num cenário anterior à difusão dos algoritmos de inteligência artificial na administração pública, como poderá o jurista aplicar o direito administrativo para realizar a análise jurídica de políticas públicas decididas ou sugeridas, por exemplo, pelos *robo-advisers* anunciados por Engin e Treleaven (2019, p. 449)? Como um advogado público deve se posicionar diante de diretrizes programáticas calculadas algorítmicamente por ferramentas típicas do *Big data*? Deve legitimar a algoritmização das políticas públicas amparado na mitificação do conhecimento científico que a fundamenta, como o fazem os estilos de racionalidade administrativista movidos pelo tipo substantivo valorativo discutido acima? Ou deve substituir a exatidão prometida pelos sistemas de inteligência artificial pela justiça ensimesmada (porque isoladamente arbitrada por um juiz ou um reduzido colegiado) decorrente do método jurídico da ponderação de valores, inspirado por uma racionalidade substantiva relacionada a fins? Na hipótese de preferir qualquer desses dois vieses racionais, já apontados como insuficientes, mostra-se oportuno refletir sobre como o administrativista pode operar com vistas a conhecer e criticar esses artefatos da técnica que são os algoritmos inteligentes⁷⁷.

Contudo, a análise de tais perguntas, que serão oportunamente retomadas no Capítulo 4, demandará o auxílio de algumas chaves conceituais, para além da tipologia weberiana, como meio de cumprir o objetivo de interligar as temáticas aqui trabalhadas, pertinentes às relações entre o direito administrativo e a expertise (extrajurídica). A composição desse fio condutor teórico parte do pensamento de Michel Foucault (2001, p. 337) a respeito do fenômeno do poder. Foucault não entendia o poder de uma maneira

⁷⁷ Sobre a distinção entre algoritmos inteligentes e determinísticos, ver a nota de rodapé nº 62.

ontológica, como uma “*substância misteriosa*”, mas de modo performativo, enquanto exercício efetivo de uns sobre outros. O filósofo francês (2001, p. 327) percebia o ser humano envolvido em complexas *relações de poder*, cujo exame adequado requereria mais que as ferramentas oferecidas pelos modelos jurídicos (legitimidade do poder) ou institucionais (funcionalidade do Estado). Nesse sentido, Foucault defendeu a necessidade de uma teoria do poder, que se propusesse a analisar as relações entre a *racionalização* e o *poder político*, com o objetivo de se evitar excessos deste último, manifestados nas diferentes formas de submissão do sujeito. Não se trata, entretanto, de julgar a racionalidade como boa ou má, o que era visto por Foucault (2001, p. 328) como um debate estéril e arbitrário entre racionalismo e irracionalismo, mas de encontrar meios efetivos para impedir que a razão excedesse os limites dados pela experiência.

Foucault (1994, p. 728) entendia que as relações de poder compreendiam três níveis, concebidos na forma de jogos estratégicos entre *liberdades* e *estados de dominação*, em meio aos quais as *tecnologias de governo* desempenhariam um papel destacado. Nas palavras do autor:

(...) parece-me que é preciso distinguir as relações de poder como jogos estratégicos entre liberdades – jogos estratégicos que fazem com que uns tentem determinar a conduta de outros, a que os outros respondem tratando de não permitir a determinação de suas condutas ou tentando eles mesmos determinar a conduta dos primeiros – e os estados de dominação, que são aqueles chamados comumente de poder. E, entre os dois, entre os jogos de poder e os estados de dominação, você tem as tecnologias governamentais, vistas num sentido bastante amplo – são como a maneira como se governa uma esposa, seus filhos, assim como a maneira como se governa uma instituição. A análise de tais técnicas é necessária, porque é frequentemente por meio dessas técnicas que estabelecem e se mantêm os estados de dominação. Na minha análise de poder, há três níveis: as relações estratégicas, as técnicas de governo e os estados de dominação. (FOUCAULT, 1994b, p. 728) (tradução livre)

Para esta pesquisa, é particularmente importante mirar a relação entre as *tecnologias de governo* e o discurso jurídico administrativista, na medida em que os produtos da *expertise*⁷⁸ manipulados pelas doutrinas do direito administrativo (conforme analisado na Seção 1.2) têm a capacidade de perfazer estados de dominação (o que

⁷⁸ O vocabulário próprio da expertise condiciona a distribuição de recursos entre grupos e indivíduos, conforme afirmou David Kennedy (2006, p. 95), dotando os especialistas (juristas e *experts extrajurídicos*) da autoridade para decidir *tecnicamente* sobre uma multiplicidade de temas que afetam direta ou indiretamente a vida dos indivíduos.

implica limitações a liberdades) e, também, a capacidade de os fazer perdurar no tempo. Dito de outra forma, esta tese pretende investigar nos próximos dois capítulos as principais ideias e instituições que levaram ao desenvolvimento dos diferentes estilos de racionalidade administrativista acima discutidos, responsáveis não apenas por legitimar estratégias de poder do Estado sobre a sociedade (estratégias de dominação), mas também por realizar a contenção de eventuais ações interpretadas como abusivas por grupos defensores de liberdades individuais (estratégias de poder). Ao longo de seu processo formativo, como será visto, o próprio direito administrativo se revela como uma tecnologia de governo, alternando de maneira eclética e amorfa distintas doutrinas jurídicas⁷⁹ com o objetivo de acomodar as fronteiras conjunturais entre estados de dominação e estratégias de liberdade.

Para que se proceda a uma análise crítica do processo formativo do direito administrativo, nos termos propostos, é importante frisar que os instrumentos da técnica não só descrevem a realidade, legitimando-a, mas também a modificam. Essa característica pode ser visualizada na estatística, ferramenta fundamental para a ação de governar, possuindo um caráter dúplice, conforme apontado por Alain Desrosières (1998, pp. 6-9). Se, de um lado, os métodos da estatística são descritivos, ajudando a explicar a organização e o funcionamento do mundo (a natureza) e da sociedade segundo critérios científicos, objetivos e universais; de outro, a estatística é igualmente prescritiva, ligando seu conhecimento ao mundo prático, da ação, ao se arvorar na autoridade científica de seus métodos.

Entre as lentes do *é*, e do que *deve ser*, os elementos da *técnica*, ora exemplificados pela estatística, não somente descrevem realidades, mas criam novos estados de dominação sob a autoridade do método científico, espelhado na própria ideia do conhecimento da natureza. Os sistemas algorítmicos abordados na seção anterior são igualmente tecnologias governamentais, consistindo em ferramentas dinâmicas e performativas que, à semelhança da estatística, utilizam o cálculo matemático e a quantificação (classificação) do mundo para moldar as condições de possibilidade das relações de poder (BUCHER, 2018, pp. 17-18). Tanto métodos estatísticos, quanto sistemas algorítmicos são abrangidos pelo conceito de *dispositivo de agregação de*

⁷⁹ A variabilidade das doutrinas jurídicas administrativas, movidas por diferentes racionalidades, foi analisada na Seção 1.2.

interesses (DAI)⁸⁰, desenvolvido por Castro também com embasamento em Foucault. Convém antecipar que o conceito de DAI será útil para a construção de um debate em torno de uma racionalidade alternativa para a operação do direito administrativo em seu encontro com a expertise, a ser efetuada no Capítulo 4.

Por ora, no entanto, convém recorrer a Foucault para apontar em direção aos capítulos imediatamente seguintes. Ao teorizar sobre as relações de poder, esse filósofo francês afirmou a importância de conhecer as condições históricas que motivam as conceitualizações sob exame. Mais especificamente, Foucault (2001, p. 329) destacou a relevância da investigação histórica a respeito do desenvolvimento das tecnologias políticas, remontando a processos longínquos como forma de compreender os mecanismos que fazem a civilização prisioneira de sua própria história. Assim, seguindo a linha foucaultiana de se concentrar na análise de racionalidades específicas, ao invés da racionalidade em geral, o próximo capítulo abordará aspectos históricos da formação da racionalidade subjacente ao direito natural, especialmente no que toca às variadas relações entre as ordens próprias da natureza e da sociedade. Neste Capítulo 2, não deixarão de ser examinadas diferentes concepções de racionalidade, o que transparecerá o confronto de estratégias que Foucault enxergava como performance das relações vivas de poder.

Na sequência, o Capítulo 3 persistirá no empreendimento da análise histórica, agora concentrado nas condições a partir das quais brotaram os diferentes estilos de racionalidade do direito administrativo (tratados neste Capítulo 1), entrelaçados no desenvolvimento de uma racionalidade própria ao exercício do poder pelo Estado. Com fundamento em Foucault (2001, p. 345), esta pesquisa almeja demonstrar que o direito administrativo moderno deriva do processo de progressiva *governamentalização* das relações de poder. Nessa linha, o terceiro capítulo abordará os principais aspectos do extenso caminho pelo qual os confrontos estratégicos entre visões opostas de mundo foram racionalizados e centralizados sobre as bases de instituições estatais, fazendo despontar, ao final, o direito administrativo em sua especificidade. A análise crítica desse percurso formativo permitirá, no capítulo final, a discussão de uma racionalidade alternativa para o direito administrativo contemporâneo, que possibilite afrentar

⁸⁰ De modo resumido, Castro (2019, p. 12) entende os *dispositivos de agregação de interesses* como o conjunto heterogêneo e interrelacionado de discursos, instituições, normas jurídicas, práticas administrativas, afirmações científicas, proposições morais e filosóficas, os quais são trabalhados com o objetivo de gerar conhecimento científico ou próprio da *expertise*. Esse conceito será explorado com maior detalhe no Capítulo 4.

adequadamente não só o desafio de conectar o direito e a expertise extrajurídica, mas também proporcione a democratização dos debates relacionados aos conflitos estratégicos de poder.

A análise histórica que será realizada a seguir, todavia, não possui a pretensão de ser exaustiva e, tampouco, linear. Inspirada no método arqueológico de Foucault (1969, p. 10), o esforço empenhado será direcionado mais para as distinções do que para as continuidades entre as camadas de conceitos, ideais e relações escavadas. Ao invés de endossar explicações históricas marcadas por supostas transições harmônicas e uniformes entre noções diferentes, os capítulos seguintes buscarão enfatizar os fenômenos de rupturas, no contexto de seus correspondentes conflitos discursivos. Em meio a tais discontinuidades e rupturas, entre ideias dispersamente elaboradas e reelaboradas ao longo da história, será possível distinguir, no entanto, certas regularidades que contribuíram para a formação discursiva que esta pesquisa almeja destacar (GIACOMONI; VARGAS, 2010, p. 124).

2. Da autoridade moral da natureza à construção da racionalidade do moderno direito natural

A prestigiada revista *Nature* (2016), ao anunciar mais um grande avanço nas pesquisas sobre inteligência artificial, chegou a uma conclusão desconcertante sobre o prognóstico das relações entre os homens e as máquinas. A revista informava que a Google acabara de desenvolver um programa de computador – AlphaGo – capaz de vencer, no jogo de Go⁸¹, o campeão europeu dessa prática. Esse programa é executado por meio de um supercomputador, o Google DeepMind, que utiliza várias camadas de redes neurais, treinadas para imitar jogadas humanas praticadas pelos melhores jogadores, para calcular, de modo probabilístico, se o próximo movimento será *bom* ou *ruim*, levando em conta o objetivo de ganhar a partida. Elimina-se, assim, a necessidade de comparar racionalmente cada uma das múltiplas jogadas possíveis. Esse modo de decidir o acerto da jogada, argumenta o editorialista da revista *Nature*, assemelha-se à forma como opera a intuição humana. A intuição, uma forma de obter conhecimento sem raciocinar conscientemente, é impenetrável. De outro lado, argumenta a revista, é também insondável pela mente humana o caminho percorrido pelas seguidas decisões tomadas pela máquina, entre as muitas camadas de redes neurais, antes da produção de uma resolução final⁸². Apesar de ter sido programado por um ser humano, o supercomputador acaba tomando decisões que não podem ser escrutinadas pela racionalidade do programador, assemelhando-se, portanto, à maneira como o homem intui soluções.

Que seres humanos ajam conforme a própria intuição, não seria surpresa. A novidade estaria na possibilidade de humanos depositarem cada vez mais confiança na “intuição das máquinas” (no sentido da metáfora elaborada pela *Nature*), para as quais vêm gradualmente delegando a condução de relevantes atividades da vida econômica e social, como a análise e recomendação de transações financeiras e a classificação de consumidores quanto à capacidade de pagamento (conhecida como *credit scoring*), além de decisões relacionadas a políticas públicas, conforme visto no capítulo anterior. Como adoradores diante de um oráculo, os humanos se dispõem a acreditar nas sentenças proferidas pelos algoritmos inteligentes. A mencionada publicação científica adverte,

⁸¹ Go é um tradicional jogo de tabuleiro de origem chinesa e bastante popular na Ásia, considerado mais complexo que o xadrez.

⁸² O funcionamento dos sistemas de inteligência artificial e as implicações de sua aplicação à administração pública serão abordados no Capítulo 4.

contudo, que esses robôs (as “máquinas intuitivas”) exigirão dos seres humanos mais do que confiança: demandarão fé (NATURE, 2016). Vale recordar, no entanto, que a crença na *técnica* enquanto valor inabalável, transposto para o domínio do direito como forma de legitimar acriticamente políticas públicas, está longe de ser novidade. É, como detalhado no Capítulo 1, um estilo de racionalidade jurídico-administrativa amplamente difundido, cuja importância pode vir a crescer, segundo os prognósticos da revista *Nature*.

Ainda, mesmo considerando que a crédula adesão à intuição das máquinas represente algo novo na história da humanidade, convém perceber as origens centenárias da mistura inusitada entre fé e racionalidade dependente da matemática. Ao menos desde o século XVI, as transposições de ideias entre teologia, filosofia e matemática, tornadas frequentes, passaram a oferecer explicações convincentes sobre como o mundo se ordenava (ou deveria se ordenar). Assim, faz sentido que, antes de qualquer esforço voltado para se cogitar de uma racionalidade alternativa para o direito administrativo aplicado a uma burocracia algoritmizada, a atenção desta pesquisa seja direcionada para a análise das fundações sobre as quais esse porvir é construído. Nessa direção, Lorraine Daston (2004, p. 375) ressalta o papel da análise histórica das ideias e das instituições⁸³ para uma apropriada crítica da realidade:

O que a história pode fazer é escavar instituições profundamente sedimentadas, no sentido de, ao mesmo tempo, revelar suas origens e as colocar à mostra. Esse exercício pode ser descrito como um tipo de história do autoevidente: as fontes e a multiplicidade de nossas suposições mais profundamente entranhadas e intuições irrefragáveis, seus surgimentos e desaparecimentos. (DASTON, 2004, p. 375) (tradução livre do autor)

Para os fins da análise histórica proposta nesta tese, convém, em primeiro lugar, investigar as principais ideias e as instituições que levaram o raciocínio científico, fundado na observação da natureza e no cálculo matemático, a ser adotado como modelo para a descrição do mundo físico e, também, para a prescrição de uma ordem social. É necessário averiguar o percurso histórico das ilações extraídas dos paralelos entre natureza e sociedade, para que se criem as condições apropriadas para a crítica da automação administrativa que o futuro anuncia. Este capítulo almeja evidenciar um paralelo entre a autoridade hoje inspirada pelas máquinas dotadas de inteligência artificial

⁸³ Como adiantado ao final do Capítulo 1, esta pesquisa empregará o método arqueológico proposto por Michel Foucault (1969).

e aquela que, no passado, era extraída da natureza. Assim como a ideia de natureza (oriunda da tradição greco-romana) exercia a função de simbolizar uma autoridade externa ao homem e superior à sua própria vontade (ALLEN, 2004, pp. 78-79), a confiança irrefletida nas máquinas inteligentes parece tender a ocupar um papel semelhante, ou seja, o papel de uma autoridade superior à de qualquer agência humana.

Percebe-se que máquinas, sejam elas robôs programados com inteligência artificial ou uma simples caixa de música, são compostas de variadas partes menores que, sendo integradas segundo uma ordem predefinida, formam um todo funcional. Contudo, antes da invenção de robôs e artefatos comparáveis, desde a civilização grega⁸⁴ até as teorias sistêmicas desenvolvidas pela cibernética⁸⁵ em meados do século XX, a natureza foi frequentemente percebida de maneira semelhante, com respeito às suas relações entre todo e parte. Não menos frequentes foram as tentativas de extrapolar os paradigmas aplicados ao mundo natural (e, por vezes, ao funcionamento das máquinas) também para o domínio dos homens.

Analisar as origens da autoridade moral da natureza, escavar o subterrâneo do solo onde estão infiltradas as raízes da racionalidade embasada na justaposição entre o que “é” (a realidade racionalmente conhecida, a natureza) e o que “*deve ser*” (uma ordem moral, política ou jurídica para a sociedade) é o propósito deste segundo capítulo. Esse esforço procurará seguir o caminho apontado por Daston (2004), sem deixar de ter em mente a linha investigativa proposta por Foucault (2001, p. 329), ao destacar a relevância da investigação histórica a respeito do desenvolvimento das tecnologias políticas, remontando a processos longínquos de formações discursivas⁸⁶ cujas ramificações influenciam os mecanismos institucionais que moldam o funcionamento do mundo presente.

⁸⁴ Vale lembrar que a palavra *organismo*, ou o adjetivo *orgânico*, comumente associados a características da natureza, deriva do termo *organon*, que significa ferramenta em grego. Como anota Lorraine Daston (2004, pp. 388), Aristóteles utilizava a expressão *organon* indistintamente para se referir a utensílios feitos por humanos ou a partes funcionais de seres vivos.

⁸⁵ A cibernética foi inaugurada na década de 1940 como um campo de pesquisa interdisciplinar, envolvendo matemática, neurofisiologia e engenharia de controle. Sobre os paralelos entre sistemas biológicos e mecânicos na formação da cibernética, ver Sayre (2004).

⁸⁶ Para maior detalhamento do método arqueológico foucaultiano, ver Giacomoni e Vargas (2010).

2.1. *A ideia de natureza na cosmologia grega*

Em sua investigação sobre a moralidade nas ordens naturais, Lorraine Daston (2004, pp. 375-376) distinguiu três sentidos possíveis para *natureza*⁸⁷, dos quais apenas o último é resultante das discussões filosóficas iluministas ocorridas entre os séculos XVII e XVIII, possuindo os dois primeiros origens na cultura grega clássica: (i) natureza enquanto identidade ontológica de um ente, ou seja, aquilo que faz algo ser a espécie de coisa que ela é⁸⁸; (ii) natureza como ordem local, relacionada à flora, à fauna e a paisagens de uma localidade determinada; e (iii) natureza como a ordem compreensiva, uniforme e universal que abarca todo o conjunto não-humano do cosmos, governada por padrões de regularidade imutáveis, operantes em todos os lugares e a todo o tempo.

Os gregos da era pré-clássica ainda não utilizavam o termo “natureza” (*physis*) como o conjunto de tudo o que há de não-humano no mundo. Inexistente como noção abstrata em Hesíodo ou Homero, a natureza era comumente identificada por características e processos sazonais “da terra”, cujas mensurações (das estações e dos ritmos cósmicos) proporcionavam uma linguagem figurativa destinada a abordar questões sobre moral e ordem social. (SLATKIN, 2004, p. 28). Apenas a partir da Grécia Clássica, de acordo com Daston (2004, p. 380), as duas primeiras acepções de natureza ganhariam corpo. Ainda segundo a autora, o sentido de natureza enquanto identidade ontológica estaria presente no mito de Medeia, narrado por Eurípedes, na medida em que as conflitantes *naturezas* dos personagens determinam as correspondentes ações⁸⁹. Quanto à segunda acepção, a natureza, entendida como local, representaria uma integração harmônica e cambiável de seus variados elementos, os quais não seriam estáticos, mas, ao contrário, sujeitos a uma mudança concertada em relação aos demais componentes.

⁸⁷ Os três sentidos de ordem natural são desenvolvidos pela historiadora da ciência Lorraine Daston (2004, pp. 375-376), para alegar que apenas o terceiro conceito foi amplamente analisado e criticado após sua difusão, especialmente entre os séculos XVII e XVIII. Isso não significaria, segundo a autora, que as duas primeiras noções não tenham subsistido como fonte de autoridade, ainda que oblíqua, para ideias que ainda hoje persistem na contemporaneidade.

⁸⁸ Segundo Daston (2004, p. 375), essa acepção é o primeiro significado dos termos *natura*, em latim, e *physis*, em grego. Da mesma forma, o primeiro significado disponível para *natureza* no dicionário da língua portuguesa de Antônio Houaiss (2012) é “*combinação específica das qualidades originais, constitucionais ou nativas de um indivíduo, animal ou coisa; inato*”.

⁸⁹ Para exemplificar esse sentido de natureza como *espécie*, Lorraine Daston (2004, pp. 380-382) comenta o mito de Medeia, que, ao assassinar seus filhos, mostra-se não diante de um dilema sobre motivações, mas envolta num conflito entre *naturezas* distintas que habitam um mesmo ser: humana ou deusa; humana ou animal; civilizada ou selvagem; louca ou sã; herói masculino ou figura materna. Todos esses pares de *naturezas* antagonicas são igualmente naturais. Entretanto, cada natureza, fiel à sua especificidade, busca lutar contra a sua rival pelo domínio do destino de Medeia. A tragédia, nesse mito, está no fato de que fazer uma escolha por uma natureza implica necessariamente trair uma outra, o que jamais poderia acontecer de acordo com um conceito natureza omnicompreensiva.

Natureza local consistiria numa configuração única de naturezas específicas, características de um determinado espaço geográfico⁹⁰.

Ambas as noções de ordem natural, a específica e a local, são intrinsecamente variáveis, permitindo a existência de múltiplas espécies diferentes, assim como de uma imensa diversidade de topografias. Essas ordens naturais representavam o que acontecia com frequência, embora não fosse necessário que acontecesse todas as vezes, invariavelmente (DASTON, 2004, p. 375). Eram regulares, porém não eram determinísticas. Na terceira acepção, mais moderna e difundida, a natureza engloba todo o universo que excede o homem, sendo definida por regularidades inexoráveis que atuam em todos os lugares e sempre do mesmo modo. Segundo essa ideia de ordem natural, a metáfora evidente seria a da natureza universal e omnicomprensiva como *lei*, ao passo que as ordens específicas e locais seriam como os *costumes* (DASTON, 2004, pp. 375-376)⁹¹. Vale lembrar, como visto no capítulo anterior, que essa acepção de natureza *universal* corresponde à visão de mundo que fundamenta o modo *tecnocrático* de governar, conforme aludido por Rob Kitchin (2014, p. 9).

Essas três noções de ordem natural volta e meia entram em conflito umas com as outras, como denota a incompatibilidade entre uma natureza acreditada universal e a variabilidade inerente às naturezas locais⁹². Isso não significa, contudo, que um ou outro conceito de natureza seja necessariamente falso. Cada um deles, em verdade, representa uma visão genuína e viável sobre algum aspecto da natureza. A observação da uniformidade do movimento dos corpos inspirou uma conotação universal da natureza; o estudo das relações recíprocas entre seres vivos e condições locais constitui o objeto central da ecologia; e a investigação da natureza específica dos seres vivos alimenta o trabalho acadêmico da taxonomia das ciências da vida. Contudo, mesmo que a

⁹⁰ Nesta acepção, Lorraine Daston (2004, pp. 402-405) observa que o conceito de natureza local foi corriqueiramente utilizado em associação aos costumes locais, na medida em que o complexo de regras costumeiramente observadas na ordenação social de um determinada comunidade também era percebido como um conjunto harmonioso e dinâmico, suscetível a modificações concertadas. Nesse paralelo, analisado sob a ótica do costume, as ordens morais e naturais se assemelhavam, sendo regulares, em lugar de fixas, e variáveis em função do lugar, ao invés de uniformes.

⁹¹ Como será visto neste capítulo, a atribuição do caráter universal às *leis naturais* constituiu um fator decisivo para a consolidação do direito natural como fundamento de racionalidade para derrogação de costumes locais durante a formação dos Estados nacionais na Europa, após o século XVI. (DASTON, 2004, pp. 375-376).

⁹² O conflito é ilustrado por Lorraine Daston (2004, p. 408) com a alusão às disputas filosóficas entre as ideias de Condorcet e de Montesquieu a respeito da ordem natural. Enquanto o primeiro não aceitaria outra ideia de ordem que não fosse universal, regida pelo direito natural, o último acreditava na multiplicidade de ordens naturais, as quais teriam as condições ideias para se adaptarem às necessidades e às particularidades de cada local.

universalidade das *leis da natureza* tenha passado a dominar a visão sobre a ciência e sobre a natureza, é preciso admitir que as ordens locais e específicas da natureza coexistem com ela, ainda que subliminarmente (DASTON, 2004, p. 408).

De acordo com Lorraine Daston (2004, p. 408), cada uma das três ordens naturais caminha em paralelo com um princípio distinto de ordem moral: validade universal e tratamento uniforme perante a lei; autenticidade e espontaneidade; coerência e adequação. Revelam-se, assim, conflitos potenciais, ilustrados pela oposição entre o geral e o específico; pela resistência dos costumes aos hábitos surgidos espontaneamente – ou como se usa dizer, *naturalmente*; pela perplexidade diante acontecimentos e ideias ambíguas. Esses princípios extraídos da ideia de natureza, argumenta Daston, continuam a informar as nossas *intuições morais*, embora de maneira irrefletida e implícita. E, uma vez que tais intuições funcionam como régua para enquadrar fatos e opiniões dentro de uma determinada ordem moral, mostra-se necessário trazê-las à luz.

Ao tempo da era pré-clássica da civilização grega, por volta do século VIII a.C, o significado e o funcionamento da natureza estavam diretamente relacionados aos seus elementos específicos e concretos, e à maneira pela qual a linguagem figurativa fazia uso deles nos poemas, fábulas e de outros recursos literários. No poema intitulado *Os Trabalhos e os Dias*, Hesíodo utiliza o mote de uma disputa patrimonial entre irmãos para meditar sobre o comportamento ético e o papel da justiça na construção de uma ordem social. Ao contrário do que se poderia supor nos dias atuais, o homem identificado com a *verdadeira justiça*, no contexto em que Hesíodo escreveu, não é um juiz, mas um fazendeiro. Ao trabalhador da terra, que respeita a lavoura e imita em sua vida o desenrolar cíclico dos acontecimentos do mundo, é reservada a fortuna, a saúde e a fertilidade. A obra de Hesíodo é não só cosmológica, mas também didática, na medida em que explica como o mundo *é*, como chegou a ser, e o que esse arranjo cosmológico exige que o homem *deva ser*. Nessa tradição, o trabalho agrícola é autorizado como o vínculo correto entre o homem e a terra; o sacrifício, como a relação apropriada entre homens e deuses; a reprodução sexual, como o elo constitutivo entre homem e mulher; e as transações econômicas como as interações necessárias entre os homens. A vida social poderia ser regulada de acordo com os padrões de constância fornecidos pela natureza. Dada a regularidade de alguns fenômenos naturais dos quais depende a sobrevivência humana, a noção do *oportuno*, ou *tempestivo*, passa a ser tanto um símbolo de uma vida

ordenada como uma referência para mensurar e calcular⁹³ a adequação aos moldes dessa ordem. Aplicar ao mundo a *devida medida*, agir de acordo com as estações, respeitar a sequência ordinária das coisas significava mais do reconhecer a temporalidade da vida, simbolizava a resistência ao caos, a adesão a uma ordem cíclica que qualificava a própria temporalidade (SLATKIN, 2004, pp. 28-48).

Essa perspectiva sobre a natureza prolongou-se na Grécia durante os séculos seguintes a Hesíodo e Homero. Mesmo nas filosofias de Sócrates, de Platão e de Aristóteles é possível constatar, segundo Collingwood (1945, p. 3-6), que a noção de natureza na Grécia Antiga estava vinculada à ideia de uma *mente* própria, responsável por regular a ordem natural que tornava o conhecimento (*logos*, ciência) do mundo possível. Esse mundo, formado de corpos em incessante movimento, não poderia ser outra coisa senão um gigantesco ser vivo, como um animal racional dotado de uma inteligência própria. Ainda de acordo com Collingwood, a cosmologia grega (em Sócrates, Platão e Aristóteles) considerava a vida e a inteligência das diversas criaturas espalhadas pela terra uma organização local especializada, uma espécie de derivação daquela mais elevada racionalidade que ordenava o *cosmos*. Assim, considerava-se que não apenas os homens participavam da existência desse ser vivente que era a natureza, mas também as plantas e os animais cooperavam física e intelectualmente para a integridade desse universo.

Essa cosmologia em torno da noção de natureza (que influenciava decisivamente a regulação da ordem social) só foi desafiada e eventualmente rompida⁹⁴ após o século XVI, como desdobramento do Renascimento⁹⁵. A cosmologia renascentista⁹⁶ ganhou impulso a partir do repúdio a certos aspectos basilares da cosmologia grega, em especial à versão aristotélica dessa visão de mundo (OAKLEY, 1961, p. 432). Assim, de modo a seguir a trilha das continuidades e discontinuidades das ideias e instituições que participaram de tal mudança de concepção cosmológica (da grega para a renascentista),

⁹³ Ao tratar da mensuração e do cálculo na ordem cosmológica por período pré-clássico grego, Laura M. Slatkin (2004, p. 43) se refere à forma como o homem entendia sua relação com a ordem natural e nela procurava intervir. Exemplos disso eram os rituais pelos quais o homem ofertava sacrifícios que fossem proporcionais à graça pleiteada, simbolizando uma tentativa de restabelecer o equilíbrio cosmológico.

⁹⁴ Seguindo a terminologia empregada por Foucault (1969), trata-se aqui de uma descontinuidade, ou ruptura, de uma forma de racionalizar o mundo. Isso não significa, contudo, que elementos das formas discursivas que se diz descontinuadas deixem de ser empregados em tempos posteriores, sendo rearranjados em meio ao processo de formação discursiva subsequente.

⁹⁵ O período a que o Collingwood (1945, p. 5) se refere tem início no século XVI, o qual poderia se chamar de “Pós-Renascimento”.

⁹⁶ Collingwood (1945, p. 5) alerta que a designação escolhida por ele próprio, “cosmologia do Renascimento”, não é tão precisa, já que esse termo abrange todo o movimento intelectual originado a partir do século XIV, na Itália, ainda envolto na cosmologia grega.

com repercussões sobre os fundamentos d autoridade (legitimidade) da ordem social, mostra-se necessário apresentar brevemente certas noções da física aristotélica, assim como os caminhos pelos quais a escolástica trabalhou sua noção de racionalidade durante a Idade Média a partir das obras de Aristóteles a que passavam a ter acesso. Apurar os traços comuns (em meio à diversidade de ideias e acontecimentos) da formação da racionalidade medieval será importante para compreender as transformações por que passaram as relações entre ordens natural e social, durante o Renascimento.

2.2. *A escolástica e o desenvolvimento da racionalidade jurídica, sob o influxo do aristotelismo*

Aristóteles defendia que o universo, estando em constante e espontâneo movimento, era caracterizado pela contínua mudança, representando um processo por meio do qual diferentes formas se sucedem com a finalidade de realizar seu completo potencial. Desse modo, a ordem natural era articulada logicamente, ao invés de temporalmente, como passou a ser entendida após o Renascimento (COLLINGWOOD, 1945, p. 82-85). Cada mudança no mundo físico era causada pela inclinação a atingir um fim correspondente – o que Aristóteles chamava de *causa final*⁹⁷ –, realizando um movimento cíclico, movido por si só. Todos os processos da natureza eram compreendidos pela distinção entre o potencial e o atual, sendo o primeiro o ponto a partir do qual nasce a força tendente realizar a forma atual. Nessa condição, a compreensão racional do funcionamento da natureza era orientada, eminentemente, pela análise de causas finais. Ainda que o cosmos aristotélico necessitasse de um impulso divino original para que passasse a se mover, a partir daí a natureza caminharia por vida própria⁹⁸. Causas

⁹⁷ Na metafísica aristotélica, existem quatro causas (ou princípios) para que as coisas venham a ser o que são. A *causa material* é aquilo de que é feita a coisa, como o vidro causa o copo. A *causa formal* equivale à forma (modelo ou essência) que estrutura a coisa, do que é exemplo circunferência, causada pela fórmula matemática $2\pi r$. A *causa eficiente* é aquilo de que procede o princípio da mudança, ou do repouso, de alguma coisa, assim como os pais causam os filhos. Por fim, a *causa final*, ou finalidade, é aquilo para que alguma coisa vem a ser, o que pode ser ilustrado pela afirmação de que a prática esportiva causa boa saúde (ARISTÓTELES, 2002, pp. 131-135).

⁹⁸ Aristóteles, diferentemente de Platão, negava a hipótese da criação do universo por meio da vontade divina externa e anterior ao próprio universo. Na interpretação de Collingwood (1945, p. 87), Aristóteles identificava o divino com as formas, que representariam os pensamentos de deus, articulados numa estrutura dialética. Entretanto, além de *pensamento*, deus também seria *atividade*, por meio da qual colocaria em movimento a ordem divina, dotada de um fim próprio, conhecido pelo próprio deus. Essa ordem serviria de inspiração para ser imitada pelas diversas outras ordens especializadas do cosmos, a exemplo da ordem natural, formando uma hierarquia em função da proximidade da imitação em relação às formas e atividades divinas. Assim, na visão aristotélica, deus não seria o responsável por comandar as ações e as racionalidades que comporiam o mundo, mas constituiria a ordem em que se espelhariam todas

finais, e não as causas eficientes, eram a chave para a compreensão dos processos de mudança em meio à ordem natural.

Esse viés teleológico, resgatado e propagado pela escolástica tomística⁹⁹ após o século XIII (OAKLEY, 1961, p. 447), tornou-se um dos principais alvos da crítica renascentista¹⁰⁰, conforme será abordado mais à frente. Por ora, como já adiantado, importa mostrar como essa cosmologia aristotélica foi redescoberta e seguidas vezes reinterpretada, para, no Renascimento, ser confrontada por outra visão de mundo. E, com esse objetivo, convém explicar os pontos centrais da racionalidade pela qual estudiosos da Idade Média apreendiam a realidade à sua volta e produziam conhecimento. A particular forma de raciocinar, lapidada no curso da era medieval, foi decisiva não apenas para o desenrolar da revolução científica renascentista, mas também para a construção dos primeiros pilares de teorias fundamentais para o direito e para a política, como o moderno jusnaturalismo.

Como se sabe, após a queda de Roma, ao longo de todo o Alto Medievo (476-1000 d.C.), a maior parte da obra de Aristóteles esteve inacessível ao ocidente cristão. Apenas os livros conhecidos como *De Interpretatione* e *Categoriae*, traduzidos por Boécio (477-524 d.C.) em meados do século VI e dedicados ao estudo da dialética, ao lado de *Isagoge* (de Porfírio) e *Topica* (de Cícero), alcançaram ampla divulgação nos círculos intelectuais europeus. Apelidada de *logica vetus* (lógica antiga), a ciência dialética¹⁰¹ proporcionou um método racional de produção de conhecimento considerado válido, igualmente relevante para a refutação de erros de raciocínio (ERRERA, 2007, pp. 79-80). A escolástica, como foi chamado o método de ensino e pesquisa próprios das universidades criadas em diversos pontos da Europa a partir do século XI, compreendia em seu currículo as chamadas *sete artes liberais*, assim definidas desde a Antiguidade

as outras, que então participariam das características divinas justamente pelo fato de integrarem, em última instância, a articulação do universo constituído sob inspiração de deus. Vale lembrar, contudo, que a atividade divina a movimentar as demais ordens, de cima para baixo, não torna deus um ser igualmente móvel. Para Aristóteles (2002, pp. 306-315), deus é um ser vivo, que move sem ser movido, que pensa a si mesmo, de cujos intelecto e fim derivam todas as ordens a ele inferiores.

⁹⁹ Trata-se da escolástica fundada nos ensinamentos do teólogo São Tomás de Aquino (1225-1274).

¹⁰⁰ No mesmo sentido escreveu Milton (1981, pp. 181-184).

¹⁰¹ Errera (2007, pp. 80-82) explica que a dialética, num primeiro momento da Idade Média, compreendia um conhecimento limitado da silogística, e era tomada como sinônimo de *lógica*, um das artes que compunham o *trivium*. Após o século XIII, segundo o autor, teria havido uma delimitação conceitual, que estreitou a definição de dialética para o domínio dos argumentos meramente prováveis. Ainda, Errera argumenta que a dialética era para os escolásticos não apenas uma ciência autônoma, mas também um arsenal de técnicas discursivas e hermenêuticas indispensáveis para o correto desenvolvimento epistemológico de todas as demais ciências. Nesses termos, a dialética seria a própria *ciência da razão* (*scientia rationalis*), que mostraria às demais disciplinas o caminho para o correto pensar, indene de erros de raciocínio.

Clássica: as três artes verbais, designadas por *trivium*, as quais compreendiam a gramática, a lógica e a retórica; e as quatro artes matemáticas, ou *quadrivium*, formadas por aritmética, geometria, música e astronomia.

Contudo, de meados do século XII em diante, a ênfase imposta pela escolástica¹⁰² residiu no *trivium* (MARENBOON, 2015, p. 267), especialmente na modalidade de raciocínio dialético chamada de *distinctio*¹⁰³. Essa metodologia foi adotada como ferramenta científica destinada a analisar a coletânea de leis romanas compiladas pelo Imperador Justiniano, conhecida como *Corpus juris civilis*. Vale notar que essa mudança, de certo modo, retoma (com inovações) uma tendência que se havia parcialmente estabelecido durante a República romana, consistente em aplicar o método dialético, na forma de uma hierarquização do conhecimento, ao conjunto de práticas institucionais e intelectuais a que correspondia a *jurisprudencia* (CASTRO, 2012, p. 37). A *distinctio*, em síntese, consistia em efetuar distinções dicotômicas a partir de um termo, tomado como gênero (*genus*). Como resultado dessa diferenciação específica, seriam encontradas espécies (*species*) do gênero, as quais, por sua vez, passariam por sucessivos processos de *subdistinctio*, até que se alcançasse a *species infima*, a categoria final do processo de subdistinção (ERRERA, 2007, p. 85)¹⁰⁴.

O emprego da *distinctio* como instrumento de análise e estruturação da miscelânea de textos legais contidos na Codificação de Justiniano possibilitou a criação de um edifício lógico tendente a produzir um conjunto harmônico e coerente de normas. Ao mesmo tempo em que proporcionava um esquema classificatório racional e memorizável dos diversos significados contidos no texto legal, o uso da *distinctio* permitia a reconciliação de incoerências detectadas entre diferentes textos contidos no *Corpus juris civilis*, na medida em que incongruências poderiam ser solucionadas tomando-se o termo

¹⁰² Segundo Oakley (2012, p. 56), a escolástica deve seu sucesso à capacidade de resolver, por meio de criticismo paciente e distinções sutis, os problemas postos pela comparação de opiniões correlacionadas, mas divergentes entre si. Ao comentar a importância da escolástica para o desenvolvimento da filosofia humanista, Lodi Nauta (2007, p. 194) reconhece que os escolásticos abordavam a linguagem, a razão e a argumentação por meio de uma perspectiva que hoje poderia ser chancelada como científica pelos modernos estudiosos da lógica e da linguística. O interesse da escolástica estava nas propriedades dos termos e na forma como esses termos se relacionavam com as coisas no mundo, para fins de formalizar padrões de locuções racionais que fossem capazes de estabelecer condições para aferição da verdade e regras de inferência.

¹⁰³ É importante destacar que as transformações sobre os usos da lógica clássica, empreendidas pelos escolásticos ao longo da Idade Média, foram acumuladas e retrabalhadas no século XIX para formar a racionalidade *lógico-formal* de que tratou Weber (1978), conforme abordado no Capítulo 1.

¹⁰⁴ A aplicação da metodologia da *distinctio*, com a finalidade de encontrar a *species infima*, produz um mapa detalhado de diferenciações analíticas ramificadas a partir de um gênero, o que ficou conhecido como “árvore de Porfírio” (*arbor porphyriana*) (ERRERA, 2007, p. 86).

contraditório como gênero, passível de ser dissecado por meio da diferenciação específica (ERRERA, 2007, pp. 89-90).

Vale notar, ainda, que a *species infima* encontrada mediante essa operação de *distinctio* era então chamada de *natura*, ou natureza de uma determinada instituição jurídica¹⁰⁵, o que faz perceber aqui a milenar vitalidade da ideia de *natura*, tomada em seu primeiro significado, conforme elencado anteriormente por Lorraine Daston¹⁰⁶. Como resultado dessa distinção, as contradições poderiam ser consideradas meramente aparentes, preservando-se a validade de ambos os textos originalmente confrontados. Os juristas que empreenderam esse esforço analítico integravam a Escola dos Glosadores, assim nomeada porque as distinções analisadas eram anotadas (glosadas) à margem do texto legal, revelando a sua essência, a sua *natura jurídica* (ERRERA, 2007, p. 90). Desse paralelo entre o método de delimitação conceitual de uma instituição jurídica e a ideia primordial de *natura* como especificidade, uma espécie de identidade ontológica, é possível enxergar a transposição de autoridade de um domínio a outro. O ato de anunciar a *natura jurídica* de um instituto levaria consigo o efeito de lhe conferir o mesmo grau de indiscutibilidade das coisas que são por natureza, como os animais, as plantas, a água e o fogo, nos termos da física aristotélica. Em oposição às coisas que existem em decorrência da ação humana (fruto da *téchné*), as coisas naturais surgem e se desenvolvem espontaneamente, por princípio próprio e independente do homem (ARISTÓTELES, 1995, p. 45). A transposição dessa ideia de natureza para a ordem social conferiria às ideias logicamente derivadas do texto legal uma existência autônoma em relação ao engenho humano. Assim, a *natura jurídica* de algo somente poderia ser descoberta, jamais modificada.

A partir de 1130, outras obras de Aristóteles passaram a ser conhecidas pela escolástica. Os trabalhos aristotélicos sobre lógica (*logica nova*) passaram a ser lidos na Europa católica, traduzidas do árabe, uma vez que os textos de Aristóteles já eram

¹⁰⁵ Segundo Errera (ERRERA, 2007, p. 146), ao empreenderem o método da distinção, os glosadores acabaram por isolar algumas expressões que continham uma *natura* precisa e unitária, dando como exemplos a *natura contractus*, a *natura obligationis*, a *natura donationis*, entre outros. A identificação da natureza desses institutos, ainda de acordo com esse autor, tinha como característica a autonomia e a independência em relação às leis individuais nas quais ela havia sido identificada. A natureza jurídica precederia a qualquer atividade legislativa, que apenas teria o efeito de transpor a *natura* para o direito positivo. No mesmo sentido, Bellomo (1995, p. 166) afirma que a natureza jurídica tem vida independente da lei, mas, ao mesmo tempo, encontra nela uma nova vida, ao conferir ao texto legal uma *forma* compreensível. Ainda, Bellomo chama atenção para a utilidade da escavação da natureza jurídica pelos glosadores, permitindo que a *natura* encontrada, mantendo-se preservada, servisse de base para novas reconstruções jurídicas formuladas a partir de outros textos da lei positiva.

¹⁰⁶ Conferir a nota de rodapé nº 87.

conhecidos nas culturas islâmica, judaica e bizantina havia séculos. Em seguida, as demais obras de Aristóteles ganharam versão em latim e se espalharam pelas recém-criadas universidades, tendo sido incorporadas ao currículo das duas principais universidades no norte europeu: Paris e Oxford. O pensamento aristotélico foi apresentado ao ocidente pelos comentários de Avicena e Averróes¹⁰⁷, os dois principais filósofos islâmicos influenciados pelo aristotelismo (MARENBNON, 2015, p. 268).

O desenvolvimento da *logica nova*, a partir do estudo da obra completa de Aristóteles, ultrapassou as barreiras linguísticas (conhecimento do grego) e se disseminou pelo ensino escolástico a partir de meados do século XII. Nesse ínterim, o estudo da lógica foi também sendo aprofundado, resultando no que se passou a chamar *logica moderna*, aprimorando a silogística¹⁰⁸ como método para produção de inferências válidas (ERRERA, 2007, pp. 100-104). A *distinctio*, que então era a principal ferramenta utilizada pelos glosadores, teve sua relevância diminuída, uma vez que o próprio estagirita chegou a afirmar textualmente que tal método não passava de uma técnica pobre (um silogismo fraco) para obtenção da verdade. Em lugar da *distinctio*, os glosadores do final do século XII priorizaram o uso da técnica silogística para desenvolver o método da *quaestio de facto*, pelo qual um evento – real ou fictício –, não imediatamente resolvido pela aplicação direta de uma norma positiva, é levado ao conhecimento da ciência jurídica pela prática judicial¹⁰⁹. Em sequência, a *questio* é submetida a uma comparação dialética entre duas opiniões divergentes (tese e antítese), as quais resultariam numa conclusão, provada por meio de argumentos fundamentados na tópica silogística, apta a reconciliar as contradições e as omissões encontradas no direito posto¹¹⁰.

¹⁰⁷ Por ignorarem a língua grega e, assim, não terem acesso direto aos textos originais do filósofo estagirita, é possível dizer que os leitores europeus de Aristóteles durante os séculos XII e XIII foram, na prática, mais influenciados pelas interpretações aristotélicas de Avicena e Averróis do que pelo pensamento do próprio Aristóteles (MARENBNON, 2015, p. 268).

¹⁰⁸ Silogismo é a técnica, ou processo lógico-formal, pela qual é possível inferir uma terceira proposição predicativa (conclusão) a partir de duas proposições predicativas (premissas maior e menor), relacionadas pelos princípios da identidade e da diferença (*dictum de omni et de nullo*) (ERRERA, 2007, p. 104).

¹⁰⁹ Na *quaestio de facto* uma dúvida jurídica (*quaestio*) é suscitada a partir de um caso concreto (*factum*). Se esse evento correspondesse precisamente a um paradigma legal existente, não haveria *quaestio*, mas apenas *casus*, o que corresponderia a uma simples aplicação direta do texto à situação concreta (ERRERA, 2007, p. 106).

¹¹⁰ Vale destacar que os mestres da Escola dos Glosadores ensinavam que todas as respostas para as questões jurídicas deveriam ser buscadas no corpo do direito romano-canônico (*omnia in corpore juris inveniuntur*, ou seja, no código de Justiniano pode-se achar de tudo), o que contribuía para que fossem redobrados os esforços em prol do desenvolvimento de técnicas que pudessem conciliar contradições e suprir lacunas do *Corpus juris civilis*. Nesse ambiente, percebia-se que a *distinctio* não seria capaz de produzir nada além de uma acurada especificação do conceito debatido, mostrando-se inapta para resolver casos análogos à questão controvertida (ERRERA, 2007, pp. 106-107).

A tópica, vinda do termo grego *topoi* e traduzida para o latim como *locus* (lugar), consiste no fundamento para a argumentação racional, sendo o ponto de partida para a construção do argumento adequado para enfrentar a questão duvidosa. O *locus* pode compreender tanto um princípio irrefutável e autoevidente como uma ferramenta para se encontrar uma proposição média entre contrastes. Em sua obra *Summulae logicales*, datada de meados do século XIII, Pedro Hispano reuniu vinte e dois exemplos de lugares (*loci*) passíveis de serem empregados na construção de silogismos, dentre os quais se destacam, para o estudo do direito, o *locus a simili* e o *locus ad auctoritate*. O primeiro trata da análise de semelhanças entre dois casos, enquanto o segundo depende da sabedoria e da credibilidade de uma fonte específica. No meio jurídico, apenas os argumentos em última instância escorados na máxima *auctoritas* – o Papa ou o Imperador – poderiam fundamentar validamente silogismos construídos mediante *loci* diversos¹¹¹. O Código de Justiniano e o direito canônico eram, portanto, fontes inesgotáveis de textos que serviriam como peças incontestáveis para a montagem de um silogismo válido, capaz de extrair logicamente a razão a partir do texto legal¹¹². Contudo, apesar da irrefutável autoridade sobre a qual se baseava o argumento dialético, a conclusão por ele demonstrada somente poderia alcançar a qualidade de verdade provável, ao invés de necessária (ERRERA, 2007, pp. 109-110).

De fato, a decisão do jurista ao selecionar o silogismo mais convincente, e afastar aqueles menos plausíveis, representa uma conclusão silogística que apenas podia ser caracterizada como uma *verdade provável*. Ao invés de necessária e imutável, a *verdade* resultante era *imposta* pela opinião comum entre os doutores do direito (*communis opinio*), cuja concordância seria o prenúncio de uma doutrina jurídica. Por outro lado, essa *communis opinio* seria mutável, uma vez que a verdade jurídica provável é inexoravelmente provisória, sempre à espera de uma opinião mais abalizada que a

¹¹¹ Dessa forma, o argumento silogístico não poderia simplesmente se amparar em um *locus* qualquer, em sua forma conceitual pura (*locus loicales* – que é um *lucus* baseado num axioma lógico), como no caso do argumento *a contrario sensu*. Diferentemente, para ser válido na dialética jurídica, o silogismo deveria estar plantado numa referência legal determinada (*locus per legem probata*), para só então se submeter à tópica (ERRERA, 2007, p. 112).

¹¹² Ao final do século XII, a tópica silogística do estilo *locus loicale per legem probatus* recebeu a atenção de glosadores de fora da Escola de Bolonha, que passaram a compilar catálogos de argumentos fundamentados em *loci*, contendo a expressa referência a textos legais, permitindo a economia de tempo e esforços aos estudantes e praticantes do direito. Plínio de Medicina, professor em Módena, chegou a afirmar que seu catálogo, *Libellus disputatorius*, permitiria a redução do curso de direito de dez para quatro anos (ERRERA, 2007, p. 113).

anterior¹¹³. O caráter de *verdade provável* decorre da qualidade das premissas, sendo elas igualmente prováveis, chamadas por Aristóteles de *endoxa* (opiniões notáveis). Contudo, nos *Tópicos*, o estagirita já havia distinguido o silogismo dialético, calcado em *endoxa*, do silogismo demonstrativo, construído sobre premissas reconhecidas imediata e universalmente como verdadeiras, desprovidas de qualquer suporte em *auctoritas* (ARISTÓTELES, 1987, p. 9). Assim, sob uma perspectiva epistemológica, o pensamento da Escola dos Glosadores até meados do século XIII era eminentemente antissistêmico, circunscrito ao campo da probabilidade, da opinião e da controvérsia, resumindo-se numa certeza provável¹¹⁴, ou *certitudo probabilis* (ERRERA, 2007, pp. 114-117).

2.3. A inflexão da escolástica e a busca por uma racionalidade científica

Esse cenário de predominância do silogismo dialético somente mudaria após meados do século XIII. Só então a obra *Analíticos Posteriores* passou a ser adequadamente compreendida e difundida nas universidades europeias¹¹⁵, acarretando rupturas nas práticas epistemológicas dos mestres escolásticos. No referido livro, Aristóteles trata dos métodos para a produção do conhecimento científico, o que reduziria a importância da inferência silogística como instrumento para obter cientificamente certezas válidas. Em verdade, o silogismo no pensamento aristotélico continuaria sendo uma ferramenta especialmente útil da arte da argumentação, ao menos sob a perspectiva lógico-formal. No entanto, a sua utilização irrestrita para a construção de conhecimento cientificamente válido foi posta em dúvida. Isso porque Aristóteles, ao aprofundar seu conceito de ciência demonstrativa, afirmou entender por demonstração o silogismo que leva ao saber (ciência), ou seja, aquele silogismo que parte de premissas verdadeiras e próprias de cada disciplina (*principia propria*, ou axiomas), sendo estas primeiras,

¹¹³ Expressões tais qual *sine praeiudicio melioris sententiae*, utilizadas por glosadores afamados como Plínio de Medicina, até hoje são imortalizadas pelo corriqueiro acrônimo *s.m.j.* (salvo melhor juízo), frequentemente aposto ao final de pareceres jurídicos e sentenças judiciais (ERRERA, 2007, p. 114).

¹¹⁴ Convém frisar que tal certeza provável era incalculável. Como será visto tanto ao final deste capítulo como no próximo, a pretensão de calcular incertezas ganhou impulso apenas após o desenvolvimento da estatística probabilística, a partir do século XVII.

¹¹⁵ Dificuldades de tradução e a própria complexidade da compreensão dos *Analíticos Posteriores* em conjunto com o restante da obra completa de Aristóteles atrasaram o emprego da metodologia científica aristotélica na Europa (ERRERA, 2007, pp. 122-123).

imediatas e anteriores à própria conclusão. O modelo de dedução demonstrativa passava a ser, então, o da geometria (ARISTÓTELES, 1987b, pp. 10-13)¹¹⁶.

A metodologia científica proposta por Aristóteles, fundada nos silogismos demonstrativos, fornecia vantagens em relação ao sistema epistemológico construído pela *logica nova*, comum à Escola dos Glosadores. Pelo método demonstrativo, uma dada disciplina somente poderia se dizer ciência se compreendesse um sistema axiomático-dedutivo, baseado em princípios próprios, inquestionáveis, verdadeiros, universais, primeiros e certos. Como consequência, os mestres da escolástica passaram a dar menos importância à forma e a conferir mais atenção à matéria, à substância ontológica do raciocínio científico. Em vez de se dedicarem à pura lógica, a verdadeira ciência deveria debruçar-se sobre a investigação de seus princípios próprios, abandonando a anterior necessidade de comparar opiniões contrastantes (ERRERA, 2007, pp. 124-129). Em busca desse reconhecimento, todas as disciplinas aceitaram essa empreitada¹¹⁷, inclusive a teologia, o que afetou diretamente a história da ciência e, conseqüentemente, a formação do direito natural, como será esclarecido mais adiante.

Na teologia, o pensador que maior sucesso alcançou ao adotar a epistemologia aristotélica como estrutura para erguer sua tese foi Tomás de Aquino (1225-1274), ao combinar o critério silogístico (*rationaliter*) com o uso de premissas universais, necessárias e autoevidentes (*per se notae*), o que seria a marca distintiva da ciência em relação à mera opinião. Para Aquino, os princípios próprios da sagrada ciência viriam diretamente de Deus, constituindo *artigos de fé*, assim como os princípios da aritmética e da geometria adviriam da inteligência, como intuições da razão pura e indemonstrável (ERRERA, 2007, pp. 130-131). Quanto às demais disciplinas, ao procurarem na epistemologia aristotélica o pilar estrutural que garantiria a incontestabilidade de suas conclusões científicas, passaram a questionar a si mesmas a respeito de suas premissas conceituais fundamentais. Esse fenômeno não transcorreu indiferente ao direito e tampouco à nascente teoria política.

¹¹⁶ Nesse sentido, o sistema silogístico aristotélico confere valor e eficácia a uma estrutura silogística em função da natureza de sua premissa, a qual possui quatro tipos diferentes: (i) axiomas, ou *principia*, que proporciona um silogismo apodítico ou dedutivo, dando origem às verdadeiras demonstrações, produtoras de conhecimento válido; (ii) conhecimentos prováveis, que iniciam um silogismo dialético, resultando em conclusões igualmente prováveis; (iii) *loci* retóricos que geram raciocínios silogísticos retóricos e (iv) *loci* retóricos meramente aparentes, que apenas conduzem a conclusões heurísticas aberrantes (ERRERA, 2007, p. 124).

¹¹⁷ A partir do século XIII, disciplinas como a física, a astronomia, a medicina e a música voltaram-se à procura de princípios próprios que embasassem a construção de um sistema científico válido. E, para tanto, recorreram à *auctoritas* do próprio Aristóteles, alçando ao patamar de axiomas as conclusões alcançadas pelo estagirita em suas obras sobre filosofia natural (ERRERA, 2007, p. 132).

Quanto ao direito, após o auge das transformações epistemológicas ocasionadas pela *logica nova* aristotélica, entre os anos de 1250 e 1270, a escolástica jurídica sofreu uma inflexão que resultaria na fundação de uma outra influente escola, a dos Comentadores. Apesar do relativo declínio que os ensinamentos aristotélicos experimentariam na filosofia e na teologia durante o período imediatamente posterior a esse pico, a influência de Aristóteles no mundo jurídico mostrou-se prevalente ao longo de séculos, encontrando alguma contestação apenas em meados do século XVI. A Escola dos Comentadores¹¹⁸ inovava, em relação aos glosadores, no aprofundamento teórico das *questiones* debatidas, cujo propósito deixava de ser a simples resolução de um caso concreto para o qual a lei positiva não apresentava resposta direta (*casus*), passando a ter o objetivo de encontrar a razão essencial (*ratio legis*) que justificava a própria existência do termo legal. A ênfase então recaía na investigação do conceito jurídico fundamental associado a cada expressão da lei, o que caracterizaria o *principium proprium* a partir do qual todas as conclusões silogísticas poderiam ser deduzidas cientificamente. A identificação da *natureza jurídica* (a *ratio*, a *anima* ou *mens legis*) de um termo não mais serviria apenas para distinguir *casus* e *questio de facto*, mas para identificar a premissa universal e necessária que permitiria deduzir conclusões irremediavelmente verdadeiras e incontestáveis, ao invés de simplesmente prováveis (como era o caso do método dos glosadores). A ideia de *natureza* então ganhava uma conotação ampliada, mais próxima da noção de universalidade, não mais se identificando exclusivamente com aquele primeiro significado elencado anteriormente por Lorraine Daston¹¹⁹, correspondente à natureza como singularidade, comum aos glosadores adeptos da *distinctio*. Esse novo estilo jurídico modificou o ensino do direito, que passou a se apoiar fortemente em classificações lexicográficas e comentários sobre os Códigos de Justiniano e Canônico, já que o domínio dos princípios jurídicos era a chave para alcançar conclusões rápidas e irrefutáveis, tornando desnecessária a tortuosa silogística dialética dos glosadores e a enfadonha consulta à letra dos códigos (ERRERA, 2007, pp. 140-142).

Em síntese, o método dos comentadores consistia em interpretar o vasto material fornecido pelos códigos e pelos doutrinadores segundo uma silogística indutiva, capaz de proporcionar generalizações a partir de características particulares. Da identificação da

¹¹⁸ Errera (2007, p. 143) aponta Jacques de Révigny, clérigo e professor em Orleans, como o precursor da Escola dos Comentadores, embora esta tenha se desenvolvido nas universidades do norte da Itália, tendo como expoentes Cino de Pistóia, Bartolus de Sassoferrato e Baldus de Ubaldis.

¹¹⁹ Conferir a nota de rodapé nº 87.

natureza de um dado instituto, já desvendado pelos glosadores, os comentadores agora conseguiam extrapolar sua essência para cunhar definições para os princípios jurídicos, que captariam a *matéria* escondida por trás da forma da lei. A matéria (a *ratio legis* generalizada a partir da natureza jurídica) sobrepunha-se à forma (identificada com a lei positiva), relativizando a importância da referência direta aos códigos. Os princípios jurídicos passavam a ter relação com uma ordem ontológica, e não mais exclusivamente com o texto das leis, como sintetizou o comentador Baldus de Ubaldis (1327-1400), transcrito por Errera (2007, pp. 148-149): “*Aquele que deseja conhecer os efeitos, deve conhecer as causas. Aquele que deseja conhecer a natureza de todas as coisas, deve conhecer os seus princípios*”. Esse mesmo comentador também externou o que entendia por definição: “*Definição é, de fato, uma breve exposição criada por contraste, a qual inclui as propriedades essenciais de cada coisa*”. Assim, sendo as definições cunhadas pela doutrina necessárias, incontestáveis e autoevidentes, segundo um modelo de autoridade inspirado na ideia de *natureza*, todas as deduções que as tomassem como pontos de partida seriam igualmente invencíveis.

Vale salientar que esse método de raciocinar (por meio de silogismos demonstrativos) assemelha-se ao método geométrico apresentado por Euclides. A esse respeito, Andrea Padovani (2007, p. 52) anota que os modos operativos da razão matemática não passaram despercebidos pelos comentadores, que viam na transposição da racionalidade geométrica para o âmbito do direito a oportunidade de conferir o patamar de certeza que então se considerava poder ser alcançado apenas por meio da matemática. Desse modo, argumenta, autores como Bartolus de Sassoferrato (1314-1357) poderiam analisar ideias jurídicas seguindo a maneira matemática de examinar formas inerentes à matéria *como se fossem* separadas da matéria e do movimento, fazendo uso da imaginação, da abstração ao estilo geométrico. Para entender o modo de pensar dos comentadores, Padovani cita Baldus:

Note que certas matérias e formas estão sujeitas aos sentidos; outras são intelectuais e abstratas, de modo que o intelecto pode construir por si só a forma e criar a matéria. Dessa maneira, a jurisprudência é similar à matemática, a qual imagina substâncias abstratas. (BALDUS, *apud* PADOVANI, 2007, p. 54) (tradução livre do autor)

Com isso, de acordo com Padovani (2007, pp. 54-55), Baldus tratava ideias jurídicas inspirando-se na racionalidade com que matemáticos pensavam triângulos e círculos. Os *jura* (interesses legítimos), enquanto objetos do direito (*jus*), seriam

puramente incorpóreos, existindo no mundo etéreo das formas e materializando-se por meio da atividade do legislador, assim como a forma ideal de um círculo pode ser representada por um disco de bronze. Assim, ainda consoante Padovani, sendo passível racionalizar o direito apartado das leis (que o tornam concreto), nada impediria que instituições e contratos fossem deduzidos segundo um estilo completamente abstrato, semelhante à forma como a geometria tira conclusões a partir de definições, postulados e axiomas.

2.4. *Conturbações políticas, rupturas na teologia escolástica e revolução científica em meio ao processo de formação discursiva do direito natural*

Na teoria política que então se formava na virada do século XIII para o XIV, a influência da lógica e das formas políticas de Aristóteles¹²⁰ sobre as polêmicas¹²¹ que agitavam a vida política medieval deu ensejo a um novo modo de teorizar as relações entre poder e legitimidade. Ainda no século XII, Graciano explicava na *distinctio* n° 20 de seu *Decretum* (considerado o livro basilar do direito canônico) que a capacidade de decidir conforme o direito necessitava mais que sabedoria e conhecimento (*scientia*) para interpretar os textos das leis, exigia poder (TIERNEY, 2008, pp. 30-31). Mas foi com Tomás de Aquino¹²², no século seguinte, que a teoria da legitimidade política fundada eminentemente na hierarquia ganhou sistematização em moldes aristotélicos.

Tierney (2008, pp. 43-44) explica que a doutrina tomista do governo enxergava o Estado como uma obra de arte. Nesse sentido, entendia-se que a arte imitava a natureza, na medida em que essa fornecia um modelo de ordem pela qual muitos se subordinam a um só. Explorando um paralelo entre natureza e sociedade humana, Tomás de Aquino

¹²⁰ Convém notar que a obra *Política*, de Aristóteles, foi também uma das últimas a serem traduzidas do grego para o latim (TIERNEY, 2008, p. 29).

¹²¹ São exemplos dessas polêmicas as disputas entre papas e ordens religiosas, entre reis e papas e também entre papas e bispos, como será abordado ao longo do texto.

¹²² A obra de Tomás de Aquino representa um esforço de conciliação entre o *elemento platônico* então dominante na escolástica dos glosadores e as categorias filosóficas desenvolvidas por Aristóteles. Agostinho, o principal representante da escolástica platonizada, compreendia Deus como um ser imaterial, autônomo e fora do espaço e do tempo, sendo ao mesmo tempo independente do mundo e garantidor de sua integridade (MILTON, 1981, p. 187). A respeito das influências desse *elemento platônico* sobre os glosadores, e também sobre as mudanças filosóficas que resultaram na passagem dessa escola para a dos comentadores, convém ler Castro (2012, p. 80).

afirmava que entre as abelhas haveria um rei¹²³, assim como um agrupamento de homens deveria ser comandado por um monarca. Esse padrão adviria do próprio Deus, criador e governador do mundo. Para Aquino, Deus possuía como característica tanto a transcendência como a onipotência, no que revelava um esforço para conciliar razão e fé. Haveria, portanto, uma *lei eterna*, a qual também chamava *natural*, que emanaria de Deus e seria responsável por ordenar todas as coisas em função de seus fins predeterminados, sendo imanente no universo. Em suma, na teologia tomista, embora Deus não fosse imanente ao mundo, sua *lei natural* o seria, impregnando todos os elementos e seres do mundo, neles refletindo e inspirando a racionalidade divina. Tratava-se de um *quasi-manentismo*, segundo apelidado por Oakley (1961, p. 438). Assim, segundo Tomás de Aquino, todas as coisas materiais possuiriam igualmente uma forma transcendente, determinada pelos fins divinos.

Como visto, a tendência dos mestres da escolástica em meados do século XIII era conciliar razão e fé, com suporte na metafísica imanentista e nos moldes epistemológicos construídos a partir de Aristóteles. Contudo, a partir do início do século XIV, uma nova tradição escolástica, iniciada por frades franciscanos, foi desenvolvida de forma a separar as exigências científicas da *demonstração* e a simplicidade da fé cristã, substituindo a ordenação do mundo segundo causas finais para privilegiar as causas eficientes¹²⁴, e valorizando os papéis das vontades divina e humana em face da razão. Dentro desse novel paradigma, Aristóteles seria apenas um pagão, e seus seguidores, hostis à verdadeira fé (WEISHEIPL, 1982, p. 522).

Em grande parte, essa descontinuidade entre modos de visão de mundo se deveu à extensão de polêmicas político-filosóficas que abalaram a virada de século. De um lado, as Condenações de 1270 e 1277, na Universidade de Paris: temendo que a propagação da influência de pensadores árabes¹²⁵, inspirados na metafísica aristotélica, arriscasse o dogma da liberdade e da onipotência do Deus cristão, o bispo de Paris, Étienne Tempier, banuiu teses teológico-filosóficas¹²⁶ que, de uma maneira ou de outra, defendiam o

¹²³ Hoje sabe-se que, entre as abelhas, esse papel corresponde em verdade a uma rainha. Observa-se, então, que as transposições entre os campos do *deve ser* (moral, jurídico) e do *é* (natural, físico) ocorriam (e ainda ocorrem) em ambas as direções, e não apenas no sentido de reproduzir na ordem social uma suposta ordem natural.

¹²⁴ Sobre as diferenças entre causas finais e eficientes, conferir a nota de rodapé nº 97.

¹²⁵ Averróis e Avicena, como já referido na nota de rodapé nº 107.

¹²⁶ Entre as teses condenadas estava a proposição de que “não se deve sustentar nada a menos que seja autoevidente ou possa ser manifestado a partir de princípios autoevidentes”, pondo em xeque a demonstração científica segundo a epistemologia aristotélica (SERENE, 1982, p. 507). Entre as motivações dessa condenação estava a intenção de elevar a teoria da onipotência divina, a qual era relativizada pelo aristotelismo de Tomás de Aquino.

immanentismo¹²⁷ (OAKLEY, 1961, pp. 438-439). De outro, a querela entre o Papa João XXII e a Ordem dos Franciscanos sobre a doutrina evangélica da pobreza: os franciscanos sustentavam seu voto de pobreza lhes permitia usar bens, sem que isso implicasse propriedade, ao passo que o Papa julgava que uso e propriedade eram inseparáveis, o que punha em risco a existência da própria Ordem (MCGRADY, 2002, pp. 9-10).

Essas duas relevantes circunstâncias históricas (Condenações de 1270 e 1277 e a querela entre o Papa João XXII e a Ordem dos Franciscanos) moldaram decisivamente o pensamento do principal formulador e defensor do novo paradigma epistemológico acima anunciado: o teólogo inglês e frade franciscano, Guilherme de Ockham (1287-1347). Já no início do século XIV, Ockham filiou-se à corrente franciscana do *nominalismo* filosófico, iniciada décadas antes pelo seu confrade João Duns Scotus (1266-1308). Para os nominalistas, substantivos abstratos (também chamados de *universais*) seriam meras ficções, não passariam de simples *nomes*¹²⁸, o que não lhes garantiria uma vida real fora na mente. Usados apenas pela comodidade prática da linguagem, os substantivos abstratos¹²⁹ não teriam uma existência separada dos substantivos concretos (os *singulares*) que representam, e que seriam os verdadeiros objetos de conhecimento. Assim, palavras que designam grupos de indivíduos ou conceitos seriam convenções úteis, mas jamais representariam uma realidade, conforme explicou Alain Desrosières (1998, pp. 68-69). Para esse autor, o nominalismo de Ockham foi a gênese das convenções de equivalência e de codificação estatística que seriam desenvolvidas a partir do século XVIII, quando a ênfase da filosofia nominalista passaria a ser deslocada do individualismo e do empiricismo para o poder de abstração inerente ao ato de nomear coisas, imprescindível aos processos de classificação e codificação de que depende a disciplina estatística¹³⁰.

¹²⁷ Como já visto, o immanentismo teológico provém da metafísica aristotélica, segundo a qual Deus é a causa final de todas as coisas, delas participando enquanto forma ordenadora. Nessa visão, Deus estaria em todas as coisas, e não fora delas (OAKLEY, 1961, pp. 435-438).

¹²⁸ Primeiramente, esses *nomes* seriam conceitos significantes gerais e naturais, e em segundo lugar, seriam os signos convencionais correspondentes a eles. Em particular, no nominalismo de Ockham, os *universais* seriam nomes significantes naturais, ou conceitos (ADAMS, 1982, pp. 434 e 439).

¹²⁹ Weisheipl (1982, p. 531) dá como exemplo o substantivo abstrato *locomoção*, o qual, para Ockham, significaria a simplificação da frase: “um corpo que está num lugar, e depois em outro, de maneira que em nenhum momento ele repouse em qualquer lugar”.

¹³⁰ Convém remarcar que, para Desrosières (1998, pp. 69-70), o modo de conhecimento estatístico possuiria o objetivo de constituir e manter realidades de um nível superior, capaz de circular como substitutos sintéticos de múltiplas coisas (a exemplo de *índice de preços*, em relação a aumentos nos produtos, e de taxas de desemprego, em face das pessoas desempregadas). Apesar de ancorada no nominalismo, Desrosières adverte que a tensão entre realismo e nominalismo faz com que classificações e codificações estatísticas frequentemente transitem entre níveis de realidade distintos, ora como criações artificiais, ora como realidades independentes.

Em estreita correlação com o nominalismo, os franciscanos igualmente sustentavam o *voluntarismo*, no sentido de que a razão última para a explicação de todo fenômeno natural era a onipotente vontade de Deus, o que negava a existência de uma lei eterna e necessária, ordenadora do universo, como pregavam Tomás de Aquino e a Igreja. O voluntarismo reforçava a ideia nominalista de que apenas o conhecimento empírico derivado de eventos singulares seria válido. A existência de uma premissa verdadeira, num silogismo demonstrativo à moda aristotélica, já não serviria para alcançar uma verdade científica, a menos que a conclusão fosse também empiricamente demonstrada. Afinal, para a corrente voluntarista, somente Deus seria um ente necessário; tudo o mais, inclusive as leis naturais, seria contingente, exigindo uma investigação sobre as causas particulares de cada fenômeno individual, as quais não mais seriam encaradas como necessárias, mas meramente possíveis (SERENE, 1982, pp. 507-513).

Aprofundando as interrelações entre nominalismo e voluntarismo, Guilherme de Ockham aplicou suas ideias filosóficas ao domínio da teoria política, com o objetivo declarado de combater a intromissão do poder papal, num primeiro momento¹³¹, na interpretação sobre a validade da doutrina da Ordem de São Francisco. O argumento ockhamista parte da absoluta soberania de Deus sobre o universo (voluntarismo) e da completa impossibilidade de controle e compreensão dos homens sobre a vontade divina (nominalismo) (TIERNEY, 2001, p. 98)¹³². Deus, segundo Ockham, poderia ter criado um mundo onde os valores fossem totalmente invertidos, se assim o tivesse desejado. Não sendo necessária, portanto, a atual ordem natural que governa o mundo, não faria sentido a proposição tomista de que a autoridade de Deus desceria aos humanos por intermédio de leis naturais imutáveis e racionalmente compreensíveis, as quais, por sua vez, deveriam servir de espelho para as leis humanas. A teoria ockhamista buscou apartar as áreas de influência dos poderes do papa e dos monarcas, evitando recair nos extremos da discussão política que animava a época: papalistas contra secularistas. Ockham, então, desenvolveu uma teoria que, embora defendesse a laicidade do governo secular, reconhecia a autoridade espiritual suprema do Papa, ao mesmo tempo em que fornecia ferramentas legítimas para que leigos eventualmente pudessem contestar abusos papais (MCGRADÉ, 2002, pp. 83-97).

¹³¹ Posteriormente, Guilherme de Ockham passou também a contestar o poder papal de confirmar a escolha de monarcas seculares, tendo se aliado a Luís da Baviera, proclamado pelos príncipes germânicos como o sucessor do Sacro Império Romano-Germânico (MCGRADÉ, 2002, p. 1-10).

¹³² A respeito dessa argumentação, Skotnicki (2008, p. 127) possui uma útil síntese da trilha seguida por Tierney.

Na defesa da dessacralização do poder dos reis, Ockham defendia que a ciência jurídica não poderia ser chamada de ciência demonstrativa, pois os argumentos dos juristas seriam baseados em leis humanas positivas, que não carregariam o caráter de proposições verdadeiras¹³³, evidentemente conhecidas pela intuição, sendo simplesmente obedecidas em função do poder daquele que as editou (*ad auctoritate*). O filósofo franciscano apontava que os únicos princípios (ou premissas) morais pertinentes à ordem política teriam sido comunicados diretamente por Deus à razão humana no bojo das escrituras sagradas. Como a Bíblia não era explícita sobre a dependência divina da autoridade dos governantes, o poder secular dos governantes, a lei positiva, deveria ser observado por todos, indistintamente (MCGRADÉ, 2002, p. 98). Nesse quadro, se a ordem política positiva não devia sua legitimidade diretamente a Deus, ela seria tributária da vontade dos homens¹³⁴. Segundo Ockham, depois que os homens caíram do paraíso, onde propriedade e governantes não existiam, Deus lhes conferiu certos poderes naturais de auto-organização. Os próprios homens promulgaram suas leis e dispuseram sobre propriedade privada e formas de governo, com ampla liberdade e sem qualquer apoio necessário na religião. Entretanto, a legitimidade da lei positiva não teria para Ockham validade absoluta, pois junto com os poderes naturais de auto-organização viriam igualmente direitos naturalmente inatos ao homem, os quais seriam identificáveis pela razão, aqui tomada no sentido empregado por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*¹³⁵: *recta ratio*, ou reta razão¹³⁶. No pensamento de Ockham, portanto, é possível perceber os contornos de uma lógica segundo a qual a vontade humana (poder) que perfaz a ação depende, para o seu exercício, do reconhecimento da liberdade individual (direitos subjetivos).

¹³³ Para Ockham, o conhecimento verdadeiro por definição seria aquele alcançado diretamente pela intuição, ou seja, pelo conhecimento direto e evidente de um objeto particular existente fora da mente. Por oposição ao conhecimento intuitivo, estaria o conhecimento abstrato, obtido indiretamente, por meio de silogismos, sobre o que seria possível (SERENE, 1982, pp. 466-468).

¹³⁴ Ao afirmar a independência do direito humano, positivo, em relação à vontade divina, Ockham citou a aceitação do poder secular (em outras palavras, da jurisdição) de Pilatos por parte de Jesus, sem que isso significasse concordância moral com a sentença dada (MCGRADÉ, 2002, p. 101).

¹³⁵ A teoria dos direitos naturais de Ockham realiza inegável composição criativa entre a noção de direito natural tradicional, já existente em Tomás de Aquino, e o uso da reta razão, como preconizado por Aristóteles. O resultado disso é a atribuição, a qualquer ser humano, da capacidade de aferir por si próprio, segundo as balizas da reta razão, sobre a validade de uma norma de direito positivo frente a um dado caso concreto (MCGRADÉ, 2002, p. 202).

¹³⁶ Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define *recta ratio* como aquilo que está de acordo com a sabedoria prática, capaz de alcançar o meio-termo e distanciar-se dos excessos, guardando um espírito de proporção à moda geométrica (ARISTÓTELES, 2003).

Dessa forma, diferentemente do que ensinava Tomás de Aquino a respeito de um direito natural divino e imutável, gravado no coração dos homens, Ockham acreditava que não existiriam normas determinadas e preestabelecidas naturalmente¹³⁷. O que estaria inculcado na mente humana seria a racionalidade prática, apta a distinguir diante de uma dada circunstância qual seria a ação justa, ou conforme o direito, mesmo na ausência de respaldo do direito positivo. Seria um direito natural suposicional¹³⁸, no sentido de que dependeria da existência de alguma norma positiva, humana ou divina, diante de cuja incidência circunstancial a racionalidade humana pudesse ser aplicada para encontrar a conduta justa. Em sua disputa com o Papa João XXII (1244-1334), Ockham defendeu a ausência de um direito real positivo por parte dos franciscanos não os impediria de usar os bens de que necessitassem para sobreviver, pois não seria razoável que a pobreza – pela qual livremente optaram – resultasse numa condenação de morte. Estendendo sua teoria de direitos naturais às relações entre súditos e governantes, o filósofo franciscano defendeu que o exercício do direito natural de auto-organização, ao constituir um governante, não teria o efeito de lhe atribuir poderes absolutos, mas apenas aqueles necessários à consecução dos interesses de toda a comunidade¹³⁹.

Preocupado com as heresias que enxergava no Papa, Ockham argumentou que as mesmas restrições ao poder eram aplicáveis ao Pontífice, uma vez que o abuso do poder papal “*contrariava os direitos e liberdades garantidos por Deus e pela natureza*”. Assim, o pensador inglês atingia o objetivo de conferir aos franciscanos o direito natural, guiado pela reta razão, de contrariar nas normas positivas estipuladas pelo Papa (TIERNEY, 2001, pp. 118-130 e 179-185). A teoria dos direitos naturais de Ockham, portanto,

¹³⁷ Para distinguir entre os diferentes papéis da razão e da vontade em Aquino e Ockham, vale a pena reportar à pergunta que Sócrates fez a Eutífron: “algo é bom porque os deuses amam, ou os deuses amam porque esse algo é bom?”. Em outras palavras, o ato do amor divino acarreta a retidão do ato analisado, ou esse ato é correto em razão de sua conformidade a um padrão predeterminado de certeza e bondade do ato? Ockham se alinha à primeira hipótese, enquanto Tomás de Aquino filia-se à segunda. Trata-se de uma diferença básica entre uma postura voluntarista e outra intelectualista (LISSKA; TIERNEY, 2015, p. 322).

¹³⁸ Nas palavras de Ockham, citadas por Tierney (2001, p. 178), “*num terceiro sentido, o direito natural é tido por ser aquilo que é elaborado pela razão evidente a partir do direito das nações ou de qualquer outra lei ou ato, humano ou divino, a menos que o contrário seja estabelecido pelas partes envolvidas, e isso pode ser chamado de direito natural suposicional*”. É importante notar que Ockham expressamente aceita a possibilidade de alienação de direitos naturais subjetivos, desde que respeitada a liberdade humana de consentir com essa possibilidade. Nessa opinião, a autopreservação seria o único direito realmente inalienável, enquanto os direitos subjetivos o seriam, em função de uma escolha moral livre e racional (TIERNEY, 2001, p. 194).

¹³⁹ Tierney (2001, p. 184) aponta que Otto von Gierke, um dos precursores do positivismo jurídico alemão, enxergou na teoria ockhamista um verdadeiro limitador do poder estatal. Nesse sentido, Tierney destacou o argumento de Ockham, segundo o qual o povo não possuiria poderes absolutos sobre todos os seus membros individuais, o que impossibilitaria a delegação a um monarca de poderes (absolutos) que o próprio povo não possui.

enfaticava uma clara distinção entre direito positivo e direito natural, pautado pela voluntariedade da ação humana conduzida conforme o livre arbítrio, pela supremacia da razão prática como guia moral de temperança e pela consequente inexistência de normas ideais absolutas (MCGRADY, 2002, pp. 193-199)¹⁴⁰.

Ao lado da racionalidade, a crença na liberdade evangélica, considerada como uma esfera de autonomia pessoal, tinha um papel fundamental na teoria ockhamista como anteparo a eventuais atos abusivos (*ultra vires*) dos governantes, inclusive da autoridade divina do Papa. Essa liberdade seria a verdadeira salvaguarda que propiciaria o pleno exercício do direito natural racional conferido por Deus aos homens, escusando-os juridicamente da vinculação a atos danosos. Assim, tão importante quanto o direito natural de proteger um interesse legítimo (*jura*), como suprir uma necessidade vital, seria o direito de realizar uma livre escolha moral (*libertates*), a exemplo da interpretação racional sobre o que seria o bem comum. Nesse ponto, vale ressaltar que a orientação moral que impregna a razão prática, segundo pregada por Ockham, dirige-se um objetivo específico, que é o *bem comum* (ou *utilidade comum*)¹⁴¹, reproduzindo, nesse particular, as diretrizes do pensamento político aristotélico. (TIERNEY, 2001, pp. 187-190).

O fundamento da racionalidade ockhamista não proviria de um comando divino em prol da obediência a uma dada ordem natural predefinida. Ao contrário, o dom divino consistiria na capacidade de investigar a realidade tal qual ela se apresenta e, diante de suas circunstâncias particulares (criadas por Deus), calcular o caminho prudente (*recta ratio*) que o indivíduo deveria seguir para realizar os planos divinos para a humanidade. A esse respeito, é interessante notar que o discernimento da escolha moral racional, voltada para o bem comum, poderia ser frequentemente inacessível ao homem comum, em face da complexidade de um caso concreto. Nessas situações, o filósofo franciscano entendia necessário o aconselhamento de *especialistas* versados em diferentes disciplinas

¹⁴⁰ Ao explicar a importância da liberdade humana na conciliação entre voluntarismo e racionalidade, Tierney (2001, pp. 99-100) argumenta que, para Ockham, apenas uma ação voluntária poderia ser moralmente certa ou errada; e, sendo a vontade livre para escolher entre o certo e o errado, cujo conhecimento se daria pela experiência, a vontade precisaria ser direcionada por alguma diretriz que não seja ela mesma; e essa diretriz seria a reta razão. Entretanto, essa racionalidade não corresponderia meramente a numa ação instrumental para atingimento de um fim qualquer; tratava-se de uma ação conduzida por um princípio moral, autoevidente empiricamente: a *boa vontade*. Assim, Tierney relembra que McGrade (2002, p. 195) havia percebido na teoria voluntarista de Ockham uma boa dose de racionalismo.

¹⁴¹ Vale notar que Ockham, na opinião de Tierney (2001, p. 191), chega a entender que a ação racional do governante voltada ao bem comum, em determinados casos em que houvesse tal demonstração, poderia se sobrepor às liberdades naturais dos súditos. Nota-se, portanto, que a profundidade das raízes da racionalidade jurídica que busca legitimar objetivos políticos do governante (racionalidade substantiva relacionada a fins), da qual se tratou no Capítulo 1, alcança o século XIV.

pertinentes ao conhecimento empírico do fato e de suas consequências, selando uma cooperação entre virtude e expertise (MCGRADY, 2002, p. 196). De acordo com o frade franciscano, Deus amava o mundo e havia desejado a sua criação da maneira como ela se apresenta. Assim, o plano divino para o homem, consistente em fazê-lo *viver bem*, não seria arbitrário e insondável, mas, antes, inteligível pelo dom conferido aos seres humanos enquanto agentes racionais, livres e moralmente responsáveis (TIERNEY, 2001, p. 200), ainda que, para tanto, fossem necessários auxílios de *experts*.

Flagra-se, aqui, o desenvolvimento de um discurso justificador, em termos filosófico-religiosos, de um tipo de racionalidade que encarava o cosmos como objeto passível de mensuração e conhecimento mediante a aplicação de metodologias específicas (a exemplo do método geométrico), cujo domínio pertencia senão a alguns poucos *experts*¹⁴². Elementos reelaborados e rearranjados dessa racionalidade, dependente de conhecimentos *experts*, podem ser percebidos em discursos promovidos por especialistas séculos mais tarde, identificados na racionalidade substantiva relacionada a valores, resenhada no Capítulo 1. Tais especialistas, a quem se acreditava pertencer a chave para decifrar a língua secreta na qual estavam escritas as leis do universo, adquiriram paulatinamente a função de intérpretes entre as ordens natural e social. Convém investigar, nesses termos, quais os caminhos que os mestres da *expertise* passariam a percorrer, com o objetivo de conhecer e traduzir a complexidade do mundo, ou melhor dizendo, da natureza.

Cabe aqui um parêntesis relevante na presente caminhada em direção à compreensão do moderno direito natural e de suas relações com a ordem social. A mudança de paradigma impulsionada pela filosofia ockhamista proporcionou não somente a posterior elaboração de teorias do direito natural, mas também iniciou uma era de livre especulação a respeito das percepções empíricas sobre os fenômenos da natureza, fomentando um clima de gradual transformação intelectual que resultaria, durante o século XVII, no fenômeno histórico usualmente conhecido por *revolução científica*¹⁴³. Antes, dentro da concepção aristotélica reforçada por Aquino, a investigação sobre os

¹⁴² Como visto anteriormente no Capítulo 1, trata-se da visão de mundo comum à tecnocracia e à racionalidade burocrática em sentido estrito, conforme proposta por Weber (1978).

¹⁴³ Lorraine Daston e Katharine Park (2006, p. 8), relativizam o caráter revolucionário do fenômeno histórico designado *revolução científica*, argumentando que esse teria sido, antes de tudo, fruto de um gradual e esporádico processo de mudança ocorrido na primeira metade do século XVII, levado a cabo por meio de sérios, disseminados e aceitos esforços em acomodar textos antigos a novos métodos e descobertas.

acontecimentos naturais apenas seria possível mediante uma metafísica realista¹⁴⁴, que especulasse sobre essências e formas substanciais das coisas, de maneira a deduzir apenas logicamente as causas dos fenômenos naturais (MILTON, 1981, p. 187). Com o nominalismo voluntarista, a partir do momento em que a ordem natural passou a ser percebida como contingente, ao invés de necessária, ideias contrárias à cosmologia aristotélica¹⁴⁵ passaram a ser vistas como plausíveis, em lugar de impossíveis. Ao relativizar a certeza dos primeiros princípios da lógica demonstrativa de Aristóteles, a pesquisa empírica dos acontecimentos naturais ganhou relevância, abrindo espaço para o exercício da especulação científica diante das infinitas possibilidades existentes em um mundo desprovido de relações necessárias e universais¹⁴⁶ (GRANT, 1982, p. 538). Transportada para os séculos XVI e XVII por meio das reformas protestantes, a epistemologia de matiz voluntarista colaborou com o florescimento de um ambiente favorável à pesquisa científica empírica¹⁴⁷, resultando, entre inúmeros avanços, na matemática cartesiana, na química boyleana e na física newtoniana (OAKLEY, 1961a, p. 446).

A filosofia ockhamista, ao substituir a realidade das causas finais pelas investigações fundadas em causas eficientes, negou a possibilidade de comparação da ordem natural com um organismo inteligente, dotado de uma alma (*lei eterna, natural*) capaz de comandar todos os seus membros e órgãos de maneira harmônica, tendente a uma finalidade predefinida. Pierre d'Ailly (1351-1420), cardeal francês seguidor do

¹⁴⁴ Ao contrário do nominalismo, o realismo se baseia na crença de que o cosmos é governado por uma lei natural e eterna, que permeia a essência de todas as coisas, ligando-as, portanto, umas às outras. Na percepção realista, o mundo é composto de conceitos universais, por meio dos quais é possível deduzir silogisticamente proposições válidas sobre casos singulares, resultando numa visão hierarquizada do cosmos (entre gêneros e espécies) (ADAMS, 1982).

¹⁴⁵ Já em meados do século XVI, aponta Collingwood (1945, p. 94), os filósofos da natureza estavam seguros de que deveriam procurar explicações para os fenômenos da natureza por meio de causas eficientes. Em lugar de aplicar o método aristotélico que valorizava a especulação metafísica sobre as prováveis finalidades de uma dada mudança ou certo processo, a nova metodologia buscava elucidar tais acontecimentos por meio da ação de coisas materiais já existentes ao início da mudança.

¹⁴⁶ A respeito das decorrências do nominalismo voluntarista sobre o desenvolvimento do método científico em meio à chamada *revolução científica*, Franz Wieacker (1993, p. 284) destacou que o teoria do *impetus*, inspirada pelas ideias ockhamistas resultavam na desvalorização do silogismo demonstrativo aristotélico, foi um elemento importante para o posterior desenrolar não só do moderno método científico, mas também da moderna ciência do direito, livre de explicações necessárias, juraracionalistas, a respeito da ordem social. Sobre a passagem da teoria do *impetus* para a física moderna, Jürgen Sarnowsky (2008, pp. 143-145) explica que a concepção de *impetus* como uma força impressa por um agente externo ao um dado corpo foi um passo relevante para a mudança paradigmática trazida pela física mecânica, desenvolvida posteriormente por Descartes e Galileu. Isso porque apenas na revolução científica a física, antes pensada segundo o sistema aristotélico, foi inteiramente reformulada sob novos parâmetros, fazendo com que o conceito de *impetus* ganhasse a aceção moderna de mero *impulso*.

¹⁴⁷ Para uma leitura aprofundada sobre as conexões entre religião, lógica e direito, ler Castro (2019).

voluntarismo de Ockham, cunhou ainda no século XIV uma nova metáfora em substituição à visão tomista-aristotélica de mundo, a *metáfora do relógio*, amplamente difundida durante o século XVII em diante pelo químico Robert Boyle (1627-1691). Partindo de um voluntarismo radicalizado, d'Ailly sustentava uma visão mecanicista do universo, que seria regido por uma ordem (*leis da natureza*) imposta por Deus, o “*supremo arquiteto*”, da mesma maneira como um artesão fabrica um relógio a partir de seu engenhoso esforço de relacionar funcional e eficientemente partes diversas (OAKLEY, 1961b, p. 83)¹⁴⁸.

Nascia, então, com a *metáfora do relógio*, um novo modo de explicar o funcionamento das ordens natural e social, a partir de elementos externos a tais ordens, permitindo que esse arranjo alegórico fosse aproveitado e reformulado várias vezes após o século XIV. Como visto no Capítulo 1, também Weber (2005, pp. 123-124) se apropriou desse esquema ao comparar a ordenação do mundo moderno com a operação das máquinas, mas, dessa vez, substituindo o ator que desempenha o papel do elemento externo ordenador. Na metáfora weberiana, Deus deixava a cena¹⁴⁹ para dar lugar à racionalidade burocrática, instrumental, inspirada num ascetismo puritano que, paradoxalmente, expulsou a centralidade dos valores religiosos da organização do cosmos. Essa racionalidade moderna aprisionaria o ser humano numa *jaula de ferro*, em que suas ações se tornariam tão previsíveis e eficientes quanto os movimentos encadeados de engrenagens mecanizadas.

2.5. A formação discursiva do moderno direito natural, da segunda escolástica a Christian Wolf

De volta ao enalço da racionalidade do direito natural moderno, valerá a pena retomar aqui o rastro dividido por Tierney (2001, p. 228) para apontar que o voluntarismo de Pierre d'Ailly passou de forma mitigada a seu discípulo, Jean Gerson (1363-1429), o eclético¹⁵⁰ chanceler da Universidade de Paris. A reforma eclesiástica pretendida por Gerson desde inícios do século XV, abrangendo os membros e a cabeça da Igreja,

¹⁴⁸ Segundo Oakley (1961b, p. 83), a negação da metafísica e o empiricismo incentivado por esse voluntarismo radicalizado encorajaram o posterior desenvolvimento do positivismo jurídico.

¹⁴⁹ Como será visto na seção a seguir, a formação discursiva do direito natural após Grotius permitiu proliferação de esquemas de ordens cosmológicas nas quais o elemento divino fosse dispensável, substituído pela razão.

¹⁵⁰ Sobre a qualificação de Jean Gerson como eclético, Tierney (2001, p. 216) explica que esse pensador não se limitava a apenas um tradição teológica, misturando traços de tomismo e ockhamismo, no intuito de fundamentar seus pontos de vista.

impulsionou o movimento conciliarista, que defendia uma maior concentração de poderes no concílio de cardeais, em detrimento do ofício papal. Gerson enfatizou a liberdade individual que naturalmente assistia aos bispos e prelados, cujos direitos não poderiam ser usurpados pelo Papa. Assim, enaltecendo os direitos individuais dos demais membros da Igreja, Gerson alcançou o objetivo de limitar o poder papal, submetendo-o ao concílio geral. Contudo, diferindo do nominalismo de Ockham, para Gerson, o direito natural fundamental conferido por Deus ao homem era o direito humano de se esforçar pelo aperfeiçoamento de sua alma, de acordo com a lei eterna e natural estipulada. Defendia, portanto, um imanentismo moral que faria o homem discernir, mediante o uso da razão à semelhança do cálculo geométrico¹⁵¹, os valores corretos e universais pelos quais deveria guiar sua conduta.

A teoria dos direitos naturais de Gerson foi adaptada para o século XVI, no bojo do que se chamou de *segunda escolástica*¹⁵², sobretudo por meio da Escola de Salamanca, cuja participação na definição dos direitos naturais dos indígenas americanos foi crucial¹⁵³. Igualmente importante foi o papel de Salamanca no desenvolvimento de uma teoria política fundada em direitos naturais individuais, capaz de limitar o crescente poder que os monarcas absolutos angariavam àquela época, em detrimento da influência eclesiástica. O jesuíta Francisco Suárez (1548-1617), o maior expoente dessa Escola, produziu uma original composição entre as filosofias de Aquino e Ockham de modo a não precisar invocar a intervenção divina (teoria descendente do poder, de Deus para o monarca) para o fim de explicar a soberania do Estado. À semelhança de Aquino, Suárez entendia que todo homem era livre para distinguir, segundo o ditado da razão, as condutas do bem e do mal. O julgamento da reta razão instilada por Deus na mente do homem seria, para Suárez, o sinal da vontade divina no sentido de que a humanidade caminhasse em conformidade com os valores intrínsecos da lei natural. O jesuíta espanhol entendia que nem mesmo Deus poderia alterar essa lei natural, sob pena de desarticular o julgamento racional da mente humana sobre o que seria intrinsecamente bom ou mau. Apesar disso, e neste ponto inspirado em Ockham, o conhecimento do bem e do mal

¹⁵¹ Gerson restaura a analogia geométrica empregada pelo pensamento ético de Aristóteles, o que viria a ser comum no pensamento naturalista moderno (TIERNEY, 2001, p. 230).

¹⁵² A *segunda escolástica* é assim chamada por ser percebida como uma refundação da teologia escolástica, amparada na doutrina de Tomás de Aquino, em resposta à Reforma Protestante, por sua vez inspirada no nominalismo de Ockham e Scotus. A segunda escolástica nasceu na Universidade de Salamanca, mas espalhou-se por toda a Europa não-protestante (BRETT, 2015, p. 335).

¹⁵³ Os frades dominicanos Francisco de Vitória e Bartolomeu de las Casas dedicaram-se a desenvolver uma teoria de direitos naturais que garantissem meios lógico-jurídicos de os índios pudessem utilizar para se defender da tirânica colonização espanhola nas Américas (TIERNEY, 2001, pp. 265-287).

somente seria possível diante de circunstâncias determinadas, o que levaria a crer que o próprio direito natural (extrinsecamente¹⁵⁴) não seria imutável, mas, antes, aperfeiçoável segundo o julgamento racional da mente diante da realidade. Assim, percebe-se que a finalidade última da razão natural seria, para Suárez, o aperfeiçoamento da própria natureza do ser humano (TIERNEY, 2001, pp. 304-306).

Em sua teoria de direitos naturais, Francisco Suárez entendia que o poder de governar não havia sido outorgado ou revelado por Deus após criação do homem. Ao contrário, no ato criador mesmo o homem recebeu a razão como parte de sua própria natureza, e por meio do discernimento racional pôde encontrar os meios de se auto-organizar em sociedade da melhor forma. Nesses termos, seria por meio do ato de vontade do estabelecimento de uma comunidade que nasceria a jurisdição sobre os indivíduos dela participantes, a qual seria regida exclusivamente pelo direito natural fundado na razão. Com esse esquema composto de livre vontade instituidora (de um governo) e julgamento racional (reta razão), Suárez forneceu uma teoria capaz de prover legitimidade à atuação estatal, sem precisar recorrer necessariamente à autoridade hierárquica divina como fonte do poder (ao estilo da teoria descendente do poder, de Deus para o rei). Uma vez constituído o governo nessas bases, esse governo possuiria o poder *soberano* (*suprema potestas*) capaz de submeter todos os súditos, a menos que suas leis se desviassem do atingimento do bem comum, caracterizando tirania. Por outro lado, caso racionalmente justificado o aproveitamento coletivo, a ação estatal poderia suplantiar liberdades individuais, pois estas seriam legítimas apenas na medida em que colaborariam para o bem do corpo social como um todo¹⁵⁵. Em suma, a racionalidade como operação intelectual interna à mente, guiada por valores morais intrínsecos, mas adaptáveis às circunstâncias, era a marca da teoria dos direitos naturais de Suárez (TIERNEY, 2001, pp. 312-315). A partir do alicerce de um só direito inalienável, a faculdade de autopreservação (tanto do homem quanto de sua comunidade), seriam erguidos todos os

¹⁵⁴ Luscombe (1982, pp. 714-718) destaca que, para Suárez, o direito natural seria imutável apenas numa perspectiva intrínseca sobre seus princípios. De outro lado, extrinsecamente, diante de circunstâncias particulares e mutáveis que os princípios imutáveis não seriam capazes de prever, o direito natural seria adaptável. Essa distinção assemelha-se às três acepções de direito natural cunhadas por Ockham: (i) a primeira equivaleria às normas diretamente reveladas por Deus, como a proibição de mentir ou de praticar adultério; (ii) na segunda, estariam as normas de direito natural passíveis de legítima criação e modificação pelo direito humano, positivo, a exemplo das regras sobre propriedade; e (iii) por fim, o direito natural suposicional, o qual derivaria da dedução baseada na razão evidente diante de uma situação determinada.

¹⁵⁵ Tierney (2001, p. 313) relembra, nesse ponto, que as metáforas orgânicas da sociedade, típicas da era medieval, pressupunham um entendimento harmônico entre os diferentes interesses sustentados no corpo social, minimizando os conflitos que em verdade existiam.

demais direitos e deveres sociais, balizados pelo crivo da reta razão, em busca do aperfeiçoamento da humanidade.

Finalmente, durante as primeiras décadas do século XVII, o jurista e advogado holandês Hugo Grotius (1583-1645) realizou para o público do nascente mundo moderno a tradução da herança medieval escolástica em que fora treinado (LUSCOMBE, 1982, p. 719). Em essência, a teoria de direitos naturais formulada por Grotius apresenta uma desconcertante semelhança em relação aos ensinamentos do jesuíta Francisco Suárez. Como aponta Tierney (2001, pp. 316-320), o jurista holandês não chegou a esconder que retirou grande parte de sua inspiração teórica de velhas doutrinas escolásticas, ao citar variados autores medievais. Entretanto, Grotius desenvolveu suas elucubrações em uma linguagem humanista¹⁵⁶ que, se não repudiava veementemente o legado escolástico, tratava-o apenas com condescendência. O século XVII era então um mundo em rápida transformação, em que Estados nacionais aumentavam seu poderio, o comércio marítimo florescia e a Igreja Católica enfrentava divisões oriundas da Reforma Protestante e de guerras religiosas. Ao transpor os velhos arranjos doutrinários medievais para a complexa realidade em que vivia¹⁵⁷, Grotius pavimentou a trilha para a propagação do moderno direito natural. Assim, ao repetir a antiga máxima¹⁵⁸ de que o direito natural fundado na racionalidade humana “*teria validade ainda que, numa absurda hipótese, Deus não existisse*”, Grotius forneceu os alicerces para a construção de uma teoria jurídica em que a participação divina fosse completamente desnecessária, uma vez que a racionalidade

¹⁵⁶ O movimento humanista representou uma repulsa às práticas de ensino escolásticas, repudiando a lógica formal aristotélica e substituindo-a pelo estudo da literatura e línguas clássicas, além de filologia, retórica e história (BRETT, 2015, pp. 335-336). Nos séculos XV e XVI, Lourenço Valla e Rodolfo Agricola reavivaram a dialética como forma de “retoricizar” a lógica formal, substituindo a busca pela verdade científica pela retorno da verdade provável, inspirando pensadores influentes na Reforma Protestante, como Felipe Melancthon e Petrus Ramus (JARDINE, 1982). Sobre as características do humanismo entre os juristas do continente europeu, Castro (2012, p. 97) elencou (i) o estudo da história dos romanos; (ii) a rejeição da escolástica (e sua dialética) como método de construção de formas jurídicas; (iii) o uso da história e da crítica literária (filologia) para resgatar o sentido dos textos clássicos; (iv) a valorização de textos jurídicos romanos não-justinianos para essa finalidade; e (v) a intenção de reexaminar criticamente diferentes formas jurídicas. Segundo esse autor, os humanistas pretendiam alcançar não apenas elegância, mas também clareza, como maneira de contrastar com a jurisprudência escolástica tachada de confusa.

¹⁵⁷ Em seu livro intitulado *De jure praedae*, Grotius utilizou seu conceito de direito natural para deslegitimar o pleito da Coroa Portuguesa sobre a exclusividade de navegação nas rotas das índias orientais. Da mesma maneira, em *De jure belli*, o jurista holandês desenvolveu sua teoria de direitos naturais para definir hipóteses de guerras justas, propondo uma racionalidade internacional para o direito (TIERNEY, 2001, p. 329).

¹⁵⁸ Tierney (2001, pp. 319-320) argumenta que a afirmação da dispensabilidade de Deus, como forma de demonstrar a solidez da teoria do direito natural, era em verdade um *topos* comum na escolástica medieval tardia, bastante utilizado por pensadores como Francisco Suárez. De fato, a novidade de Grotius estava em sua linguagem moderna, que o tornou popular, a ponto de ser tomado, de uma forma quase mítica, como marco fundador do direito natural.

inata ao ser humano, experimentada empiricamente, tornaria Deus dispensável na formação de juízos práticos sobre o bem e o mal.

Desse modo, a ideia moderna que Grotius legou a seus sucessores foi a de um direito natural deduzido a partir de dois princípios universais: os impulsos da sociabilidade e da autopreservação do homem. A centelha da racionalidade guiada pelo balanceamento entre esses dois princípios¹⁵⁹ teria a capacidade de, abordando situações concretas, calcular qual seria a ação legítima a ser praticada, com respaldo não só da moral, mas também do direito. Num meio termo pragmático entre as filosofias voluntarista e intelectualista (ou racionalista)¹⁶⁰, Grotius deu fortes argumentos para ambas as tradições, agora renovadas, sobre a racionalidade jurídica: de um lado, os intelectualistas, que tentavam identificar cientificamente a partir de uma ordem natural externa ao homem, imanente, os parâmetros dos valores morais que deveriam guiar a ação juridicamente amparada; e, de outro, os voluntaristas, que, para encontrar a ação legítima, apostavam na aplicação empírica e circunstancial da reta razão, num cálculo mental influenciado não apenas por valores, mas pelo direito posto pela vontade do soberano.

Hugo Grotius é considerado o fundador do direito natural moderno por ambos os expoentes das linhas doutrinárias do jusnaturalismo que então se formavam. Samuel Pufendorf (1632-1694) o considerava o pai da jurisprudência natural¹⁶¹, ao passo que Gottfried Wilhelm Leibniz (1649-1716), num reconhecimento impregnado de autoimportância, arrogava ter demonstrado cientificamente o que o jurista holandês anteriormente havia apenas esboçado (RILEY, 2009, p. 23). Pufendorf escreveu em 1660 a primeira obra propriamente moderna sobre o direito natural: *Dois Livros dos Elementos da Jurisprudência Universal*. Nela, Pufendorf avançou a proposição hipotética de Grotius sobre a prescindibilidade divina para a sustentação da validade do direito natural em direção à sua completa secularização, impondo distinções claras entre direito natural, teologia moral e direito divino revelado. Animado pelo objetivo de fornecer uma teoria jurídica que servisse ao propósito de apaziguar as rivalidades religiosas que devastaram os Estados alemães na primeira metade do século XVII, Pufendorf pretendeu secularizar

¹⁵⁹ Em sua nova linguagem, Grotius repassou à modernidade a tradição medieval em prol da conciliação racional entre polos hoje frequentemente tratados como opostos: intelectualismo e voluntarismo; natureza e história; amor próprio e amor ao próximo; direitos individuais e bem comum (TIERNEY, 2001, p. 334).

¹⁶⁰ Utilizo a nomenclatura *intelectualista* como sinônimo de *racionalista*, no sentido da tradição filosófica antagônica ao *voluntarismo*.

¹⁶¹ Tierney (2001, p. 318) sustenta que Pufendorf foi o responsável pela invenção do mito de que Grotius desenvolveu sua teoria dos direitos naturais em completa ruptura com o passado escolástico e sem qualquer influência de autores a ele anteriores.

o direito natural assentando-o nos princípios da racionalidade e da sociabilidade humanas, combinando-os com preceitos da jurisprudência romana. Nesses termos, Pufendorf (2009, p. 218) acreditava que racionalidade e sociabilidade seriam princípios universais, eternos e imutáveis, que afetariam todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo, independentemente de credos religiosos. A partir desses princípios, o jurista alemão acreditava poder deduzir científica e sistematicamente todas as demais proposições jurídicas, à maneira da ciência demonstrativa aristotélica e, também, do método geométrico, já que articulado mediante definições, princípios e conclusões. Pufendorf igualmente afirmava que a obrigação nascia da autoridade de um superior, cujo poder limitaria e condicionaria a vontade do superior. Contudo, e também um tanto paradoxalmente, emendava que tal obrigação seria justa apenas na medida em que apresentasse *boas razões* para que fosse obedecida. Leibniz, que não tinha Pufendorf em alta consideração nem como advogado e muito menos como filósofo, apontou-lhe a incoerência sobre como compatibilizar soberania (superioridade hierárquica) com racionalidade (RILEY, 2009b, pp. 65-70).

Para Leibniz, seguindo a tradição intelectualista que, em sua interpretação, era partilhada também por Grotius, o direito natural deveria conceder a primazia à razão natural, estabelecida por Deus por meio de seu livre arbítrio. Nesse quadro, a razão jusnaturalista estaria embasada em regras imutáveis de equidade e proporção, à semelhança daquelas que fundamentam a aritmética e a geometria. Assim, na direção oposta à secularização pregada por Pufendorf, Leibniz compreendia o direito natural imbricado com a moral e embasado no princípio metafísico de uma racionalidade geométrica, suprema e universal, de origem divina – o que não significava, no entanto, que o direito fosse subordinado às leis positivas da religião ou do soberano (RILEY, 2009b, pp. 70-74).

Já é possível perceber, neste ponto da narrativa, que ambas as correntes do direito natural moderno (a voluntarista e a intelectualista), apesar das variadas divergências que mantinham (algumas das quais acima já destacadas), não deixavam de possuir alguns pontos de convergência entre si. Uma dessas concordâncias podia ser identificada no fato de que, em ambas as correntes, o direito era fundamentado segundo o método geométrico (*more geometrico*) a partir de um ou mais princípios basilares, formando um sistema coerente e fechado, governado por procedimentos formal-rationais vazios, a princípio, de conteúdo (SCATTOLA, 2009, p. 22). Ainda que as referidas divisões filosóficas divergissem quanto a prioridade que conferiam à racionalidade humana (se anterior à

vontade que institui a ordem, no caso dos intelectualistas, ou se subordinada a essa, para os voluntaristas), pode ser dito que ambas concordavam em conceber o direito natural de acordo com bases epistêmicas semelhantes: como uma decorrência da razão imanente e inerente ao ser humano, fruto de uma ordem lógica e natural, passível de ser deduzido pela mente humana segundo operações racionais que remontam ao método geométrico. Assim, enquanto sistema lógico geometricizado, o direito natural manter-se-ia de pé mesmo sem o apoio divino, fosse essa ou não a opinião pessoal do jusnaturalista (RILEY, 2009a, p. 22). Em lugar do divino, a ideia da perfeição da natureza então passava a ocupar o posto fundamental de garantidor da legitimidade (autoridade) da ordem social, de que cuidava o direito. Esse é o sentido do moderno de direito natural desenvolvido por Daston (2004), e mencionado no início deste capítulo¹⁶²: um direito cujos princípios, de uma maneira ou de outra, encontram-se ligados a uma ordem externa ao homem (no caso, a ideia de natureza, ou razão natural), configurando uma *lei* universal e omnicompreensiva.

Radicalizando a abordagem matematizante antecipada por Leibniz, o filósofo jusnaturalista Christian Wolff (1679-1754) expôs a dinâmica da racionalidade humana segundo uma relação entre parte e todo, na qual o esforço de cada indivíduo em prol do autoaperfeiçoamento levaria, inevitavelmente, ao aprimoramento da humanidade como um todo (RILEY, 2009c, pp. 98-99). Inclinando-se naturalmente ao autoaperfeiçoamento, cada indivíduo realizaria o cálculo mental, certo e preciso (porque matemático)¹⁶³, que o levaria à perfeição, cujo proveito próprio extrapolaria para toda a comunidade. À semelhança de Pierre d'Ailly séculos antes, Wolff também chegou a se apropriar da metáfora do relógio para explicar que o conhecimento da essência desse objeto poderia ser deduzido a partir de suas partes, integradas entre si de modo funcional. Da mesma forma, utilizou a observação empírica das células hexagonais das colmeias de abelhas para provar a necessidade de incorporação de conhecimento matemático na filosofia (VAN DEN BERG, 2013, pp. 183-188).

Nota-se, aqui, a influência do mecanicismo¹⁶⁴, contemporâneo à própria formação discursiva do direito natural (século XVI), como recurso didático empregado

¹⁶² Ver nota de rodapé nº 91.

¹⁶³ Wolff atribuía *certeza indubitável* à matemática, fazendo dela o método ideal para conferir também certeza ao direito, ao aplicar no campo jurídico o método demonstrativo, que contava com três princípios: (i) nunca utilizar termos sem que possuam explicação precisa e demonstrada mediante prova; (ii) nunca usar de princípios sem demonstrar a respectiva prova deles; (iii) relacionar as declarações e afirmações extraídas deles, de maneira a produzir deduções (MOHNHAUPT, 2016, p. 83).

¹⁶⁴ Segundo Garber (2013, p. 16), Descartes percebia o mundo físico e seus conteúdos como uma coleção de máquinas cujos movimentos e formas se relacionariam de forma integrada. No pensamento cartesiano,

para demonstrar a validade do jusnaturalismo¹⁶⁵ enquanto *mathesis universalis*, à moda cartesiana (MOHNHAUPT, 2016, p. 82). Essa recém-formulada prática discursiva jusnaturalista, ao incorporar elementos característicos dos discursos matemático e mecanicista, abriu caminhos para a posterior construção de variadas vias metodológicas que possibilitavam ao direito calcular a escolha legítima (certa) entre interesses, valores, bens e utilidades conflitantes. Nesse sentido, percebe-se que os recursos discursivos do direito natural permitiram que o jurista fosse elevado à condição de *expert*, intérprete da razão natural em face de casos concretos, habilitando-se a participar de escolhas antes exclusivas da esfera política, sob as diretrizes da expertise extrajurídica. Como visto no Capítulo 1, essa prática discursiva jusnaturalista, reconstruída sob diferentes arranjos teóricos e influências históricas (conforme será visto no Capítulo 3), possibilitou as contemporâneas racionalidades jurídicas de estilo substantivo instrumental (métodos de ponderação de valores, teoria das capacidades institucionais, entre outras).

2.6. As metáforas mecanicistas e seus surpreendentes sentidos

As metáforas mecanicistas, relacionando todo e partes, são ferramentas poderosas de “naturalização” de uma ordem social segundo parâmetros externos ao homem, como nos recordam as alusões milenares de Hesíodo ao funcionamento do cosmos, citadas no início deste capítulo. Se numa colmeia ou num relógio, cada abelha ou peça desempenha por si só uma tarefa específica que contribui para o funcionamento harmônico e sistemático do todo, de maneira semelhante os homens devem obedecer à ordem social vigente em benefício de toda a sociedade. Escolhas morais, com frequentes reflexos jurídicos, deixam o campo do *deve ser* (interno ao homem) para adentrar a seara do *é* (ser), recorrendo a descrições da natureza para delas extrair seletivamente os parâmetros que servirão para ordenar a sociedade (ALLEN, 2004, p. 89). Contudo, após o desenvolvimento da doutrina do moderno direito natural, tais escolhas morais passam a

não haveria distinção entre artefatos e corpos naturais, sendo ambos considerados máquinas sujeitas às mesmas forças naturais que lhes imprimem movimento. A diferença entre uma máquina natural e outra artificial estaria no maior grau de detalhamento e perfeição de sua constituição, que escaparia aos sentidos dos seres humanos. Nesse sentido, Castro (2012, p. 112) anotou que os pensadores da chamada filosofia natural, ao rejeitarem a cosmologia aristotélica governada por essências e causas finais, reinventaram o universo como um *mecanismo*, qual uma entidade metafísica composta por matéria em movimento.

¹⁶⁵ Esquemas relacionais entre todo e parte foram utilizados por Wolff como um método explanatório, baseado em princípios físicos e matemáticos, que carrega em si a ideia de que demonstrações mecânicas representam o ideal de unificação científica, apagando as barreiras entre física, biologia, química e, também, o direito (VAN DEN BERG, 2013).

ser vistas como determináveis por raciocínios matematizados, uma vez que esse método científico passa a ser também empregado para decifrar e demonstrar os fenômenos da ordem natural.

No início do século XVIII, na mesma época em que Christian Wolff (1679-1754) consolidava o jusnaturalismo e Isaac Newton (1642-1726) gozava a fama pelas suas descobertas sobre a física mecânica, o médico holandês Bernard de Mandeville (1670-1733) escrevia na Inglaterra sua polêmica *Fábula das Abelhas*. Nela, e com amparo na multicitada metáfora das abelhas, o autor empreendeu uma crítica ao mesmo tempo satírica e filosófica a respeito da concatenação entre os valores morais e a ordem social da sociedade em transição na qual estava inserido. Mandeville demonstrou particular interesse na investigação das relações funcionais entre parte e todo, especialmente quanto ao uso de metáforas para a veiculação de ideias sobre ordem social, conforme anotou Danielle Allen (2004). Ao invés de louvar a extrapolação da ordem natural para a social¹⁶⁶, Mandeville ironicamente apontava que o objetivo dessa transposição era confundir os aspectos da ordem social que são frutos de escolhas humanas (culturais, educacionais, etc.) e os fenômenos regulares observados e mensurados pelas ciências naturais, existentes independentemente da ação humana. A mistura proposital entre regularidades inevitáveis e normas de organizações social se prestaria a fazer os indivíduos esquecerem a própria possibilidade de mudança social por meio da vontade humana. Desse modo, ao transformar obstáculos sociais (*deve ser*) em fatos da natureza (*é*), a metáfora baseada na relação parte-todo (como o são as metáforas mecanicistas) torna suave o que, de outro modo, seria de penosa aceitação (ALLEN, 2004, pp. 88-89)¹⁶⁷.

Afastando-se das alegorias naturalísticas consagradas, Mandeville considerava que o papel da política era estabelecer a ordem social. Chegou a afirmar, em sua *Fábula*

¹⁶⁶ De acordo com Allen (2004, pp. 88-89), a estratégia adotada pelos *moralistas* contemporâneos a Mandeville consistia em apoiar as normas sociais em formas buscadas na natureza, como no exemplo da colmeia de abelhas. Tratava-se, pois, de um esforço argumentativo tendente a sugerir que a ideia de ordem era derivada diretamente da natureza, ou seja, externamente ao ser humano.

¹⁶⁷ Vale anotar que esta tese não pretende afirmar que a adoção de um paradigma de racionalidade inspirado numa ordem natural universal e imutável seja sempre conservador. Eventualmente, o padrão de racionalidade moldado em função de ordem natural universal colide com outro estilo de racionalidade, embasado em uma noção diferente sobre o que é *natural*, o qual concebe a ordem social construída à semelhança da configuração local de natureza. O resultado disso, sem dúvida, são transformações sociais, como as que sucederam após a Revolução Francesa, na qual os direitos à liberdade e à igualdade, reconhecidos pela razão jusnaturalista, chocaram-se com o direito que ordenava uma sociedade estamental, fundado na administração hierárquica, na tradição e nos costumes locais. Nota-se, porém, que tais mudanças buscariam validação por meio de um dever geral de conformação racional à autoridade da ordem natural (externa ao homem), ao invés de reconhecer uma legitimidade simplesmente emanada da vontade da política (interna ao homem).

das Abelhas, que era o engenho do Estado que mantinha unido o *todo social*, em relação a quem cada uma de suas *partes* se queixava. E, de forma surpreendente, ainda que não fosse inovadora, utilizou uma metáfora mecanicista para revelar que a fonte da legitimidade da ordem jurídico-social estava no homem, enquanto ser político (ALLEN, 2004, p. 89). Com base na indicação de Allen, vale aqui transcrever essa exposição, retratada no diálogo entre Horácio e Cleomenes, a respeito da semelhança entre o governo de uma cidade e a fabricação de meias:

Cleomenes: Eu não conheço nada em relação a que as leis e a economia de uma cidade bem ordenada sejam mais justamente comparadas do que a uma máquina de tecelagem. A máquina, à primeira vista, é intrincada e ininteligível. Mas a beleza e a exatidão na manufatura são principalmente, senão de todo, decorrentes da felicidade da invenção, do esforço do engenho...

Horácio: Embora a comparação seja pobre, eu devo reconhecer que ela ilustra bem o que você quer dizer.

Cleomenes: Enquanto você falava, eu pensei em outra, ainda melhor. É comum agora possuir relógios que são feitos para tocar diversas notas com grande precisão. (...) Há algo análogo a isso no governo de uma cidade vibrante, que tenha durado ininterruptamente por várias eras. Não existe qualquer parte do conjunto de suas regulações, mesmo as breves e insignificantes, em relação às quais muitas dores e considerações não tenham sido empregadas, assim como quantidade de tempo (...). Mas uma vez que leis e regulamentos são levados a tanta perfeição quanto a arte e a sabedoria humanas podem alcançar, a máquina como um todo pode ser posta a funcionar por si só, precisando para isso de tão pouca habilidade quanto a necessária para dar corda ao relógio. (...)(MANDEVILLE, 1988, p. 323) (tradução livre do autor)

Mandeville chamava atenção para o quanto há de contingente nas leis que estabelecem a ordem social, para o fato de que são antes o resultado calculado e possível de conflitos dolorosos entre pontos de vista diferentes, do que o mero reflexo de uma ordem natural externa e imutável. O médico e filósofo holandês então repetia a metáfora cunhada duzentos anos mais cedo pelo teólogo Pierre d'Ailly, entretanto, desta vez não era mais Deus a dar corda ao relógio (representando o universo): o homem agora impulsionava a máquina social e o fazia por meio da vontade política, ainda que orientada pelo cálculo racional inato ao homem¹⁶⁸. Aqui, a visão de mundo mecanicista decorrente da filosofia natural e o jusnaturalismo, com sua formalização sistemática e geométrica do direito, encontraram-se para propiciar, ao longo dos séculos subsequentes (como será

¹⁶⁸ Mandeville (1988, p. 139) também entendia que a inclinação inata pela autopreservação era o princípio da racionalidade que compelia naturalmente os homens a se ajustarem às regras que mantêm coeso o tecido social.

visto no Capítulo 3), uma série de arranjos teóricos cujas composições variadas perfazem alguns dos diferentes estilos de racionalidade jurídica identificados nos discursos administrativistas examinados no Capítulo 1.

Retomando a discussão efetuada na Seção 1.2, algumas importantes relações entre ideias sobressaem. Se, de um lado, pode-se enxergar no conceito de *discricionariedade técnica* formas de legitimação jurídica de juízos vindos da racionalidade instrumental próprias de disciplinas científicas estranhas ao direito¹⁶⁹, de outro, percebe-se nas *teorias de ponderação de valores* a incorporação, pelo direito, das pretensões racional-instrumentais identificadas na promessa da calculabilidade precisa das decisões jurídicas¹⁷⁰. Ambas são variações de estilos de racionalidade resultantes de combinações diversificadas e adaptadas entre elementos das práticas discursivas cultivadas ao longo do processo formativo do direito natural, analisado neste capítulo.

Hoje, quase três séculos depois, a humanidade avança em ritmo acelerado em direção ao que pode vir a representar o clímax de outra metáfora enunciada em função da preocupação com o imparável processo de mecanização do mundo: a metáfora da *jaula de ferro*, examinada no Capítulo 1 (WEBER, 2005, pp. 123-124). Max Weber, ao analisar o processo de transição do predomínio da racionalidade valorativa para a instrumental, no contexto da formação da cultura moderna, formulou também seu conceito de *desencantamento*. Com isso, Weber quis se referir, de acordo com Schroeder (1995, pp. 230-232), à perda da crença na ordenação do mundo segundo uma razão metafísica e fundada em valores dogmáticos. Esse mundo encantado, regido por uma ordem natural mística, foi confrontado nos séculos seguintes à Revolução Científica por um sistema cosmológico governado por causalidades naturais valorativamente neutras, cujo funcionamento seria, em princípio, desvendável por meio do cálculo. Esse desencantamento do mundo seria resultado do enraizamento da crença do universo como um mecanismo articulado por relações causais, a respeito das quais o ininterrupto movimento em direção ao acúmulo de conhecimento científico permitiria cultivar a certeza da inteligibilidade total, do eventual fim de qualquer mistério sobre o cosmos. Alimentados por esse entusiasmo, discursos em favor da algoritmização da burocracia que gesta as políticas públicas, segundo abordado no Capítulo 1, preveem que as máquinas impulsionadas por inteligência artificial absorverão, cada vez mais, tarefas que

¹⁶⁹ Fala-se, aqui, da racionalidade substantiva relacionada a valores, segundo analisado no Capítulo 1.

¹⁷⁰ Neste caso, trata-se da racionalidade substantiva relacionada a fins, conforme abordagem exposta no Capítulo 1.

antes eram de responsabilidade exclusiva e judiciosa de seres humanos, que delas se desincumbiam por meio de sua mistura pessoal de vontade e racionalidade. Para muitos, ilustrados de forma icônica por Tim O’Reilly (2013), as analogias mecanicistas hoje não são mais metáforas postas a serviço da justificação de ordem social vigente, tornaram-se mesmo um projeto de ordem social que almeja depositar na racionalidade artificial, completamente matematizada, a confiança para realizar escolhas outrora localizadas no campo da política, segundo as formas do direito.

Como dito pela revista *Nature* (2016) em trecho citado ao início deste capítulo, as redes neurais que estruturam a inteligência dessas máquinas são amiúde apresentadas como insondáveis, uma vez que os engenheiros que a desenvolveram alegam não possuir meios para reconstituir o caminho lógico percorrido pela “mente” do sistema algorítmico até chegar a uma decisão. Na mesma medida em que a racionalidade imanente na natureza dominava os pensamentos dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, também a racionalidade artificial parece povoar a imaginação dos altos estratos de corporações privadas e de governos, os quais nela veem a panaceia que tornará o mundo mais eficiente e justo. Existem, todavia, graves preocupações quanto a realização desse projeto social que parece desejar “reencantar” o mundo por meio da tentativa, um tanto paradoxal, de dotar a atividade científica de um significado místico e onipotente que lhe é, na realidade, inteiramente estranho e incongruente. A “fê” nos algoritmos, mencionada pela revista *Nature* (2016) é frontalmente inconsistente com a vocação científica identificada por Weber (2011, pp. 31-32), para quem a ciência não deveria determinar escolhas, mas apenas apontar criteriosamente as diferenças entre os caminhos possíveis, com o propósito de “*compelir uma pessoa a dar-se conta do sentido último de seus próprios atos*”.

Assim, ao promover variações de um discurso que pretende submeter a ordem jurídico-social aos moldes de um sistema ordenador estruturado por uma inteligência mística, imanente ao universo e acima do ser humano (seja ela a natureza ou a inteligência artificial), a humanidade deixa de vislumbrar a atividade política como a ferramenta válida, por excelência, para a conservação e a reforma das estruturas ordenadoras da sociedade. Como visto neste capítulo, é preciso escapar da armadilha preparada pela falácia naturalística, pela qual prescrições morais são camufladas com as cores das descrições naturais, provadas empiricamente (DASTON, 2004, p. 374). Nesse sentido, é também necessário prosseguir a investigação de modo a analisar as relações entre a *racionalização* e o *poder político*, em perspectiva informada pela teoria do poder

foucaultiana, a fim de compreender os processos formativos dos discursos que hoje predominam no direito administrativo, em seu encontro com a expertise. Conforme abordado ao fim do Capítulo 1, é particularmente importante examinar a gênese dos discursos pelos quais as tecnologias são instrumentalizadas pelos governos, em meio aos jogos estratégicos entre *estados de dominação*, de um lado, e *liberdades*, de outro. É entre esses dois polos que o moderno direito administrativo ganha vida, como será visto no próximo capítulo.

3. Do direito natural à formação dos estilos de racionalidades do direito administrativo, em seu encontro com a expertise

O direito natural moderno, como visto no capítulo anterior, pode ser compreendido como a continuação de uma tradição de pensamento milenar (SCATTOLA, 2001, p. 4). Resultou da incorporação, pela teologia cristã dos primeiros anos do século VI, da ideia de natureza que caracterizava a cosmologia grega (COLLINGWOOD, 1945). De igual modo, resulta, também, das frutíferas construções e disputas filosóficas introduzidas pela escolástica medieval a partir das primeiras traduções das obras de Aristóteles, após o século XI. Mas foi apenas durante o século XVI que o jusnaturalismo começou a ganhar nova roupagem, na tentativa de tornar imperceptível a reutilização de ideias anteriormente forjadas pelos frequentes embates entre filosofias de matizes voluntaristas e intelectualistas¹⁷¹ (TIERNEY, 2001).

Michael Stolleis (2016, p. 51) explicou que, em meio às transformações vivenciadas no referido século, o moderno direito natural derivou de três mudanças cruciais na civilização europeia: a quebra da visão de mundo segundo o paradigma geocêntrico, acompanhado das revoluções metodológicas nas ciências naturais; as crises religiosas, que desafiaram o monopólio da verdade teológica; e a ascensão do absolutismo e dos Estados nacionais, em detrimento do regime feudal e do poderio dos estamentos e das cidades. Merio Scattola (2001, p. 1), por outro lado, destacou o fato de que os Estados nacionais somente conseguiram impor um amplo controle sobre todos os habitantes de seu território porque puderam contar, antes de tudo, com as versáteis teorias jusnaturalistas, cuja racionalidade permitia unir, de modo convincente, a vontade dos indivíduos à vontade do soberano. De fato, a filosofia do direito natural moderno não foi apenas um produto das circunstâncias sociais, políticas e religiosas; foi, em igual medida, um elemento fermentador do próprio desenrolar dos acontecimentos históricos relacionados à consolidação do jusnaturalismo.

Analisando esse mesmo período histórico (século XVI), Michel Foucault (2004b, pp. 232-253) teorizou a respeito da transformação da racionalidade que movia o poder soberano, ao salientar as influências da conjunção entre o que chamou de *revoltas pastorais* (Reforma e Contrarreforma) e a já comentada revolução científica¹⁷². Para o

¹⁷¹ A respeito do uso do termo *intelectualista* nesta tese, ver a nota de rodapé nº 160.

¹⁷² Ver Capítulo 2.

filósofo e historiador francês, o século XVI marcou o início da passagem, gradual e complexa, das funções pastorais da Igreja para o Estado, que acabaria por cambiar a *racionalidade pastoral (ratio pastoralis)*¹⁷³ então vigente para uma *racionalidade governamental (ratio gubernatoria)*. Essa racionalidade pastoral foucaultiana teria origem no pensamento da escolástica medieval, encontrando sua maior expressão nos ensinamentos de Tomás de Aquino acerca do poder monárquico. Ao relembrar a máxima tomística de que *o rei é aquele que governa o povo de uma cidade em vista do bem comum*, Foucault (2004b, p. 238) asseverou que a racionalidade por trás dessa definição não apresentava qualquer descontinuidade entre as funções do *ser soberano* e do *governar*. Nesse sentido, destacou que Aquino se apoiava em uma série de *modelos externos*, aos quais chamou de *analogias de governo*. Aqui, nota-se que Foucault e as análises de Lorraine Daston (2004) convergem, a respeito do empréstimo, à ordem social, de uma autoridade moral vinda de uma ordem superior e externa ao homem (variações da ideia de natureza), como visto no capítulo anterior.

Na primeira das analogias, o modelo de governo era o da ordem teológico-natural, segundo o qual o soberano deveria governar seu reino à semelhança do modo como Deus regeria a reino da natureza. A segunda decorria igualmente da ordem natural, tomando a forma da *metáfora do organismo*, pela qual o rei serviria ao seu reino assim como a força vital de um ser vivo operaria para coordenar e animar as suas diversas partes funcionais. Por fim, e não menos importante, estaria a *analogia pastoral*, na qual o rei zelaria pela felicidade de seus súditos (o *bem comum*), tanto quanto o pastor deveria cuidar da salvação de seu rebanho (ou como o pai tutela sua família). Por meio dessas três analogias populares na Idade Média, Foucault (2004b, pp. 238-239) procurou descrever o que enxergava como um *continuum* teológico-cosmológico entre Deus e o soberano (que iria de Deus ao pai de família, passando pela natureza e pelos pastores), que ao mesmo tempo o legitimava e lhe fornecia a racionalidade para governar.

Esse *continuum* somente passaria a sofrer mutações a partir do século XVI, quando o desenvolvimento do pensamento político europeu começou a buscar uma nova forma de governo, que fosse específica em relação ao exercício da soberania. De acordo

¹⁷³ De acordo com Foucault (2004a, pp. 128-133), o poder pastoral é um tipo de relação fundamental entre Deus e os homens, representado pela metáfora de um pastor zeloso de seu rebanho. O poder pastoral possui o objetivo de realizar do *bem* (salvação, subsistência) para seu rebanho, servindo-lhe de intermediário. Trata-se de um poder individualizante, na medida em que é exercido sobre a totalidade e, ao mesmo tempo, sobre cada uma de suas crias (*omnes et singulatim*). Tal espécie de poder não necessita de construções conceituais como *território*, *Estado* ou *soberano*, recaindo apenas sobre uma multiplicidade de sujeitos e esgotando-se em si mesmo.

com Foucault (2004b, pp. 240-241), essas transformações seriam efeitos (ao menos um dentre os vários efeitos) das práticas discursivas, das novas configurações do saber, decorrentes da revolução científica. O surgimento e a consolidação dos novos métodos científicos para produção do conhecimento considerado válido influenciaram também ebulições no debate filosófico de então. Como será abordado nas próximas seções deste capítulo, o enfoque dado pelas ciências da natureza às causas eficientes, como modo de explicação dos fenômenos observados no cosmos, terminou por instigar discussões teológico-filosóficas sobre a maneira divina de reger o universo, o que levou à criação e à difusão de ideias inovadoras, como a da *legalidade geral*, entendida como leis gerais, imutáveis, universais, simples e inteligíveis. Alimentada por essas novas concepções, o pensamento político europeu, segundo Foucault, avançou paulatinamente da *ratio pastoralis* para *ratio gubernatoria*, a qual ganhou expressão na filosofia política e no direito como *razão de Estado*.

As seções a seguir retomarão os processos formativos das combinações de ideias e instituições que contribuíram para a formação dessa distinta racionalidade, *governamental*, e, também, para a assimilação dessa racionalidade pela prática e pela teoria jurídicas dos séculos XVI ao XVIII, sob a forma da *polícia*. Ao fim, este capítulo tratará do surgimento do *direito administrativo moderno*¹⁷⁴ enquanto ciência jurídica positivista e fundada sobre o método lógico-formal, em substituição ao *direito de polícia*. Ao expor os conflitos resultantes das formações discursivas sobre as ideias de liberdade, em meados do XVIII, este capítulo tratará da nova função adquirida por esse direito administrativo moderno, consistente em intermediar as pressões entre liberdades e poder público. Com o nascimento desse novo direito administrativo, aparecerão também os embriões dos estilos de racionalidade jurídica empregados pelo direito administrativo contemporâneo em seu encontro com os conhecimentos vindos das demais disciplinas (expertise), tal como analisado no Capítulo 1.

¹⁷⁴ Como adiantado no Capítulo 1, tratarei o direito administrativo, enquanto disciplina jurídica independente surgida no século XIX, como *direito administrativo moderno*, como modo de diferenciar da tipologia utilizada por Unger.

3.1. *As influências da revolução científica sobre a formação da ideia da legalidade geral, no contexto do declínio da racionalidade pastoral*

A partir do século XVI, os precursores da ciência moderna, como abordado no capítulo anterior, passaram a repudiar as formulações qualitativas da física aristotélica, marcada pelas práticas discursivas que privilegiavam a causalidade finalística, em detrimento das outras causas (formal, material e eficiente)¹⁷⁵, e pela ideia de uma racionalidade imanente na estrutura do universo. Em contraposição, passaram a procurar explicações para os fenômenos da natureza sobretudo por meio de causas eficientes, de quantificações e de poder sobre a natureza (OAKLEY, 1961a, 433-436). Foi usando esse novo procedimento de investigação do mundo que Nicolau Copérnico (1473-1543) abandonou a hipótese geocentrista sustentada pelas cosmologias aristotélica e ptolomaica, anteriormente abraçadas pelo cristianismo, e demonstrou (por meio da publicação póstuma de sua obra “*De Revolutionibus Orbium Coelestium*”, no ano de 1543) que os corpos celestes orbitavam em torno do sol. Em seu trabalho, o astrônomo polonês não apenas utilizou conhecimentos de geometria para especular hipóteses sobre o percurso dos planetas, mas aplicou o método matemático como ferramenta para validar ou rejeitar explicações astronômicas qualitativas. Nessa abordagem, somente as explanações causais amparadas por demonstrações matemáticas poderiam ser consideradas verdadeiras. Mais do que uma mera hipótese, que pode ser verdadeira ou falsa, uma explicação de um evento natural formulada de modo geométrico seria, para Copérnico, uma *lei*¹⁷⁶, a qual não poderia ser outra coisa senão uma verdade irrefutável (GRASSHOFF, 2016, p. 150-152).

Copérnico fez mais que refutar a tese da centralidade da Terra no universo, ele teria negado a possibilidade de o cosmos possuir qualquer ponto central¹⁷⁷. Segundo Collingwood (1945, p. 97-103), essa quebra de paradigma permitiu a destruição da imagem, conservada pela cosmologia grega, do mundo como um organismo vivo e

¹⁷⁵ Sobre a teoria da causalidade aristotélica, ver a nota de rodapé nº 97.

¹⁷⁶ Copérnico utilizou a expressão latina *lex certa* para se referir aos movimentos invariavelmente regulares dos corpos celestes. Sobre a utilização do termo *lei* por Copérnico, Grasshoff (2016, pp. 143-144) sustenta que tal escolha se deu pela necessidade de obter um critério de diferenciação entre teorias astronômicas empiricamente equivalentes, tendo em vista que ambos os modelos existentes, o geocêntrico (da tradição ptolomaica) e o heliocêntrico (na verdade, parcialmente heliocêntrico, segundo desenvolvido na Idade Média por Martinianus Capella) apresentavam explicações qualitativas para os fenômenos astronômicos observados. Contudo, apenas uma das explicações causais possíveis poderia ser demonstrada matematicamente, constituindo uma *lei natural*.

¹⁷⁷ No modelo copernicano, o sol é tomado como o centro em relação à Terra e aos demais planetas integrantes do sistema solar. Entretanto, o sol não seria necessariamente o centro de todo o universo. Collingwood (1945, p. 97) observa que o editor póstumo de Copérnico teria ressaltado que o sol apenas foi considerado como centro do sistema por razões de conveniência didática.

movido por uma inteligência imanente, abrindo caminho para que fosse enxergado como uma máquina. O mecanismo do mundo seria então composto de partes feitas de uma mesma substância, as quais se diferenciariam apenas pelas quantidades e pela estrutura geométrica (e não por suas qualidades), e seriam postas a funcionar pelas mesmas leis universais, independentemente de se tratar de corpos celestes ou sublunares¹⁷⁸. Vale rememorar, na linha exposta no capítulo anterior, que essa visão mecanicista da natureza era incompatível com o imanentismo aristotélico, dado que a ideia de máquina implicaria necessariamente um elemento externo a ela própria, seja a vontade divina ou a razão humana, responsável por imprimir movimento ao mecanismo¹⁷⁹.

Oito décadas mais tarde, Galileu Galilei (1564-1642) não poupou alegorias para descrever, em sua obra *O Ensaísta (Il Saggiatore*, datada de 1623), o método que tornava possível decifrar o “livro da natureza” sem o auxílio de intermediários acreditados de argumentos de autoridade. Para tanto, seria suficiente o domínio da *linguagem matemática*, na qual o livro da natureza era escrito:

Senhor Sarsi¹⁸⁰, a coisa não é assim. A filosofia é escrita nesse imenso livro que se encontra permanentemente aberto diante dos nossos olhos (eu falo do universo); mas não se pode compreendê-lo sem antes aprender-lhe a linguagem, conhecer os caracteres no qual é escrito. Ele é escrito numa língua matemática, e seus caracteres são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, sem o auxílio dos quais não é humanamente possível entender palavra alguma; sem esses caracteres, fica-se a vagar inutilmente num labirinto escuro (GALILEI, 2008, p. 183). (tradução livre do autor)

O que antes Copérnico havia descrito apenas geometricamente, sem ter chegado a teorizar com profundidade sobre os efeitos de suas descobertas no mundo em que vivia, Galileu passava a advogar abertamente. Defendeu as vantagens do novo método científico

¹⁷⁸ Na cosmologia aristotélica, o mundo seria esférico, e a Terra constaria ao centro. A matéria seria composta de quatro elementos, sendo a terra a mais pesada e tendendo à centralidade, seguida de água, ar e fogo. O éter seria o quinto elemento (*quinta essentia*), o qual preencheria os espaços celestes. Assim, a natureza seria, para Aristóteles, composta de substâncias que difeririam em qualidade e agiriam heterogeneamente (COLLINGWOOD, 1945, p. 98).

¹⁷⁹ Anteriormente à revolução científica, a natureza era majoritariamente enxergada como um organismo vivo, e suas relações com o homem eram compreendidas em termos de astrologia e mágica, “*na medida em que o domínio sobre a natureza não era concebida como um domínio da mente sobre uma máquina, mas como um domínio de uma alma sobre outra alma, o que implicava mágica*” (COLLINGWOOD, 1945, p. 96).

¹⁸⁰ Galileu escreveu *Il Saggiatore* dirigido a Lotario Sarsi Sagensano (pseudônimo de Orazio Grassi), que havia escrito uma obra sobre astronomia em estilo escolástico, na qual apoiava suas conclusões em Tycho Brahe, ao invés de adotar o método eminentemente geométrico de Copérnico. Retrucando Sarsi, Galileu (1997, p. 16) afirmou que filosofar não “necessitava apoiar-se nas opiniões de algum célebre autor, como se a mente nossa, ao não se casar com o discurso de um outro, devesse quedar-se estéril e infecunda”.

sobre a escolástica aristotélica, ao mesmo tempo em que se esforçou por conciliá-lo com a teologia católica. Em sua Carta à Grã-Duquesa Cristina de Lorena, datada de 1615, Galileu (2008, p. 116-117) sustentou que o método demonstrativo, amparado em observações minuciosas da natureza, deveria sobrepor-se às interpretações bíblicas fornecidas pelos teólogos, em caso de conflito. A teologia, segundo esse cientista, deveria possuir autoridade somente naqueles casos em que a razão humana seria insuficiente para decifrar os fenômenos da natureza. Isso porque, na explicação de Galileu, os textos sagrados e a natureza seriam igualmente produtos do verbo divino, sendo o primeiro o ditado do Espírito Santo, e a segunda, a mais fiel executora das ordens de Deus. A natureza, nessa visão de mundo, “*seria inexorável e imutável, jamais sendo capaz de violar os termos das leis a ela impostas, e não se importaria caso suas recônditas razões e maneiras de operar fossem reveladas ao engenho humano* (GALILEI, 2008, p. 116)”. Embora Galileu não desprezasse uma visão de mundo em que a inteligência divina funcionasse como força ordenadora (a qual Weber poderia chamar de *encantada*), é forçoso reconhecer que a primazia dada ao nascente método científico de desvendar a natureza abria o caminho a potencial desmitificação (*desencantamento*) completa do cosmos.

Galileu foi, portanto, o primeiro a praticar e a defender a ciência em seu sentido moderno, no qual apenas o que pode ser medido é passível de ser considerado conhecimento científico. Os aspectos quantitativos e qualitativos são separados com rigor, importando à ciência somente o quanto possa ser descrito em linguagem matemática. O método demonstrativo ganhou novo significado, abandonando a silogística aristotélica¹⁸¹ para abraçar a observação empírica matematicamente articulada. René Descartes (1596-1650), admirador do matemático italiano, era de opinião semelhante. Para o matemático e filósofo francês, a matemática seria uma ciência geral (*mathesis universalis*), das quais todas as outras ciências seriam espécies. A *mathesis universalis* seria capaz de investigar todos os assuntos em termos de ordem e medida¹⁸². Deus, assim, teria disposto todas as coisas sob a forma matemática (números e grandezas), tornando possível demonstrações certas e evidentes a respeito dos fenômenos da natureza. Tais demonstrações seriam as leis naturais, infalíveis e imutáveis, cujo conhecimento permitiria antever efeitos a partir de causas (eficientes). Na visão cartesiana, o

¹⁸¹ Sobre o método silogístico, ver a nota de rodapé nº 108.

¹⁸² Para Descartes (2000, p. 10), não importava se a medida em questão seria aplicada a números, figuras, estrelas, sons ou qualquer outro objeto.

conhecimento científico somente seria possível mediante argumentos matemáticos e evidentes, cujas conclusões convergiriam para explicar os fenômenos da natureza (DESCARTES, 2000, p. 40 e 85).

Em consequência das mudanças na construção do saber científico, dividem-se as doutrinas entre aquelas construídas sobre *opiniões* e as erguidas sobre *demonstrações matemáticas*, entre as quais somente as últimas são imunes a questionamentos. A partir da comparação entre o novo método científico e os demais domínios do saber começam a ser sentidas as primeiras influências sobre a percepção da validade dos conhecimentos produzidos pela disciplina jurídica. No trecho a seguir, Galileu expressou sem meias palavras a posição em que vislumbrava o direito em relação à matemática:

Eu gostaria de pedir a esses prudentíssimos Padres que concordassem em examinar com muita diligência a diferença entre as doutrinas opinativas e demonstrativas. Tendo firme em mente a força inelutável das deduções necessárias, eles veriam com mais clareza que não está em poder dos praticantes das ciências demonstrativas mudar de opinião à vontade, escolhendo ora esta, ora aquela; que há uma grande diferença entre dar ordens a matemáticos ou a filósofos e dá-las a mercadores e a juristas; e que conclusões demonstrativas sobre fenômenos naturais ou celestiais não podem ser mudadas com a mesma facilidade que opiniões sobre o que é o não é lícito em um contrato, em um arrendamento ou em uma permuta (GALILEI, 2008, p. 125). (tradução livre do autor)

A superioridade das *leis da natureza* em relação às *leis dos homens* estava fora de discussão, no entender de Galileu e Descartes. Entretanto, em finais do século XVII, passou a existir um campo de interseção entre os domínios das filosofias natural e moral. Uma ponte a interligar esses dois mundos pode ser percebida no processo formativo da acepção do termo *lei*, em seu significado clássico, segundo aplicado ao campo das ciências naturais ao longo da revolução científica. De acordo com Sophie Roux (2013, p. 9), a acepção da expressão *lei*, nesse novo sentido naturalístico, decorreu da junção de dois usos então correntes no período renascentista: (a) a lei enquanto expressão de uma regularidade natural, relativa a um fenômeno encarado de maneira abstrata e representada na forma de uma relação entre quantidades, podendo ser chamada de *uso físico-matemático*; e (b) as leis da natureza, aplicáveis invariavelmente a todos os corpos naturais, consistindo nas leis pelas quais o legislador divino cria e ordena a natureza, designadas de *uso metafísico*.

A *lei da natureza*, em sua acepção metafísica, como se sabe, tem raízes no conceito de *physis*¹⁸³, originário da Grécia Antiga, sendo característica de sua cosmologia, conforme visto no capítulo anterior. Por sua vez, o mesmo termo (*lei*), aplicado às regularidades matematicamente observadas nos fenômenos naturais, começou a ser empregado a partir do século XVI, com Copérnico, sem que esse cientista elaborasse qualquer relação entre essa conotação *física* e o uso metafísico. Galileu, ao contrário, empregou as *leis da natureza* apenas em seu sentido metafísico, preferindo termos como *hipótese*, *axioma* e *teorema* para as suas descobertas matemáticas (ROUX, 2013, pp. 20-22). Assim, foi apenas após no início do século XVII, com Kepler, Bacon e Descartes¹⁸⁴ que os paralelos entre os sentidos físico e metafísico passaram, paulatinamente, a ganhar corpo na literatura científica. Contudo, a utilização dessa expressão (*lei da natureza*) indistintamente entre as ordens da natureza e da moral somente passou a ser comum após 1680, com a publicação de *Traité de la Nature et de la Grâce*, do filósofo francês Nicolas Malebranche (1638-1715), com a qual inaugurou a polêmica metafísica¹⁸⁵ sobre o modo como Deus comanda os reinos da natureza e da graça (ROUX, 2016, p. 201).

Malebranche foi o primeiro pensador moderno a se dedicar à confecção de uma filosofia capaz de enlaçar, por meio da noção de *legalidade*, as duas visões de mundo então em disputa: uma na qual o cosmos governado por leis naturais gerais e imutáveis, matematicamente formuladas e empiricamente observadas; e outra onde o mundo seria regido por um Deus onipotente, onipresente, legislador providencial¹⁸⁶. Na teologia de Malebranche, a impossibilidade do conhecimento direto dos desígnios e da natureza de

¹⁸³ Roux (2013, p. 8) salienta que o termo equivalente a *lei*, na língua grega, seria *nomos*, que raramente era associado à expressão *physis* (natureza). Essa raridade se daria pelo oxímoro da relação entre os dois termos (*physis* e *nomos*) naquela língua.

¹⁸⁴ Kepler utiliza o termo *lei* com bastante frequência, referindo-se aos paradigmas matemáticos que regem o movimento dos corpos celestes (GRASSHOFF, 2016, p. 161), e ao menos uma vez ele o menciona em um sentido metafísico (ROUX, 2013, p. 22). Francis Bacon emprega o termo *lei* em duas acepções, sendo uma concreta, pertinente às formas habituais e regulares das coisas, e outra metafísica, a respeito das formas eternas e imutáveis. Descartes, como já visto acima, afirmava que as leis da natureza eram impostas por Deus à natureza, assim como um rei impõe suas leis em seu reino; e ao, mesmo tempo, afirmava que as leis da natureza correspondiam às leis da mecânica, resumidas das três leis cartesianas do movimento (DESCARTES, 2000, pp. 37-40).

¹⁸⁵ Com a publicação da obra *Traité de la Nature et de la Grâce*, Malebranche acendeu uma polêmica filosófica que mobilizou, contra si, intelectuais como Antoine Arnauld, Bernard Le Bovier de Fontenelle, Jacques-Bénigne Bossuet, François de Salignac de la Motte-Fénelon. Alguns anos mais tarde, Pierre Bayle, tomando o partido de Malebranche, opôs-se a Leibniz. O pano de fundo da controvérsia, em apertada síntese, era concepção sobre o modo como Deus governa os reinos da natureza e da graça: para Malebranche, Deus comandava por meio de leis gerais; já para Arnauld, Deus agiria mediante vontades participares (ROUX, 2016, p. 201-202).

¹⁸⁶ Larrère (2016, p. 256) explica que Malebranche, mesmo sendo decididamente um intelectualista (racionalista), ainda assim levou em consideração a posição dos voluntaristas, ao afirmar que Deus impõe a razão eterna que serve de parâmetro para todas as suas leis gerais.

Deus conduziria à afirmação de que as leis da natureza dependeriam exclusivamente de uma vontade arbitrária e acessível pelo homem indiretamente, por meio da experiência. As coisas do mundo, portanto, não possuiriam uma natureza, uma essência, em si; somente as relações constantes entre os acontecimentos da natureza poderiam ser apreendidas pelos homens, mediante a observação empírica. E a verificação de uma relação constante entre dois eventos naturais representaria invariavelmente, para Malebranche¹⁸⁷, a existência de uma *lei geral*¹⁸⁸ (ROUX, 2016, p. 205).

De acordo com Roux (2016, p. 206), é possível perceber que todos os adjetivos empregados por Malebranche para definir as leis divinas diziam respeito a características formais, deixando de lado o aspecto material delas. Tais leis eram ditas uniformes no tempo (constantes, imutáveis); impassíveis de revogação (inexoráveis, invencíveis); e simples, podendo alcançar a simplicidade mediante um requisito numérico (pequeno número de leis férteis), relacionado ao objeto (leis pertinentes a entidades básicas) ou à capacidade de intelecção (leis fáceis de serem compreendidas). Ainda segundo essa autora, tais qualidades eram, evidentemente, insuficientes como pontos de partida para deduzir as leis gerais¹⁸⁹ do movimento que Malebranche julgou inspirar todas as demais leis divinas. Sendo tais características apenas formais, resultantes de uma atitude híbrida de intelectualismo e voluntarismo, conclui-se que qualquer enunciado poderia configurar uma lei, caso dispusesse dos atributos certos. A legalidade seria, então, metafísica, na medida em que não trataria de uma entidade concreta, mas apenas da forma atribuída à

¹⁸⁷ Malebranche (1680, pp. 14-16) defendia que, ao criar o mundo, Deus não teria considerado apenas a perfeição de sua obra, mas também a perfeição de sua ação, a qual deveria espelhar a sabedoria divina, caracterizada pelos atributos da simplicidade, universalidade e generalidade. Assim, ao ter diante de si a infinidade de mundos possíveis, Deus escolheu criar um mundo cuja conservação pudesse se dar exclusivamente pelas leis mais simples e perfeitas, sob a inspiração e à semelhança da filosofia mecanicista então em voga. Era o que viria a chamar de *princípio da simplicidade dos meios (ou das vias)* necessários à produção do mundo, bem como à sua conservação. Nesse ponto já é possível perceber, como anota Sophie Roux (2016, p. 206), que o referido princípio malebranchista representava uma formulação teológica para a ideia da universalidade das leis da natureza, tal qual concebida por Descartes. Assim como todos os deslocamentos dos corpos terrestres e celestes poderiam ser explicados pelas duas primeiras leis cartesianas do movimento, igualmente toda a variedade de acontecimentos e formas naturais poderia ser atribuída às leis gerais (ou *vontades gerais*) divinas. Segundo Descartes (2000, pp. 38-29), a primeira lei seria a da inércia, pela qual todo corpo continuaria no mesmo estado a menos que a colisão de outros corpos forçasse a mudança desse estado; a segunda lei prescreveria que, na colisão de dois corpos, um corpo não pode transmitir ao outro nenhum movimento a menos que perca ele próprio o movimento na mesma quantidade.

¹⁸⁸ Para Malebranche (1680, p. 82), vontade geral e lei geral são equivalentes, na medida em que a vontade e o poder de Deus são idênticos. Deus, contudo, age por meio de vontades gerais, e, não, particulares. Tais vontades, ou leis, são causas eficientes dos efeitos que ocorrem no mundo, os quais Deus não quis de modo particular, mas apenas em geral. Assim, não se pode dizer que Deus quis, em particular, o acontecimento do mal. Diferentemente, Deus permitiu que o mal acontecesse, como decorrência indireta de sua vontade geral.

¹⁸⁹ Tais leis gerais seriam, a conservação do movimento em linha reta e a comunicação do movimento entre corpos por meio da pressão de um sobre outro (ROUX, 2016, p. 206).

ação divina sobre o mundo, independentemente de qualquer conteúdo predefinido (ROUX, 2016, p. 206). Não se pode deixar de perceber aqui, inseminada no inovador conceito de legalidade malebranchista, a nota do formalismo exacerbado, característico da racionalidade lógico-formal que dominará o pensamento jurídico a partir de meados do século XIX e impulsionará a própria racionalidade burocrática, marcada por regras gerais e abstratas, conforme examinado no Capítulo 1 (WEBER, 1978, pp. 656 e 958).

Há que se destacar, porém, uma sutileza do pensamento desse filósofo: Malebranche (1680, pp. 86-88) acreditava que somente Deus era a verdadeira causa de todo movimento, uma vez que não possuía nenhuma causa anterior a si, o que levaria a concluir que todas as subsequentes articulações mecanicistas seriam apenas *ocasiões*¹⁹⁰ (ou causas secundárias, particulares)¹⁹¹ em que os efeitos decorrentes da vontade geral divina seriam diligente e necessariamente¹⁹² produzidos pelo próprio Deus, de acordo com as leis gerais que impôs à natureza. A legalidade geral malebranchista era, portanto, um elaborado esforço filosófico empreendido com o intuito de preservar a indispensabilidade divina na concatenação causal do mecanismo do mundo, agora percebido em função de medições, quantificações e regularidades. Nesse ponto, constata-se que a racionalidade de fundo teológico-cosmológico passou a servir de inspiração para a reformulação da racionalidade que operava o exercício do poder na sociedade. Desse modo, seguindo o exemplo de Deus, que naturalmente deseja *em geral*, também os homens deveriam evitar a vontade particular e se esforçar por buscar a construção de uma

¹⁹⁰ Gottfried Wilhelm Leibniz, com quem Malebranche trocava intensa correspondência filosófica, era igualmente partidário da tese sobre a legalidade universal e geral derivada das leis eternas identificadas em Deus. Entretanto, conforme advertiu Catherine Larrère (2016, p. 258), havia discordâncias quanto à percepção do funcionamento desse sistema de legalidade. O ocasionalismo malebranchista era repudiado por Leibniz como uma explicação eminentemente voluntarista para a teoria da causalidade, pois implicava a participação ativa de Deus em cada ocasião em que a natureza se pusesse em curso. Assim, pensava o filósofo alemão, em lugar de evitar vontades particulares, Malebranche acabava por tornar cada efeito da vontade divina, mesmo que geral, em um verdadeiro milagre (visto como ação particular divina). De maneira peculiar, Malebranche mesclou uma percepção intelectualista do cosmos, ordenado por leis gerais simples e açambarcantes, com um toque voluntarista, que requisitava a intervenção de Deus (ainda que mediante uma lei geral) a cada *ocasião* em que sua vontade geral necessitasse produzir os efeitos correspondentes. Como decorrência desse voluntarismo latente, o conhecimento humano das leis naturais seria limitado, dado que apenas a observação minuciosa dos efeitos da ação divina poderia revelar as relações de perfeição que ordenam o mundo (MALEBRANCHE, 1680, p. 8).

¹⁹¹ É curioso notar a semelhança entre o paralelo desenhado por Malebranche, entre causa verdadeira (vontade ou lei geral) e causa ocasional, e a dicotomia entre lei (vontade geral) e regulamento (ato de fiel execução da lei), tal como teorizada ao longo da Revolução Francesa, sob a influência de Jean-Jacques Rousseau. Para uma discussão detida sobre o desenvolvimento das relações entre lei e regulamento, ver Cravo (2014).

¹⁹² Os efeitos decorrentes da vontade geral divina operariam, senão sempre, ao menos na maior parte das vezes, visto que Malebranche admitia a existência de milagres.

vontade geral¹⁹³, vista como o único caminho para se alcançar o *bem geral*, ou seja, a ordem mantida de acordo com as relações de perfeição divinas (RILEY, 2009d, p. 110).

A irrupção da noção da *lei geral*, conforme destacou Michel Foucault (2004a, p. 240), teve o efeito de abalar o já referido *continuum* entre Deus e homem, contribuindo para afastar a racionalidade pastoral, a qual trabalhava sob a imagem de um Deus-soberano reinando por meio de atos particulares, em prol da salvação do indivíduo¹⁹⁴. Em substituição, surgiria uma nova racionalidade para o exercício do poder, agora fundada em princípios universais (leis gerais) e crescentemente dependente dos conhecimentos científico e tecnológico como ferramentas de dominação, como será analisado nas seções a seguir.

Malebranche (1680, pp. 47-48), em verdade, ultrapassou o mero formalismo legalista e ofereceu uma explicação mecanicista, cartesiana, para o funcionamento não apenas do mundo físico, mas também das relações sociais e do próprio comportamento humano. Argumentou que, à semelhança da sabedoria divina, um homem dotado de uma compreensão penetrante deveria formar sua vontade somente após medir e comparar os meios de execução à sua disposição em face dos correspondentes efeitos. Os juízos resultantes dessas comparações deveriam levá-lo à constatação das *relações de perfeição* que caracterizam a *ordem imutável*, divina, da qual deriva a razão. Somente a razão pura, clara, poderia levar o homem a se aproximar da ordem e da perfeição existente na conexão de seu espírito com Deus¹⁹⁵, afastando as más influências que a sensorialidade corpórea transporta para o espírito com a mesma pertinácia que uma máquina faz rodar suas engrenagens¹⁹⁶. Nesse ponto, o teólogo francês adverte que, ao aplicar a reflexão racional sobre a operação de *sua máquina* (sendo esta a junção de corpo e alma), o homem decerto

¹⁹³ O ocasionalismo de Malebranche, contudo, acarreta a negação lógica da possibilidade do livre-arbítrio humano, uma vez que a vontade de realizar o bem comum (a caridade) não seria causada pelo próprio homem, mas pela graça de Jesus Cristo, que a distribuiria de maneira finita aos homens, como a verdadeira causa de suas boas vontades (RILEY, 2009d, pp. 110-111).

¹⁹⁴ A respeito do caráter individualizante do poder pastoral, ver na nota de rodapé nº 173. Ainda vale novamente parafrasear Foucault (2004a, p. 177) a esse respeito, para quem o *pastor* não seria o *homem da lei* e nem sequer seu representante, sendo a sua ação, portanto, sempre conjuntural e individual.

¹⁹⁵ De modo inverso, seriam as sensações proporcionadas pelo corpo, em sua junção dual com o espírito, que forneceriam os elementos para a *imaginação*, ou seja, a formação de ideias subjetivas e sensoriais, cuja inclinação frequentemente caminha para corromper a pureza do reino do espírito, da razão e da ordem. Malebranche (1882, p. 130) entendia que as ideias claras, simples e racionais seriam a chave para afastar os fantasmas da imaginação, corrompida pelas sensações corpóreas, e, assim, aproximar o homem da ordem e da verdade oriundas da graça divina.

¹⁹⁶ Malebranche (1882, pp. 18-19) admite, contudo, que a ordem imutável, a razão pura, é inacessível à maioria dos homens em sua forma abstrata, visto terem a razão turvada por uma imaginação corrompida. Se não pela inteligência da virtude em si, a ordem poderia ser conhecida por meio do exemplo, da concretização na conduta exemplar de alguns poucos homens virtuosos, cujo comportamento admirável serviria de centelha para o desejo de imitação por todos os demais.

preferiria conduzir essa máquina do que se deixar levar por ela (MALEBRANCHE, 1882, p. 75). A razão, a relação de sabedoria entre meios e fins, não seria restrita a Deus, mas se estenderia, portanto, à humanidade, que deveria aplicá-la também aos assuntos de Estado:

Quanto mais as máquinas são simples e seus efeitos variados, mais elas são espirituais e dignas de estima. O grande número de leis de um Estado indica frequentemente a pouca penetração e extensão do espírito daqueles que as produziram, sendo sobretudo a experiência da necessidade, ao invés de uma sábia previdência, a causa dessas mesmas leis (MALEBRANCHE, 1680, p. 48). (tradução livre do autor)

3.2. *A invenção da razão de Estado e consolidação da racionalidade governamental*

Malebranche viveu e escreveu sua obra em um agitado período de transformações no modo como se produzia a ciência, na maneira como se concebia as ordens natural e social e, igualmente, na forma como os soberanos percebiam o exercício do poder. Como visto, seu pensamento foi diretamente influenciado pelas consequências da revolução científica, em particular, pelas teorias cartesianas. Todavia, é importante notar que também as mutações na racionalidade que operava o poder imprimiram marcas em seu ideário. Tal ideário pretendia, por sua vez, explicar o novel funcionamento do Estado (o qual passava a ser associado à imagem da *máquina*) em função de fundamentos filosóficos igualmente novos, por meio de sua teoria da *legalidade geral*. Cabe, portanto, explorar o contexto das continuidades e discontinuidades dessa nova racionalidade do poder, passado entre os séculos XVI e XVIII.

Foucault tratou da transição entre diferentes estilos de racionalidade como um abalo no *continuum* que entendia existir, desde o pensamento escolástico medieval, entre Deus e o homem. Esse abalo, contudo, não teria exatamente rompido aquela antiga relação, mas a teria transformado em uma outra (a partir de novos fundamentos), o que permitia a esse autor chamar atenção para o próprio processo da mudança nas ideais relacionadas ao exercício do poder, a que chamou de *governamentalização do cosmos* (FOUCAULT, 2004a, pp. 240-242).

Na mesma medida, Michel Senellart (2006, p. 48) destacou que a arte de governar não teria sido substituída, como resultado de um só golpe, pelo que viria a ser designado de *ciência de Estado*. Ao contrário, esse autor entendeu que a arte de governar havia se

transformado gradualmente, fazendo infiltrar nas armações do Estado, sob uma linguagem moderna, sedimentos discursivos por vezes bastante antigos. Em lugar de metáforas sobre rupturas, Senellart preferiu empregar como analogia, ao exemplo de Foucault, os processos de deslocamentos e acomodações geológicos, que ocorrem ao mesmo tempo lenta e poderosamente, sobrepondo “lâminas” (discursivas) deslizadas sobre camadas antes sedimentadas, conformando uma nova “paisagem”. É nesses moldes que esse autor enxergou o surgimento do conceito de *ragion di Stato* (razão de Estado), que pautou o desenvolvimento da racionalidade aplicada aos assuntos de Estado (NAPOLI, 2003, pp. 57-63), em meio a polêmicas dos séculos XVI e XVII, e após o que chamou de *perturbação maquiaveliana*.

Nicolau de Maquiavel (1469-1527) é frequentemente apontado como o precursor da teoria da *razão de Estado*, embora, como já afirmado anteriormente, a qualidade prudencial do governante e a preponderância do bem comum (da salvação do indivíduo) sobre os interesses particulares possuam genealogia muito mais antiga¹⁹⁷. Em verdade, de acordo com Senellart (2006, pp. 48-49), a proeza de Maquiavel esteve em subverter a tradição do gênero literário conhecido como *Speculum* (espelho), em que autores medievais ofereciam ao príncipe um manual prático para uma conduta virtuosa e idealizada enquanto governante da cidade (*polis*). No mesmo estilo de aconselhamento ao príncipe, Maquiavel abandonou o conceito humanista¹⁹⁸ de política, compreendido como a *arte da cidade*, da concretização do bem comum, para teorizar sobre virtudes exigidas de um governante¹⁹⁹ em prol da manutenção do *stato*, identificado pelo florentino com o próprio príncipe, ou com a forma de governo pela qual esse rege seu território. Em sua nova arte de governar, Maquiavel substituiu a moralidade pela *necessidade*, sobrepondo a utilidade (em favor do príncipe) ao ideal religioso de honestidade²⁰⁰ (SENELLART, 2006, pp. 225-230).

¹⁹⁷ Michel Senellart (2006, pp. 177-179) lembrou que Tomás de Aquino, revivendo a filosofia política aristotélica, fez da busca pelo *bem comum* (*utilitas publica*) o impulso que agrega a multidão e a transforma em sociedade, desejosa de manter sua subsistência. Assim, por força dessa *necessária vitae*, o monarca, enquanto líder da comunidade, tornava-se apto a conduzir o grupo social em direção à salvação comum, por meio da mediação pessoal dos inúmeros e diferentes desejos de seus súditos. Sobre o mesmo tema, Tierney (2001, pp. 189-190) igualmente salientou que Ockham empregava os termos *bem comum* e *utilidade comum* como sinônimos, tendo chegado a afirmar que um *governo justo existia para o bem comum, e não para a vantagem particular do governante* (para tanto, utilizou como fundamento o *Decretum* de Graciano, que fixava fórmula semelhante).

¹⁹⁸ Sobre o humanismo, ver nota de rodapé nº 156.

¹⁹⁹ Cumpre notar que Maquiavel (2013, p. 19) não tratou detalhadamente de todos os tipos de governantes, mas, em especial, dos *príncipes novos*.

²⁰⁰ Em célebre frase, Maquiavel (2013, p. 53) afirma que “*é preciso que o príncipe que queira manter a sua posição [stato] aprenda a nem sempre ser bom e a fazer uso da bondade segundo a necessidade*”.

Com isso, afirma Michel Senellart (2006, pp. 228), o discurso elaborado por Maquiavel introduziria um elemento genuinamente novo na política, que passaria a ser vista como uma esfera de ação autônoma frente ao domínio espiritual. Assim, essa nova arte de governar se afastaria de um *príncipe imaginário* e se apegaria apenas ao que é *real* (MAQUIAVEL, 2013, p. 53), ainda que esse realismo implicasse um *extrema mobilidade do espírito*, pela qual o governante, de maneira livre e criativa, lidaria com os rompantes da fortuna segundo as *necessidades* e variações de cada ocasião (SENELLART, 2006, p. 241). O agir conforme necessidades conjunturais decorreria, no pensamento de Maquiavel, do realismo que enxergava como fundamento do bem comum; não viria, portanto, da concórdia harmoniosa de interesses públicos e particulares, mas a violência das lutas entre interesses divergentes (CASTRO, 2005, p. 5), por meio de cuja acomodação o *viver livre* seria garantido (SENELLART, 2001, p. 225). Com isso, é possível observar claramente que a *ragion di Stato* maquiaveliana confrontava a racionalidade pastoral que Foucault argumentava então viger, ao recomendar um modo de exercício do poder que prescindia da cosmologia divina para resolver problemas empíricos resultantes da ordem social.

O ímpeto das ideias de Maquiavel tomou conta da Europa rapidamente, ainda que disfarçado de um movimento antimachiavelista, que procurava preservar o realismo político defendido pelo florentino, mas sem o incompatibilizar com a moralidade cristã (SENELLART, 2001, p. 229). Um dos primeiros a se destacar nessa tarefa²⁰¹ foi o jesuíta Giovanni Botero (1544-1617), ao produzir sua obra *Della Ragion di Stato* (1589), pela qual inaugurou o termo *razão de Estado*. Ali, o jesuíta italiano procurou substituir o discurso do machiavelismo, enquanto tecnologia da habilidade principesca fundada na guerra, por uma arte singular de governar segundo o interesse do Estado. E, diferentemente de Maquiavel, que identificava o interesse do Estado com o do príncipe, Botero enxergou na promoção dos interesses particulares²⁰² dos cidadãos a chave para a tranquilidade social que a própria razão de Estado teria por fim conservar. Aqui, é importante notar que o termo *interesse* aparece no século XVI como um *cálculo racional em vista de uma vantagem* (SENELLART, 1992, p. 31), assemelhando-se à racionalidade

²⁰¹ Outro autor destacado por Senellart (2001, p. 229) é Justus Lipsius (1547-1606), que publicou seu livro, *As políticas*, também no ano de 1589, na forma de um tratado de governo, e não mais como um manual do príncipe.

²⁰² Com sua frase “os interesses aquietam a todos”, Botero (1606, p. 106) explicava que a realização de grandes empreendimentos, capazes de mobilizar os interesses particulares de significativa parcela da população, garantiriam a paz interna de um Estado.

weberiana de tipo instrumental, analisada no Capítulo 1. Contudo, apesar de ter sido um vocábulo emprestado das práticas usurárias, o *interesse* passou a dispor de um significado ambivalente, podendo conotar tanto um proveito particular como uma utilidade pública. Nesse fluxo, a expressão *interesse* perde um pouco de seu caráter amoral, ligado às práticas comerciais, ligando-se ao antigo sentido do *utilitas*, atrelado à moralidade medieval do *bem comum*.

A partir de Botero (1606, p. 1), o antimachiavelismo passou a distinguir o Estado da pessoa do príncipe. O Estado tornou-se a matéria a partir da qual o rei, qual o um artesão, entalha e empresta forma, com o objetivo de alcançar um fim, o bem comum, identificado pelo jesuíta com a segurança pública e a tranquilidade social. Na famosa fórmula de Botero, o Estado é o “*domínio firme sobre uma população*”, e a razão de Estado é o “*conhecimento dos meios aptos a fundar, conservar e engrandecer uma tal dominação*”. Michel Senellart (1992, p. 37-39) anota, com isso, que a originalidade de Botero consistiu em definir o Estado de maneira objetiva, até mesmo quantitativa²⁰³, substituindo o *catálogo de virtudes* do príncipe pela *contabilidade das forças* detidas por um Estado, a prudência pela ciência (SENELLART, 2001, p. 58-60). Desse modo, o autor ressaltou que a visão objetiva de Botero sobre o Estado contrastava com o historicismo de Maquiavel, que buscava as origens históricas do Estado, e com o discurso jurídico de Jean Bodin (1530-1596), que classificava as formas jurídicas do Estado segundo os tipos de soberania. A comentada originalidade de Botero marcou o início do processo de formação discursiva que operacionaliza o Estado moderno, que Foucault (2004a, p. 169) entendia nascer, efetivamente, no momento em que a prática política se tornava calculada e refletida.

O esforço de Botero, como conclui Senellart (1992, p. 38), consistiria em conciliar duas exigências contraditórias: a primeira é política, e equivale à máxima de que o Estado deve tender a alcançar o máximo de seu poder para continue a existir; a segunda, eclesiástica, requer que o Estado não seja tão forte a ponto de não conceber uma autoridade superior (como a seria o caso da Igreja). Nesse esforço conciliatório, ainda segundo o autor, Botero preferiu escorar os pilares do bem comum (a segurança pública) na força da indústria, ao invés de o amparar no jugo da violência ou da submissão, inventando o conceito de *ragion di Stato* para contrapor a *ragion d'interesse* do príncipe

²⁰³ Senellart (1992, p. 37) ressaltou que a visão objetiva de Botero sobre o Estado contrastava com o historicismo de Maquiavel, que buscava as origens históricas do Estado, e com o discurso jurídico de Jean Bodin, que classificava as formas jurídicas do Estado segundo os tipos de soberania.

maquiaveliano. Ao ilustrar seu pensamento, o jesuíta italiano chegou a apontar o seu modelo de racionalidade governamental, que já não seria Roma ou os demais impérios conquistadores, ao gosto de Maquiavel, mas a China, cujo sucesso em conservar seu gigantesco e populoso Estado consistia justamente em evitar conquistar territórios novos, detendo-se, antes, em aperfeiçoar a indústria, fomentar o cultivo e em incentivar o crescimento populacional, sendo essa a receita de sua invejada autossuficiência (BOTERO, 1606, pp. 350-360). Assim, a própria definição de Estado deixava de necessitar de um domínio absoluto sobre sua população, mas um domínio apenas *firme* (*dominio fermo*), cuja racionalidade não mais poderia ser reduzida a um cálculo hábil ou a uma vontade superior e absoluta, associada à figura transcendental do soberano. Diferentemente, seria *um saber técnico manejado pelo príncipe, artífice de seu próprio Estado, para aumentar o seu poderio por meio da prosperidade comum* (SENELLART, 1992, p. 39).

As ideias de Estado e de sua racionalidade, ao se desembaraçarem da figura do príncipe e de seu correlato despotismo, se aproximaram da embrionária disciplina econômica, identificada àquela época com as práticas e ideias mercantilistas. Nesse sentido, Foucault (2004a, p. 104) sublinhou que a busca por uma nova arte de governar, centrada na noção de razão de Estado, correlacionava-se diretamente com o mercantilismo²⁰⁴, visto como o conjunto de princípios doutrinários dedicados a racionalizar o exercício do poder estatal, com o fim de lhe aumentar poder e a riqueza. Nesse intento, os interesses do governante passaram a se identificar com os dos súditos, na medida em que o aumento da prosperidade individual significava maior capacidade de gerar renda tributária para o reino, aumentando-lhe o poder e prestígio entre os pares. Antoine de Montchrétien (1575-1621), um dos principais teóricos do mercantilismo, publicou em 1615 seu *Traicté de l'Oeconomie Politique*, pelo qual invertia a lógica anterior de submissão dos interesses da população aos do príncipe, afirmando que:

²⁰⁴ O mercantilismo foi um conjunto de ideias e práticas que prosperou durante o século XVII, marcado por uma política econômica que, mais tarde, deu vida ao *laissez faire*. O mercantilismo é largamente associado à figura de Jean-Baptiste Colbert, um dos principais ministros de Luís XIV, bem como às teorias de Antoine de Montchrétien, para quem o modelo ideal de governo monárquico seria o da casa familiar, tendo, a partir dessa ideia, cunhado a expressão *política econômica*. Nesse arquétipo, o rei deveria fomentar atividades produtivas de seus súditos, no intuito de aumentar, consequentemente, a riqueza do próprio Estado. Junto com o projeto do estímulo aos interesses individuais, vinha acoplada a ideia de nação, da qual os cidadãos deveriam sentir-se parte, ao contribuir para a sua glória. No mercantilismo, assim, o principal objetivo de um governante é incrementar a riqueza e o poderio do reino, medidos em população, território e renda (KEOHANE, 2017, pp. 157-165).

As atividades privadas perfazem a pública. A casa tem primazia em relação à cidade; a vila em relação à província; a província em relação ao reino. Assim, a arte da política depende mediatamente da econômica; e, como elas têm uma a ligação de conformidade, a primeira deve tomar para si o exemplo da segunda. Pois o governo doméstico, se bem considerado, é um padrão e modelo para o público; seja se considerado o reto comando, seja a fiel obediência, ligação principal de um e de outro (MONTCHRÉTIEN, 1889, p. 17). (tradução livre do autor)

Montchrétien (1889, p. 18) não apenas fazia da casa uma metáfora para a *boa administração* do reino, mas também percebia nas proporções e nas medidas observadas na natureza o modelo racional que deveria ser imitado pelo rei, em seu propósito de fomentar as atividades úteis e inibir as condutas maléficas dos súditos. Nesse sentido, quantificar a *medida* do reino, conhecer a sua real riqueza e seu verdadeiro poder, era a condição indispensável para calcular a *proporção* das providências administrativas que necessitariam ser tomadas em prol do incremento da utilidade comum (prosperidade material). Esse movimento do século XVI, tendente a um conhecimento objetivo da sociedade, do qual faziam parte Botero e Montchrétien²⁰⁵, introduziu uma verdadeira *preocupação estatística*, que contribuiu para a formação dos Estados administrativos²⁰⁶, com sua racionalidade guiada pelo *bem quantificar (conhecer) para bem governar (administrar)* (REYNIÉ, 1992, pp. 44-50).

Numa via diferente, porém não menos relevante para bem se compreender a transição para *racionalidade pastoral* para a *governamental*, situava-se Gabriel Naudé (1600-1653), ao fundar sua noção de *coups d'États* (golpes de Estado) numa subjetividade intuitiva e transcendente, que negava qualquer possibilidade de objetivação tal qual pretendida por Botero e Montchrétien. Na definição de Naudé (1679, p. 100), os golpes de Estado, que equivaliam ao seu conceito próprio de razão de Estado, eram também chamados de *arcana imperii* (segredos de governo)²⁰⁷ ou *maximes d'États*

²⁰⁵ Além desses dois autores, Dominique Reynié (1992, p. 49) acrescenta Bodin, de Montand, Froumenteau, Charron, Bocalini e Pufendorf, na virada do século XVI para o XVII.

²⁰⁶ A respeito do significado de Estado administrativo, ver a tipologia de Unger, exposta no Capítulo 1.

²⁰⁷ Nesse ponto, é interessante abordar a análise que Michel Senellart (2006, pp. 300-3001) faz a respeito dos *arcana imperii*, os segredos do poder. Esse autor trata das duas concepções sobre os *arcana*: de um lado, há a ideia da insondabilidade das deliberações soberanas enquanto exaltação da transcendência do príncipe, inspirada em Jean Bodin e explorada por Gabriel Naudé, a qual reproduz o discurso absolutista por meio de um esquema místico-político de origem medieval; de outro, por oposição, surge a noção dos segredos de Estado agora dentro de um quadro de imanência do príncipe em relação à sociedade, sendo tais segredos decorrentes da produção de um conhecimento preciso sobre o Estado e da administração regrada dos homens e das coisas. O segredo de Estado passa a se reconhecer na *técnica política* que então se inventava. Vale anotar, como relembrou Senellart (2001, p. 56-60), que a partir da segunda metade do século XVI, a literatura dos espelhos sofreu uma rápida transformação, passando a contar com livros

(máximas de Estado), consistindo num “*excesso do direito comum praticado por causa do bem público*”, ou mais extensamente, como:

(..) ações ousadas e extraordinárias que os príncipes se veem obrigados a executar frente a assuntos difíceis e desesperados, contra o direito comum, e sem qualquer referência a ordem ou a forma de justiça, comprometendo o interesse do particular, por causa do bem do público (NAUDÉ, 1679, p. 110). (tradução livre do autor)

Enquanto Botero e Montchrétien pressupunham a existência e a obediência de regulamentos positivos, pensados de forma a produzir resultados eficazes em prol da máxima utilidade pública, Naudé valorizava o hermetismo, a intuição inerente a uma modalidade de prudência extraordinária, incapaz de ser racionalmente sistematizada, que somente os detentores do poder eram autorizados a usar. A legitimidade subjetiva do soberano, secreta e insondável, dá à luz uma ação que ocorre antes de todo pensamento, ou qualquer avaliação jurídica ou moral. Na famosa fórmula de Naudé (1679, p. 111), corresponde a uma “*execução que precede a sentença*”, o que não poderia ser mais diferente da racionalidade marcadamente causal proposta pelos entusiastas das práticas mercantilistas (NAPOLI, 2003, p. 60).

Apesar das dissemelhanças entre os projetos subjetivista e objetivista em torno da *raison d'État*, ambas as orientações se mesclaram para configurar uma nova forma articulação jurídica, distinguida pelo matiz do saber prático: a *polícia do Estado*. A passar por uma requalificação ao longo do século XVII, a polícia foi transformada em instrumento privilegiado do poder monárquico modernizador, obcecado por dotar o Estado de uma identidade objetiva, ainda que os meios para tanto empregados fossem ambíguos, oscilando entre o projeto quantitativo de Botero e Montchrétien, e o ímpeto voluntarioso e insondável do soberano teorizado por Naudé. A respeito dessa ambiguidade, vale notar que Foucault (2004a, p. 268) não enxergava nela uma verdadeira oposição entre distintas versões de razão de Estado. Ao contrário, identificava na noção de *golpe de Estado*, formulada por Naudé, uma confirmação da validade geral das

dedicados a descrever e computar as riquezas dos Estados, alguns dos quais tratavam tais informações com confidencialidade, de forma cifrada, pois serviriam ao consumo exclusivo do soberano, à maneira como os mercadores mantinham sua escrita secreta a respeito dos recursos das capacidades de seus negócios. Essa ilustração é retirada por Senellart (2001, p. 56-60) da obra de Scipione Ammirato, *Discordi sopra C. Tacito*, de 1594). Outros exemplos da transformação da literatura dos espelhos, convertidos em coletâneas de informações sobre o Estado, são as obras Sansovino (*Del governo et administratione di diversi regni et republiche*, de 1567) e de Botero (*Relazione universali*, de 1592).

regulamentações estatais, na medida em que o caráter excepcionalíssimo dos usos legítimos dos *arcana imperii* atestariam a necessidade de obediência à legalidade geral e objetiva em todas as outras hipóteses. De certa forma, é possível vislumbrar, nesse intrincado processo de formação discursiva em torno da ideia ambivalente de razão de Estado, os contornos do discurso jurídico que envolve a conciliação entre poder discricionário do administrador (nele incluída a *discricionarietà técnica*) e o dever de submissão à *legalidade estrita*, conforme abordado no Capítulo 1. Lá, como aqui, a legitimidade da ação desenvolva e irrefreada de uma autoridade estatal é condicionada a eventos excepcionais e, ainda assim, necessariamente guiados pela consecução de um objetivo-chave: o *bem*, ou a *utilidade, comum*.

O processo de formação discursiva da nascente racionalidade governamental, pleno de continuidades e descontinuidades, passa pela afirmação da *polícia* como um conjunto de técnicas específicas que permitiam o exercício de poder (governo) sobre a população em função da ideia de razão de Estado (FOUCAULT, 1988, p. 816). A ambiguidade dessa noção de razão de Estado, acima já comentada, permeou igualmente a atividade de *polícia*, a qual tanto proporcionava aos soberanos os instrumentos jurídicos para intervir na ordem social a partir das diretrizes gerais e abstratas, calculadas em função do conhecimento que o Estado passou a ter de si mesmo (conforme a razão instrumental de Montchrétien e Botero), como abrigava também medidas pontuais e específicas, calculadas apenas intuitivamente pelo soberano em função das circunstâncias conjunturais e mutáveis do cotidiano (racionalidade mais afeita a prudência extraordinária de Naudé). A ambivalência inicial por trás da racionalidade da polícia caminhou para alcançar, no século XVIII, a objetivação da identidade estatal (ao menos na França²⁰⁸), possibilitando a junção de um projeto de governo dos homens e das coisas com uma multiplicidade de instrumentos necessariamente condicionados ao caso concreto (NAPOLI, 2003, pp. 55-60).

3.3. O desenvolvimento da polícia enquanto tecnologia de governo

O termo *polícia* guarda origens medievais, sendo resultado de uma variação etimológica da palavra *politia* (política), com o sentido de regulamento, governo e boa

²⁰⁸ Vale notar que essa ambivalente racionalidade da atuação da polícia administrativa, em particular, é fruto das peculiaridades inerentes ao absolutismo francês do século XVII, marcado por uma monarquia forte e centralizadora, favorecendo um estilo de governar inclinado à prudência extraordinária (racionalidade intuitiva e conjuntural) concebida por Naudé (SEHELLART, 2006, pp. 285-286).

ordem relativos à cidade. Em seu nascedouro, não existia diferença entre a *polícia* e a *política*, tal qual essa fora tratada por Aristóteles (NAPOLI, 2003, pp. 31-33). Jean Bodin, em 1576, e Montchrétien, em 1615, davam testemunho dessa indiferenciação de sentidos (entre *polícia* e *política*) ao criticarem Aristóteles e Xenofonte pela tentativa de separação entre a economia (entendida como administração da casa, da cidade) e a *polícia*, o que equivaleria a desmembrar o todo de sua parte principal²⁰⁹. O governo da cidade e a administração da casa (economia) eram comparáveis, na concepção mercantilista de mundo, como já visto²¹⁰. Entretanto, a partir do século XIII, começara a despontar uma diferenciação funcional no emprego dos termos *política* e *polícia*, apesar da equivalência essencial de seus significados. Michel Foucault (1988, p. 818) e Paolo Napoli (2003, p. 33) ressaltaram que, enquanto o vocábulo *política* era reservado a uma *techné* aplicada à sociedade dos homens, enraizada no âmbito do saber, da filosofia, o termo *polícia* passava a ser manejado, ao lado da expressão *governo*, para designar o domínio onde a prática do saber político realmente se concretizava. A *polícia*, assim, adquiria uma racionalidade instrumental e prática (identificada com a *racionalidade governamental* foucaultiana, já abordada), sendo a expressão preferida para a redação dos atos legislativos, representando uma tradução particular e material da *política*.

A disciplina governamental na França

O escopo da atividade policial crescia à medida das necessidades de centralização da monarquia francesa, a partir do início do século XV. Surgia então a expressão *polícia geral*, inserida numa ordenação real datada de 1413, denotando que a intervenção do rei em favor do bem público passava a ser global. Como assinala Napoli (2003, pp. 37-38), o alargamento da noção de *polícia geral*, que passava a incluir temas tão diversos como o domínios reais, moeda, impostos, magistrados, águas e florestas, terminou por abranger a totalidade do governo político ao fim do século XVI, equivalendo ao estabelecimento da ordem no país como um todo. Jean Domat (1625-1696), considerado um dos principais juristas do reinado de Luís XIV, entendia a *polícia geral* como o meio pelo qual o governo soberano zelava pela ordem universal do Estado e pelo bem público, estendendo-se a polícia pela administração da justiça, pelas armas, pelas finanças, e por tudo aquilo que pudesse demandar o uso de autoridade, incluindo a designação das ocupações das pessoas em prol do estabelecimento da referida ordem (DOMAT, 1829, p. 28). Em outra

²⁰⁹ Bodin (1629, p. 10) e Montchrétien (1889, p. 31) utilizam exatamente a mesma metáfora.

²¹⁰ Sobre o mercantilismo, ver a nota de rodapé nº 204.

passagem de sua obra, Domat (1889, p.150) comparou a capacidade da polícia em conferir ordem à sociedade ao poder divino que atribuía a ordem natural ao mundo. Desse modo, assim como Deus criou o mar e rios para permitir a comunicação entre os homens, assim também a polícia propiciava a formação e a ordenação das vilas e reinos, nos quais os homens se reúnem e se comunicam por meio de estradas, ruas e praças públicas.

Percebe-se, em seu início, que a atividade da polícia não deixava de buscar um paralelo legitimador entre as ordens social e natural, sob a inspiração de uma cosmologia divina e ainda próximo a uma racionalidade pastoral. Nesse contexto, polícia passou a designar a condução da coisa pública em seu conjunto, uma arte da busca pelos meios aptos a promover a ordem social, cuja realização ganhava o nome de *boa polícia* (boa constituição da vila ou do reino).

Na virada do século XVI para o XVII, a polícia começou a se distinguir como disciplina específica do direito (independente dos direitos civil, criminal e processual). A particular missão da polícia era a de realizar o bem-estar da comunidade, o que exigia, como decorrência direta do poder monárquico, a edição de regulamentos destinados a todos os cidadãos de um dado território. O ato regulamentador, portanto, excedia os poderes de um simples juiz, que apenas possuía atribuição para administrar a justiça aos casos concretos levados ao seu conhecimento. A diferenciação do direito de polícia como uma disciplina jurídica autônoma foi primeiro feita na França por Charles Loyseau (1566-1627), em seu *Traité des Seigneuries*, em 1608. Loyseau (1701, cap VIII, p. 45) definiu o direito de polícia como a capacidade de fazer regulamentos pertinentes ao repouso e à comodidade do povo, o que representaria, segundo esse autor, um degrau de poder acima da administração ordinária da justiça. Os *regulamentos de polícia*, portanto, derivavam sua legitimidade da capacidade legislativa própria do poder soberano²¹¹, materializando-se em ordenações de caráter geral que visavam gerar utilidade pública²¹² ao Estado (NAPOLI, 2003, pp. 46-49). Nesses termos, o “direito de polícia” passava a se apresentar como um instrumento que impulsionava o rompimento do já comentado *continuum* entre Deus e o homem, caracterizador da racionalidade pastoral.

Mais que dirigir ou governar as coisas materiais de um reino, a polícia passou a estender seu poder ordenador às pessoas, à vida humana em todas as suas dimensões, à

²¹¹ Em outra passagem, Loyseau (1701, Cap. IX, p. 47) deixou claro que a missão do príncipe consistia em pacificar e ordenar o Estado por meio de leis gerais, cabendo aos barões, por legitimidade própria, ainda que desdobrada do poder monárquico, expedir regulamentos particulares de polícia.

²¹² Sobre as noções de *bem público* e *utilidade pública*, oriundas das teorias escolásticas, ver a nota de rodapé nº 197.

medida que o caráter individualizante da *racionalidade pastoral* era, gradualmente, substituído pela *racionalidade governamental*, marcada pelo crescente ímpeto de generalizar e calcular. Nesse sentido, no entender de Foucault (1988, p. 822), a polícia constituía uma nova *tecnologia do poder*, cujas técnicas permitiam integrar o indivíduo ao todo social, segundo uma racionalidade condizente com o que então se entendia por *razão de Estado*. O interesse da polícia recaía, antes de tudo, no homem em meio a suas relações de propriedade, almejando regular-lhes a produção e o comércio, com o fim de aumentar a utilidade pública do reino. Segundo Foucault, o verdadeiro objeto da polícia era o homem vivo, ativo e produtivo, enxergado (pela atividade policial) como o principal meio para o engrandecimento do Estado. Tal objetivo foi expressamente declarado por Nicolas Delamare (1705), no prefácio de sua obra *Traité de la Police*, ao afirmar que a polícia se destinava a *conduzir o homem à mais perfeita felicidade de que pudesse gozar em vida*²¹³. A polícia representava, então, a ideia da perfectibilidade do Estado e mesmo de sua população, ao se propor a disciplinar (com um tom generalizante) cada detalhe e miudeza da vida do cidadão, no afã de sempre conferir à realidade uma parcela adicional de ordem. Como recorda Paolo Napoli (2003, pp. 55 e 63), as práticas e a racionalidade da regulamentação de polícia guardam o gérmen de nossa condição contemporânea de sujeitos “administrados”.

Na França, o ápice dessa racionalidade governamental, instrumentalizada pelos regulamentos de polícia, poderia ser encontrada no original no pensamento original e vanguardista²¹⁴ de Charles-Irinée Castel de Saint-Pierre (1658-1743), mais conhecido como Abade de Saint-Pierre²¹⁵ (LARRÈRE, 2016, p. 251). Para Saint-Pierre (1738, p. 288), o papel da disciplina jurídica, mais especificamente da polícia, seria prescrever bons regulamentos e “estabelecimentos”²¹⁶, aptos a promover a punição dos injustos e a recompensa dos benfeitores. Seria por meio desses regulamentos, ou leis, que o corpo

²¹³ Para tanto, os regulamentos de polícia se destinavam a disciplinar todos os aspectos da vida humana, os quais Delamare (1705) distinguiu como *alma, corpo* e *fortuna*. Essa última seria determinada pela boa polícia em relação às duas primeiras facetas, cujos regulamentos alcançavam a religião, os costumes, o abastecimento, as vias públicas, a segurança, dentre inúmeros outros temas.

²¹⁴ Em alguns aspectos, o pensamento de Saint-Pierre antecipa tendências que serão dominantes décadas depois, a partir da teoria econômica fisiocrata, como será abordado na seção seguinte.

²¹⁵ O Abade de Saint-Pierre foi fortemente influenciado pelo cartesianismo mecanicista de Malebranche, sendo, porém, menos afeito a divagações da metafísica teológica do que à investigação empírica da razão prática humana. Ele recebeu educação jesuíta, que foi seguida por quatro anos de estudos em física, depois abandonada para dar lugar a reflexões sobre a moral (SAINT-PIERRE, 1733, p. 325).

²¹⁶ De acordo com Saint-Pierre (SAINT-PIERRE, 1738, p. 288), os *regulamentos prescreveriam aos cidadãos o que eles deveriam ou fazer, ou evitar*. Ao passo que os *estabelecimentos implicam um certo número de homens pagos pelo Estado, e suficientemente investidos e interessados em fazer cumprir os regulamentos*.

político (o Estado) *se forma, se conserva e se fortifica*. De acordo com esse Abade, os regulamentos de polícia deveriam ser elaborados conforme as prescrições de uma disciplina a que veio chamar de *ciência do governo*, consistente no estudo daquilo que pudesse ser útil ou nocivo à sociedade, englobando, com esse objetivo, todas as demais ciências capazes de auxiliar nessa tarefa. Os conhecimentos vindos de outras ciências seriam *úteis* na medida em que *umentassem a felicidade dos homens*, sem esquecer de *fornecer os meios mais eficazes para esse efeito*²¹⁷ (1734, pp. 3-18). O Abade empregava um conceito de razão não somente *prática*, mas também *empírica*, visto que a inclinação humana pelo autoaperfeiçoamento, por aumentar o bem e diminuir os males, não seria um empreendimento da metafísica jurídica²¹⁸, como ensinavam Grotius e Pufendorf, mas, antes, uma atividade a ser executada segundo o método demonstrativo cartesiano²¹⁹.

A razão no pensamento de Saint-Pierre era evidentemente instrumental, pois se concentrava na avaliação da eficiência dos meios necessários para alcançar um fim prático. E a medição dessa eficiência deveria ser, tanto quanto possível, dominada pela exatidão e rigor do cálculo matemático, que seria o único caminho capaz de aproximar o discurso político dos problemas práticos experimentados pela humanidade. A política, agora qualificada como *aritmética política*, teria a missão de alcançar a maior felicidade possível da sociedade e seria o objeto principal da *ciência do governo*, posicionada acima das demais disciplinas, mas escorada numa relação próxima com direito. Com sua racionalidade instrumental e utilitarista, Saint-Pierre defendia que o Estado passaria a se comportar como uma *máquina perpétua*²²⁰ no momento em que suas leis fossem sábias e

²¹⁷ Saint-Pierre é considerado um dos pais da filosofia utilitarista, reconhecido por vários autores como o pioneiro no reconhecimento do princípio da utilidade, submetido ao cálculo matemático, como o único princípio diretor da ação humana, antes mesmo da edição das obras de Jeremy Bentham (DUNGEN, 2000, pp. 24-25).

²¹⁸ Convém ressaltar que a ideia de racionalidade em Saint-Pierre, por sua vez, foi influenciada não só por Malebranche, mas também pela filosofia moral de Pierre Nicole (1625-1695), de quem era amigo. Nicole enfatizava os benefícios que advêm da ganância humana, resultando numa diminuição relativa da importância dos motivos em relação aos meios. Por sua vez, vale lembrar que Nicole foi igualmente inspirado por Antoine de Montchrétien (1575-1621), notório por cunhar o termo *economia política* e por salientar os benefícios da avarizia (KEOHANE, 2017, pp. 164 e 297).

²¹⁹ A esse respeito vale transcrever as palavras de Saint-Pierre: “É espantoso como encontramos pouco de verdade prática, ou de métodos bem demonstrados, nos políticos antigos. Eles lançavam sobre o papel grande número de proposições, as quais tinham alguma aparência de verdade e utilidade. Eles discursavam quase sempre sem remontar aos princípios, e foi propriamente ao fim do século passado, quando se pôs em prática o excelente método do grande Descartes, que nós começamos a reduzir nossos discursos políticos a uma espécie de cálculo aritmético, de modo a formular demonstrações; é o meio de aproximar as lições da política, da prática e da experiência, que demonstram melhor que tudo a excelência de um projeto. (SAINT-PIERRE, 1734, pp. 25-26)” (tradução livre).

²²⁰ Saint-Pierre afirmava que, diferentemente das *máquinas corporais* feitas pelos homens, as quais perecem todos os dias por variadas razões, as *máquinas perpétuas*, como o são as máquinas políticas (o Estado),

seus regulamentos e estabelecimentos (ou instituições) desenhados de forma a se autoaperfeiçoarem continuamente: distribuindo de forma justa as honorarias, punindo rigorosamente as infrações e divulgando, de modo convincente e amparado em cálculos, os motivos de cada disposição legal. Tais regulamentos deveriam ser tantos e tão precisos quanto o necessário para que cada comissário do Estado pudesse, ao perseguir seu próprio interesse em ser recompensado honrosamente, alcançar ao mesmo tempo o prazer de zelar pelo interesse público (SAINT-PIERRE, 1738, p. 302). O Estado juridicamente estruturado nesses termos não dependeria da figura isolada de um monarca, uma vez que a eficiência do funcionamento da *máquina* estatal seria impulsionada pelo caráter impessoal e preciso dos *experts*²²¹, reunidos em colegiados²²², por meio dos quais seriam incentivados a combinar seus conhecimentos científicos variados em proveito do interesse público.

A particularidade alemã

Diferentemente do caso francês, no qual a versão da racionalidade governamental predominante²²³ conservava uma dose de ambiguidade interna (conciliando Botero, Montchrétien e Naudé), a razão de Estado alemã²²⁴ concentrou-se no aprofundamento do saber especializado sobre o Estado como alavanca para assegurar a sobrevivência em meio a um equilíbrio de forças, conforme sugerido por Arnold Clapmar, em seu livro *De arcanis rerum publicarum* (1605)²²⁵. Esse saber especializado, muitas vezes registrado em latim, era a língua dos doutos (dos *experts*), com sua técnica inacessível à população,

renovam-se cotidianamente pela multiplicação de bons regulamentos, os quais acabam por fortificar os anteriores (SAINT-PIERRE, 1738, pp. 289-290).

²²¹ Keohane (2017, p. 373) explica que Saint-Pierre, no intuito de conferir maior legitimidade às decisões estatais, defendia a colegialidade das deliberações, de modo a que cada membro tivesse vergonha de ser flagrado dobrando a política aos seus próprios interesses, bem como a incentivar o compartilhamento de informações e expertises entre os colegas.

²²² Esse sistema de tomada de decisão baseado na pluralidade de conselhos, que teriam a função de depurar os fatos e os argumentos, foi chamado por Saint-Pierre (1718, p. 3) de *polysinodie*.

²²³ É preciso salientar que o pensamento político de estilo cartesiano, sustentado por Saint-Pierre, não chegou a influenciar diretamente o exercício do poder na França, exceto de modo periférico, como no caso da reforma fiscal na região de Limoges (SAHD, 2003, p. 149)

²²⁴ Ao analisar o caso da *ratio status* alemã, Senellart (2006, pp. 290-291) recorreu à obra de Bogilaw Chemnitz, *Dissertatio de ratione status* (1647), na qual o autor afirmou que a razão de Estado do Império germânico consistia em expulsar os Habsburgos, dar maior independência possível aos príncipes e organizar uma espécie de confederação aristocrática com a direção simbólica de um imperador desprovido de todo poder.

²²⁵ Segundo anotado por Senellart (2006, p. 297), o referido livro empresta algumas de suas ideias de Botero.

conferindo legitimidade à racionalidade estatal (SEHELLART, 2006, pp. 284-286)²²⁶. Como será abordado adiante, essa diferenciação alemã levou ao surgimento do chamado *cameralismo*²²⁷ no século XVIII, tido como uma variação alemã das práticas mercantilistas que então dominavam a Europa. No mesmo passo, na Alemanha despontou também a *Polizeiwissenschaft* (ciência da polícia), que procurava cientificizar as técnicas da polícia geral que, na França, eram então apenas um conjunto organizado de saberes práticos, tal qual Nicolas Delamare²²⁸ apresentava em sua extensa obra.

O Império Alemão empregava o termo *polizei*, ou *policey* (polícia) com o significado de *boa ordem* ao menos desde o século XV, provavelmente por influência da chancelaria do Duque da Borgonha (LABORIER, 1999, pp. 10-11). Mas somente a partir do fim da Guerra dos Trinta Anos, em 1648, a polícia deixaria de ser uma prática de intervenção *ad hoc*, improvisada, para se transformar numa técnica sistematizada de imposição de medidas governamentais, o pilar estrutural do regime absolutista que os príncipes alemães se puseram a erguer para fazer frente ao poder imperial. Os príncipes do fracionado território germânico passaram a empregar a polícia como instrumento de regulação social e econômica, manejada por um sistema burocrático criado para esse fim, e institucionalizada por meio de uma educação universitária igualmente projetada para suprir tal necessidade. Era o que viria a se chamar de *Estado de polícia* (*Polizeistaat*), inspirado pela racionalidade estatal antes teorizada por Botero, posta em prática pelo corpo de funcionários especialmente treinados em técnicas de gestão administrativa: os *cameralistas*²²⁹. A combinação entre o *saber* e o *saber-fazer* seriam sistematizadas numa ciência da polícia (*Polizeiwissenschaft*), unindo professores universitários, altos funcionários do estrato político e burocratas empenhados em mover as engrenagens da recém montada burocracia alemã²³⁰ (LABORIER, 1999, p. 9).

²²⁶ Nessa obra, Clapmar propiciou a transposição do significado dos *arcana imperii*, que perderam sua acepção de mistério para dar lugar ao mister, caminhando de par com a evolução da palavra *ministerium* (ofício, função), contraída em baixo latim com *mysterium*. Assim, os *arcana*, dentro da racionalidade da razão de Estado germânica, correspondiam a técnicas ocultas (*occultae artes*) que serviriam à manutenção da estabilidade pública. Eram identificadas com os saberes e linguagens herméticos dos juristas, com as obras teóricas escritas em latim.

²²⁷ O termo *cameralismo* provém das câmaras (*Kammer*) dos Estados territoriais alemães do século XVII, onde atuavam os altos funcionários da nascente burocracia alemã, os *cameralistas* (*Kameralisten*), ocupados no aconselhamento das deliberações do príncipe (SEPPEL, 2017, p. 1).

²²⁸ Delamare foi, ele mesmo, um prático da polícia do Estado, tendo ocupado o cargo de comissário de polícia junto ao Châtelet, de 1673 a 1710 (NAPOLI, 2003, p. 65).

²²⁹ Ver a nota de rodapé nº 227.

²³⁰ Seelaender (2009, pp. 78-79) aponta que as práticas cameralistas igualmente alcançaram outros países europeus, a exemplo de Portugal, os quais passavam por momentos de crise econômica, buscando, assim, novas técnicas destinadas a modernizar a máquina administrativa e aumentar as receitas estatais.

Em 1656, Veit Ludwig von Seckendorff (1629-1692), sendo ele próprio ao mesmo tempo um acadêmico e um cameralista, publicou, a pedido do duque de Gotha, o seu *Teutscher Fuerstenstaat* (“O Estado principesco alemão), um manual de prescrições sobre a *boa polícia* (*gute Policy*), destinado a outros altos funcionários. Com essa obra, ajudou a conferir um novo significado à expressão *boa polícia*, que perdia seu significado de regime político da boa ordem (numa ainda racionalidade pastoral) para ganhar a aceção de poder de centralização administrativa e de diferenciação funcional das atividades do Estado (NAPOLI, 2003, p. 370), abrindo o caminho para uma racionalidade propriamente governamental. O modelo político idealizado por Seckendorff, inspirado na constituição do principado do duque de Gotha, a quem servia como cameralista, fundava-se na relação entre três pilares: o território, os súditos e o soberano. O território já não era enxergado como uma propriedade do príncipe (um Estado do príncipe), mas como o objeto sobre o qual se exerceria o poder soberano (um Estado governado por um príncipe). As relações entre príncipe e súditos deixavam de ser pessoais, feudais, para ser mediadas pelo território, ou seja, em função do simples fato de habitá-lo. O governo do príncipe, por outro lado, começava a ser identificado progressivamente com o governo dos funcionários, à imagem de uma *máquina administrativa*, e a soberania passa ser compreender uma *função*²³¹, na medida em que retirava sua legitimidade do objetivo que se propunha a perseguir: o incremento da utilidade e do bem-estar comuns dos assuntos espirituais e materiais dos súditos (PASQUINO, 1992, pp. 111-112).

O pressuposto do funcionamento dessa máquina político-administrativa, segundo Seckendorff, estaria numa *prudencia gubernandi* tomada como uma ciência máxima, consistente no saber prático que abraçaria tudo o que se achava fragmentado em outras ciências. Por prático, esse saber requisitava o conhecimento preciso do real estado do principado, por meio da atividade que o autor chamou de *materialische Beschreibung* (descrição material) (PASQUINO, 1992, pp. 105)²³². Mais tarde, esse saber indispensável seria chamado de *Statistik*, surgido das inúmeras interações entre as ciências naturais e o

²³¹ Laborier (1999, p. 14) nota que Seckendorff, assim, evitava utilizar expressões como “soberania” ou “razão de Estado”, preferindo termos como “interesse geral” ou “utilidade geral”, pois defendia que o fundamento da obediência do cidadão não seria o título daquele que ordena, mas a finalidade a que mira a regra imposta. Era o embrião do sentimento de que a norma de direito deveria alcançar a todos.

²³² Vale notar que, na França, iniciativas semelhantes, baseadas no método científico, também ocorreram desde o início do século XVII, defendidas por figuras como Colbert, o duque da Borgonha, Vauban e Saint-Pierre, mas chegaram a ser aplicadas sistematicamente na prática governamental ao menos até fins do século XVIII (REYNIÉ, 1992, p. 50).

Estado²³³, de acordo com Alain Desrosières (1998, p. 17). Seu objetivo, ainda segundo o autor, era construir uma linguagem comum que permitisse convencionar uma representação do mundo real, possibilitando estratégias de intervenção racional nos problemas detectados²³⁴.

Alain Desrosières (1998, p. 19) destacou que o ímpeto alemão pela descrição sistemática do conhecimento disponível em um Estado possuía, numa primeira fase, uma predominância qualitativa²³⁵, tendo começado com Hermann Conring (1606-1681), por volta de 1660, ao desenvolver uma nomenclatura classificatória ao estilo aristotélico²³⁶. Em seguida, essa tradição descritiva foi transmitida ao longo do século XVIII pela Universidade de Göttingen, inicialmente com Gottfried Achenwall (1719-1772), reputado o inventor do termo *estatística* (*Statistik*), e depois com August Ludwig von Schlözer (1735-1809), mais conhecido pela autoria da máxima que ilustra a relevância da investigação empírica para a política governamental alemã: “*estatística é a história sem movimento; história é a estatística em movimento*”. Essa estatística descritiva, qualitativa, intencionava compreender sinteticamente uma comunidade humana (um Estado, por exemplo) em sua inteireza, uma vez que o *poder particular* da qual era dotada apenas poderia ser expressada por meio de uma combinação de inúmeros fatores, como clima, recursos naturais, organização econômica, população, leis, costumes, sistema político, dentre outros. Tratava-se da *Staatwissenschaft* (ciência do Estado), enquanto disciplina universitária destinada ao treinamento especializado dos príncipes e de sua elite burocrática (DESROSIÈRES, 1998, p. 179).

²³³ Desrosières (1998, p. 16) explicou que a moderna concepção da estatística, nascida em meados do século XIX, resultou do entrelaçamento de três tradições distintas, a partir do século XVII: estatística (enquanto conjunto de rotinas necessário para descrever um Estado e sua população), o cálculo de probabilidades (um método sutil de criado por Huyghens e Pascal, por volta de 1660, para guiar escolhas em meio a incertezas) e as estimativas das observações empíricas realizadas pela física e pela astronomia a partir de 1750.

²³⁴ A utilização de métodos e construtos matemáticos como estratégias de intervenção da administração burocrática na ordem social são analisados nos Capítulos 1 e 4.

²³⁵ Na Inglaterra, nessa mesma época, mas com viés quantitativo, acontecia um movimento semelhante em direção à construção de um método preciso de aferição da realidade. Era o início da *aritmética política* de William Petty (1623-1687) e dos estudos sobre taxas de mortalidade de John Graunt (1620-1674) (DESROSIÈRES, 1998, p. 18).

²³⁶ Desrosières (1998, p. 20) explica que o método descritivo desenvolvido por Conring se baseava no sistema das quatro causas da lógica aristotélica: a causa material descreve o território e a população; a causa formal reúne o direito, a constituição, a legislação e os costumes; a causa final diz respeito aos objetivos do Estado, do que seriam exemplos o crescimento populacional, a garantia da defesa nacional, desenvolvimento da agricultura e do comércio; e a causa eficiente seriam os meios disponíveis ao Estado para atingir tais objetivos, como o corpo de políticos e funcionários administrativos, sistema judicial, composição das elites, etc.

Por meio do exemplo de Seckendorff, outros altos funcionários de principados alemães igualmente misturaram atividades políticas, administrativas e acadêmicas, promovendo, no interesse dos príncipes, o alastramento de disciplinas universitárias ao redor dos territórios germânicos (LABORIER, 1999, pp. 12-15). Nas universidades alemãs ao longo do século XVIII (como Frankfurt, Halle, Göttingen, Leipzig, Jena e Heidelberg), a doutrina cameralística, que anunciava a si própria como a ciência que prometia proporcionar ao príncipe meios racionais para obter, aumentar e administrar as receitas anuais de seu principado, passou a reunir com pragmatismo e coerência um conjunto variado de disciplinas equilibradas em três eixos, de acordo com Napoli (2003, p. 376). No primeiro, a “economia”²³⁷ ocupava lugar de destaque, e já não correspondia apenas ao ideal mercantilista de enriquecimento do território e da população, passando a ostentar a pretensão de ensinar aos cidadãos o significado concreto do que seria a ordem e o bem-estar da comunidade política. Ao lado da economia, a cameralística posicionava a *Polizeiwissenschaft* (ciência da polícia) como a técnica governamental de cujos estudos saíam as medidas práticas destinadas a concretizar os objetivos econômicos da ordem e do bem-estar (*Wohlfahrt*)²³⁸ da população. Dessa maneira, os funcionários educados nessa doutrina tornavam-se naturalmente reformadores da burocracia estatal, inspirados pelas bandeiras da *razão* e da *felicidade*. Por meio de regulamentos de polícia, buscavam, cientificamente, aprimorar a agricultura, o comércio, as tecnologias de produção e todos os demais campos de atuação implicados com o desenvolvimento do Estado.

Como a polícia do *Polizeistaat* ultrapassava os limites da atuação sobre a segurança pública, seus domínios incluíam todas as disciplinas necessárias ao aprimoramento da riqueza e da felicidade da população, instrumentalizadas por meio da técnica legislativa. Havia, então, as polícias do comércio, das minas, da agricultura, do território, do trabalho, dos pobres, da saúde, da educação, do culto religioso e da cultura. A polícia então passava a se identificar paulatinamente com o todo da administração interna do Estado (*Verwaltung*). O último eixo compreendia a ciência cameral em seu sentido estrito (*Cameralwissenschaft*), precursora da moderna ciência das finanças, responsável pela gestão das receitas e do desembolso de recursos, vertidos para o

²³⁷ O que se entende por *economia*, nesta afirmação, ainda não corresponde à *não de política econômica*, que somente será desenvolvida a partir das últimas décadas do século XVIII.

²³⁸ Sobre o bem-estar (*Wohlfahrt*) da população, convém lembrar que após a Reforma Protestante e a Guerra dos Trinta anos, os principados alemães acumularam diversas funções que antes pertenciam apenas ao domínio da Igreja, o que ampliou o escopo do Estado de polícia para abranger também objetivos confessionais, educacionais e culturais (LABORIER, 1999, p. 13).

aperfeiçoamento do Estado e de seus habitantes. Em síntese, Keith Tribe (1995, p. 13) assinalou que a doutrina do cameralismo se destinava a reunir os objetos que a *Polizei*, então, passava a ordenar para a harmonização do bem do Estado e de seus súditos.

Como doutrinadores típicos da *Polizeiwissenschaft* cameralística, vale citar Johann Heinrich Gottlob von Justi (1702-1771) e Jakob Friedrich von Bielfeld (1717-1770). O primeiro, tendo ocupado em sua vida errante diversos cargos administrativos e cátedras universitárias em diferentes principados, transformou-se no mais famoso formulador e propagador da cameralística. Para Justi (1769, pp. 1-4), a polícia seria uma ciência autônoma²³⁹, independente da política. Enquanto a última zelaria pelos objetivos relacionados à segurança interna e externa do Estado, a polícia se dedicaria a garantir a felicidade do Estado por meio da sabedoria (ciência) de seus regulamentos, destinados a aumentar-lhes a força e o poder tanto quanto possível. Nesse intento, ainda segundo Justi, a polícia se encarregaria de todas as coisas necessárias à subsistência dos cidadãos, o que incluiria a manutenção da ordem social, sem que essa intervenção da segurança interna do Estado se confundisse com a política. Isso porque, nesse caso, a polícia seria apenas um instrumento daquela, na medida em que se ocuparia apenas de ofensas menores, que não atentam contra a constituição ou a manutenção do Estado. Percebe-se, aqui, a intenção do autor em separar a *ciência da polícia* do *direito penal*, garantindo aos altos funcionários estatais a exclusividade desse saber, em detrimento dos magistrados do sistema judicial. A propósito, o acesso a tais altos cargos ocorria mediante exame admissional, cujos conhecimentos necessários eram adquiridos por meio do treinamento universitário cameralístico. Nesse sentido, reconhece-se na cameralística a precoce presença de muitos dos elementos que perfazem o conceito weberiano de burocracia, munido de um corpo de funcionários hierarquizados, estáveis, assalariados, especializados e empossados pelo mérito intelectual (JACKSON, 2005, p. 1299).

Por seu turno, o cameralismo de Bielfeld, conselheiro do rei Frederico II da Prússia, representava o assomo da racionalidade iluminista sobre a ciência da polícia, dotando-a de instrumentos aritméticos que tornavam possível o que chamou de *cálculo político*, cuja indispensabilidade seria, então, um consenso entre todos os homens de Estado. Partidário da introdução do projeto quantitativo²⁴⁰ inglês nas ciências camerais,

²³⁹ Embora Justi (1769, p. 11) tenha elogiado a obra de Delamare, pelo grande apanhado de matérias úteis que representava, esse cameralista alemão não deixou de criticar o comissário francês pela falta de coerência teórica e pela carência de princípios fundados na natureza da atividade de polícia.

²⁴⁰ Ver a nota de rodapé n° 235.

Bielfeld (1760, p. 288) entendia que a aritmética política²⁴¹ proporcionava ao homem de Estado princípios verdadeiros que serviriam de base para todas as medidas de polícia que as diversas facetas da realidade estatal pudessem requisitar. Contudo, reconhecia que os cálculos aritméticos que lastreavam a política eram imprecisos, visto que fundados em dados igualmente inconfiáveis. Por isso, concluía que a política não necessitava de precisão matemática, sendo suficiente a verossimilhança do cálculo, que permitiria uma *aproximação da verdade*. Reynié (1992, p. 60) aponta que o *cálculo político* defendido por Bielfeld, com seu viés probabilístico, acrescentava à responsabilidade do Estado de polícia a ideia da prevenção, ao possibilitar o cálculo do *futuro*. Ultrapassando o fundamento da simples autoridade, a atuação do Estado ganhava, segundo o autor, uma legitimidade performativa, na medida em que sua nova racionalidade probabilística²⁴² o impulsionava “*a disputar aos efeitos do tempo, à fortuna, a direção das coisas do mundo*”. Nesse sentido, o Estado providencial que caracteriza o *Polizeystaat* (Estado de polícia), e marca a modernidade, funda sua existência na luta contra a providência, em seu sentido cosmológico, no afã de controlar a natureza.

Vale destacar que a *Cameraltwissenschaft* e a *Polizeiwissenschaft*, durante o século XVIII, eram ensinadas nas faculdades de filosofia (e não nas faculdades de direito), como anotou Keith Tribe (1995, p. 13). Esse mesmo autor advertiu que, apesar de a ciência da polícia alemã representar um programa de regulação total, ela era percebida de uma forma não-jurídica, visto que não tratava de decidir sobre a validade de atos acabados, porém, intencionava definir previamente os parâmetros (a serem institucionalizados via leis e regulamentos) para a boa ordem e para a segurança pública. Nessa perspectiva, a futura regulamentação se tornaria calculável em função da ponderação e da mensuração dos resultados potencialmente produzidos por um conjunto de cenários supostamente exaustivo. Passado e presente se tornariam, assim, indistinguíveis, na medida em que teriam suas condições de existência determinadas por uma enorme gama de decretos, ações e agentes do poder público. Desse modo, a *Polizei* passou a compreender um programa que sustentava e regulava a si mesmo, ampliando-o, visto que enxergava eventuais incompatibilidades entre regra e realidade como oportunidades para gerar novos objetos de regulação (TRIBE, 1995, p. 21). Nesse sentido, é possível perceber que na *Polizei*, enquanto tecnologia de poder destinada a um programa

²⁴¹ Sobre a aritmética política e outras estratégias matemáticas de intervenção na realidade, ver as notas de rodapé n°s 235 e 234.

²⁴² Ver nota de rodapé n° 234.

de regulação total da sociedade, certos elementos discursivos que serão, séculos adiante, reaproveitados e adaptados a um novo contexto político e tecnológico, sob o nome de regulação algorítmica (abordada no Capítulo 1). Entre tais elementos, como visto, destaca-se o discurso segundo o qual a calculabilidade do mundo permitiria o constante e cíclico ajuste entre realidade e regulação, com o objetivo de atingir e manter o bem-estar comum.

O sucesso da prática discursiva em torno da *Polizeiwissenschaft* foi grande até finais do século XVIII, como apontou Michel Foucault (1988, p. 825-826). Segundo ele, a regulação derivada da polícia (*die Polizei*) era àquela época percebida de maneira positiva, já que associada à consolidação da vida cívica e ao crescimento do poderio do Estado²⁴³, ao contrário da política (*die Politik*), que representava, sob um viés negativo, o combate violento contra inimigos externos e internos. Apesar dos relativos sucessos alcançados pelo *Polizeystaat*, o surgimento de outras perspectivas filosóficas e políticas, que enfatizavam a importância da liberdade frente à dominação imposta pelo Estado, puseram em xeque o prestígio da *Polizeiwissenschaft* na passagem do século XVIII para o XIX (STOLLEIS, 2001, p. 219). Mostra-se oportuno, nesse contexto, abordar os fundamentos filosóficos da *Polizei*, apresentando também as mutações discursivas que surgiram em seguida como estratégias contrárias ao programa de regulação total promovido pelo *Polizeystaat*. Do confronto estratégico entre *estados de dominação e liberdades* surgirá, como será visto ao final deste capítulo, o moderno direito administrativo.

3.4. As bases jusnaturalistas da ciência da polícia

A disciplina científica da polícia desenvolveu-se a partir das clássicas formulações que deram origem ao moderno jusnaturalismo, influenciadas, como já visto, pela valorização da matemática enquanto ciência geral (*mathesis universalis*), ao estilo cartesiano. Como apontaram Napoli (2003, p. 371), Senellart (2001b, p. 741) e Laborier (1999, p. 24) os fundamentos metafísicos da *Polizeiwissenschaft* dialogam com o próprio pensamento jusnaturalista, refletindo, em particular, as concepções da teoria do direito natural difundida por Christian Wolff. A versão wolffiana do direito natural, por sua vez,

²⁴³ Segundo Foucault (1988, p. 825-826), o caráter de intervenção permanente do Estado no cotidiano dos cidadãos, que refluí dessa positividade, é uma marca da política moderna, a qual será posta em xeque pelo advento da filosofia liberal, nas últimas décadas do século XVIII, como será visto adiante.

comunga de diversos aspectos provenientes da filosofia de Leibniz, mas não pode ser com ela confundida.

Wolff foi pupilo e assíduo correspondente de Leibniz até a morte deste em 1716. E com seu mestre Wolff compartilhou o elevado apreço pela matemática como único método capaz de gerar raciocínios verdadeiros, analiticamente redutíveis a um princípio axiomático (STRICKLAND, 2014, p. 20). Além disso, herdou traços da concepção leibniziana do cosmos enquanto um sistema perfeitamente governado por uma *harmonia preestabelecida*, a qual concatenaria de modo eficiente todas as inúmeras partes do todo, visando sempre o aumento dessa harmonia, equivalente à felicidade geral (*Glückseligkeit*)²⁴⁴. A inclinação natural ao autoaperfeiçoamento era comum a ambos os filósofos, que viam na razão, ela mesma igualmente aperfeiçoável pelo cálculo de probabilidades, o caminho primordial para realizar esse objetivo (GAUDEMAR, 2001, p. 555). Todavia, Leibniz (1998, p. 19) identificava em Deus a harmonia preestabelecida²⁴⁵ e enxergava no homem uma criação divina feita, não para si mesmo, mas para o bem público.

No pensamento leibniziano, a metafísica, a teologia e a ética eram, portanto, interligados e interdependentes, conferindo às suas ideias uma nota de neoplatonismo que não pode ser percebida em Wolff. Ao contrário, esse filósofo buscava uma aproximação mais estreita e exclusiva com a teoria teleológica da potencialidade, formulada por Aristóteles, que melhor combinava com o estilo estritamente dedutivo de seu pensamento, influenciado por sua primeira formação no campo da matemática²⁴⁶. Para Wolff, o princípio do autoaperfeiçoamento não decorreria de um impulso humano em prol da união com o divino, mas apenas de uma natural e interior inclinação do homem para a autorrealização (RILEY, 2009c, p. 98). A dinâmica da racionalidade humana segundo

²⁴⁴ Gaudemar (2001, p. 552) assim resume a filosofia leibniziana sobre a felicidade: “o universo como conjunto de criaturas tendentes cada uma à resolução de suas tensões interiores e um aumento de sua harmonia, é organizado desde sempre de modo que essa múltiplas inclinações individuais concorrem para formar a maior perfeição total”.

²⁴⁵ Na *Monadologia* de Leibniz, o universo seria composto por *mônades*, os verdadeiros átomos da natureza, indivisíveis e portadores de diferentes qualidades (*percepções*) e movidos por inclinações que provocam mudanças de estado (*apetites*). Deus é a unidade primitiva de onde emanaram todas as *mônades*, cuja receptividade encontrava limites na natureza já criada, momento a momento. Nessa visão, o poder residiria em Deus, que uniria seus infinitos conhecimentos e desígnios, de modo a produzir a mudança segundo o *princípio do melhor*. Isso significa que toda a mudança tenderia sempre, na visão leibniziana, para o aperfeiçoamento do mundo, cumprindo o desejo divino correspondente à harmonia preestabelecida do universo (STRICKLAND, 2014, pp. 14-30).

²⁴⁶ Wolff abandonou seus estudos em ciências divinas para tomar aulas de matemática em Jena, após o que prestou exame para obter o grau de mestre em Leipzig, em 1702. No ano seguinte, Wolff preparou sua dissertação, *Filosofia Prática Universal, escrita segundo o método matemático*, que o qualificou para o ensinar matemática na Universidade de Leipzig, onde permaneceu até 1706 (AHNERT, 2017, p. ix).

Wolff, como já exposto no Capítulo 2, resultaria de uma relação entre parte e todo²⁴⁷, na qual o esforço de cada indivíduo em prol do autoaperfeiçoamento levaria, inevitavelmente, ao aperfeiçoamento da humanidade como um todo (RILEY, 2009c, pp. 98-99). Os elos da metafísica wolffiana conduziriam ao campo da ética e da moral, mas passavam a não dispensar à teologia a mesma relevância que essa encontrava em Leibniz.

É justamente dessa passagem da metafísica para a moral que a *Polizeiwissenschaft* retirou seu fundamento filosófico, emprestando-lhe um *status* superior de que anteriormente não gozava, à época em que era apenas uma doutrina prática, ligada a problemas cotidianos e sem qualquer respaldo de conceitos do direito romano ou escolástico. No oitavo capítulo de sua obra *Institutiones juris naturae et gentium*, publicada em 1750, Wolff (1756a, pp. 138-152) sintetizou sua teoria do direito público universal, cujo fundamento último repousava no já mencionado princípio do autoaperfeiçoamento do ser humano. Se todo indivíduo deveria buscar racionalmente os meios para atingir sua felicidade²⁴⁸ e evitar a infelicidade, a reunião dos homens em famílias, e dessas em Estados²⁴⁹, deveria resultar inevitavelmente no objetivo de perseguir a *felicidade comum*. Também traduzida pela expressão *bem comum*, essa felicidade pública wolffiana consistia na conjugação de três elementos: (i) soma de todas as coisas necessárias, úteis e agradáveis à vida, comumente chamada de *bem-estar* (*vitae sufficientia*); (ii) segurança contra todos os ataques externos (*securitas*); (iii) tranquilidade vinda da ausência de distúrbios e ameaças internas (*tranquilitas*). E para chegar a essa meta, o Estado necessitaria da manutenção ininterrupta de uma ordem, a que Wolff chamou de *salus civitatis* (salvação pública). Essa *salus*, por sua vez, dependeria da ponderação da equação entre interesses e obrigações dos particulares, de um lado, e bem-estar e deveres da coletividade, de outro. Contudo, nessa balança o peso maior sempre esteve, com a autoridade de uma lei vinda da própria natureza, do lado do bem público, sempre capaz de subordinar qualquer interesse particular.

O jusnaturalismo publicista de Wolff, ainda que jamais tenha mencionado a palavra *polícia*, influenciou diretamente toda uma geração de acadêmicos da ciência da

²⁴⁷ Ver nota de rodapé nº 165.

²⁴⁸ A felicidade de tratou Wolff (1756b), assim com Leibniz, corresponde a um prazer verdadeiro e durável, em oposição aos prazeres fugazes, corrompidos e danosos. A busca pela felicidade individual requer a submissão das paixões e das imaginações à razão, fornece os instrumentos necessários ao cálculo entre malefícios e benefícios.

²⁴⁹ Nesse ponto, Wolff seguiu novamente Leibniz (1998, pp. 77-79), que entendia a sociedade como um sistema de círculos concêntricos e hierarquizados, partindo do binômio marido-esposa e passando por pais-filhos, por superiores-subordinados, pela casa senhorial, pela sociedade civil, pelo Estado, até chegar à Igreja de Deus. Wolff (1756a, p. 139) sintetiza essa escalada partindo da família diretamente para o Estado.

polícia. De acordo com Napoli (2003, p. 372), Daniel Nettelbladt e Joachim Georg Darjes foram seus discípulos diretos e responsáveis por consolidar a estrutura axiomática wolffiana nas bases da *Polizeiwissenschaft*. Mesmo Gottlob von Justi (1763, pp. 6 e 18), que corriqueiramente criticava as lições de Wolff por haver esquecido de abordar a polícia em sua especificidade, reconhecia que o filósofo havia apresentado a disciplina com máximas poderosas e úteis, e não deixou de propagar a mesma a racionalidade estatal orientada à felicidade pública (*Glückseligkeit*). Vale notar que Justi se diferenciava dos demais doutrinadores por se dedicar não apenas a uma teoria axiomática e conceitual, mas à praticabilidade da implementação da polícia em casos concretos. Ele partia do jusnaturalismo wolffiano para desenvolver um sistema de polícia que investigaria todos os possíveis aspectos fáticos de um problema, seja a saúde, o comércio ou a agricultura, de modo a permitir a comparação empírica e racional entre as medidas policiais aventadas, resultando na escolha daquela mais eficaz (BACKHAUS, 2009, p. 15).

Percebe-se que a verdadeira força constitutiva do Estado era então a polícia, cujo papel fundamental era fornecer a racionalidade jurídica específica e apropriada para lidar com os conflitos entre interesses privados e bem público (NAPOLI, 2003, p. 372). A originalidade da ciência da polícia localizava-se na vinculação entre a constituição do Estado e seus objetivos, fazendo com que o Estado de polícia somente pudesse ser pensado segundo moldes maleáveis, que ganhariam forma definida apenas quando em ação. O prestígio da *Polizei* era tamanho que, segundo Napoli (2003, p. 373), ela ombreava em importância com a *Justiz* (*justiça*), que é um conceito metafísico por excelência. A polícia já não era vista como um meio apto a atingir uma finalidade ligada à ideia de justiça, mas passava a ostentar um fim próprio (promover a riqueza, a felicidade geral), tanto quanto a justiça (garantir a cada um os seus direitos). Desse modo, *Polizei* e *Justiz* compartilhariam da mesma essência, ainda que cada qual mantivesse separados, embora por uma linha tênue, os seus correspondentes fins, os quais poderiam ser distinguidos na clássica separação entre justiça comutativa (*Justiz*) e justiça distributiva (*Polizei*).

Essa identidade entre meios jurídicos (os regulamentos de polícia) e fins morais (felicidade geral) exerceu forte impressão sobre a racionalidade do nascente Estado moderno, tingindo-a de cores marcadamente jusnaturalistas. Àquela época, como visto, a *Polizeiwissenschaft* operava sua racionalidade de maneira a subordinar quaisquer outros interesses ou valores conflitantes ao projeto de realizar a finalidade que lhe dava sustentação metafísica. Tratava-se de um programa de regulação total, como anotou

Tribe. Ou, nos termos de Foucault, de uma tecnologia política que permitia ao Estado, no seu próprio interesse, exercer seu poder sobre todos os seres vivos constantes em seu território. Era o que esse filósofo francês chamou de *biopolítica*, que legitimaria até mesmo o massacre da população pelo próprio Estado, se tal medida fosse necessária para o atingimento do interesse público visado, o que tornaria a *tanatopolítica* o anverso da *biopolítica*. Não era à toa, portanto, que o *Polizeistaat* ideal fora frequentemente comparado ao funcionamento de uma máquina, engendrada para garantir o bem-estar e a segurança dos cidadãos em qualquer circunstância possível, a exemplo da *máquina perpétua* venturada por Saint-Pierre²⁵⁰.

Na teoria do poder de Foucault (2001, p. 346), vale recordar que as relações de poder embutem necessariamente uma estratégia de luta, impulsionada por uma insubmissão inerente à própria experiência do poder. Se tais relações podem ser encaradas como jogos estratégicos entre *liberdades* e *estados de dominação*, mediadas pelas *tecnologias de governo*, cumpre investigar não só as práticas discursivas do pensamento filosófico que suportava o Estado de polícia (*dominação*), mas também a formação dos discursos confrontadores inspirados pela ideia da *liberdade*. Nesse sentido, é importante perceber que o século XVIII foi também palco de outras formações discursivas no campo da filosofia, que emergem de distintos aspectos do jusnaturalismo filosófico, subvalorizados pela *Polizei*, em especial da liberdade do indivíduo como decorrência inerente à própria razão natural²⁵¹. Em oposição ao programa de regulação total da vida social, predominante nos Estados alemães, a segunda metade do século XVIII inaugurou na cultura francófona diferentes teorias filosóficas fundadas no valor da liberdade, as quais apresentaram novas formulações para os nunca suficientemente desgastados paralelismos entre as ordens natural e social.

3.5. O surgimento dos embates estratégicos entre dominação e liberdades

Em 1748, Charles Louis de Secondat, o barão de Montesquieu (1689-1755), publicou sua seminal obra *L'Esprit des Lois*. Alegou ter-lhe extraído os princípios da

²⁵⁰ Sobre o uso das metáforas mecanicistas por Saint-Pierre, ver a nota de rodapé nº 220.

²⁵¹ Como exemplo dessa liberdade inerente à razão natural, convém recordar a liberdade evangélica teorizada por Guilherme de Ockham, a qual permitia que o indivíduo se insubordinasse contra a autoridade (legal) caso necessitasse proteger sua existência. A filosofia de Ockham é tratada no Capítulo 2.

própria “*natureza das coisas*”²⁵² (MONTESQUIEU, 1834, p. 189), afirmando existir uma regularidade no mundo político dos homens, similar àquela que os físicos descobriram haver no universo (LARRÈRE, 2016, p. 249). Montesquieu se considerava adepto e seguidor do abade de Saint-Pierre, com quem compartilhou entusiasmo e inspiração para dedicar à ciência da política e do governo a mesma atenção e zelo então dedicados às disciplinas físicas, numa tentativa de recuperar para o tema de sua predileção o prestígio de que antes os gregos e os romanos gozaram²⁵³. Entretanto, embora Montesquieu partilhasse com Saint-Pierre²⁵⁴ a ideia de que as leis “*deveriam trabalhar para fazer pessoas honestas*”²⁵⁵, o pensamento do barão, distanciando-se do que propugnava o abade, não visava propor reformas pontuais e incrementais ao sistema governamental francês, mas explicar causal e comparativamente o funcionamento das diferentes ordens políticas do mundo.

Entre diversos modelos estudados, Montesquieu encontrou na constituição da Inglaterra²⁵⁶ de seu tempo um “*exemplo de um conjunto de regras vinculadas ao valor da liberdade*”, segundo anotou Castro (2005). Na teoria política montesquiana, a lei seria, em sua relação com a constituição, algo como uma força superior que garantiria a “liberdade política” dos cidadãos (MONTESQUIEU, 1834, pp. 263-264). Para o

²⁵² Trata-se de um conceito de ordem natural que Lorraine Daston teria enquadrado como *local*, visto que Montesquieu a “*natureza das coisas*” variava segundo as circunstâncias de cada país. A respeito dos três sentidos diferentes da ideia de natureza, ver a nota de rodapé nº 90.

²⁵³ Vale transcrever a anotação nº 1940, extraída dos *Pensées*, em que Montesquieu comentou: “Entre os gregos e os romanos, a admiração pelos conhecimentos políticos e morais foi elevada a uma espécie de culto; hoje só temos estima pelas ciências físicas, ocupamo-nos somente delas, e o bem e o mal na política são entre nós mais um sentimento que um objeto de conhecimento. Assim não tendo nascido no século em que deveria, tomei a iniciativa de me fazer sectário do excelente homem, o Abade de Saint-Pierre, que hoje tanto tem escrito sobre política, e de me inculcar no espírito que daqui a sete ou oito séculos surgirá algum povo a quem minhas ideias serão muito úteis, e de fazer por mim mesmo o emprego atual de minha modéstia durante o curto tempo que tenho para viver (MONTESQUIEU, 2013).

²⁵⁴ Para Saint-Pierre, a função do direito seria formular as regras pelas quais o Estado manipularia as paixões humanas naturalmente fortes, canalizando-as em direção ao *interesse público*, entendido como a convergência entre os interesses privados e o bem comum²⁵⁴ (KEOHANE, 2017, pp. 371-372). O direito, posto à serviço da política, da *ciência do governo*, demandaria os conhecimentos vindos das demais ciências, como a física, a geometria, a astronomia e a medicina, para concatenar juridicamente as engrenagens da máquina estatal²⁵⁴. Seria nesses termos que Saint-Pierre (1734, pp. 18 e 113) enxergava a possibilidade de que as proposições políticas (estruturáveis sob a forma jurídica) pudessem ser *demonstradas* em função de evidências aritméticas, amparadas em dados empíricos quantitativos. Vale notar que, segundo esse mesmo autor (1738, p. 107), essas *demonstrações políticas*, a respeito da utilidade dos regulamentos, poderiam ser estimadas pelo cômputo de suas vantagens e desvantagens convertidas em receitas anuais e dinheiro, revelando um grau de utilitarismo que o direito somente viria a albergar, como uma corrente preponderante, em meados do século XX: a Análise Econômica do Direito, impulsionada por Coase (1960).

²⁵⁵ Na anotação nº 1876 de seus *Pensées*, Montesquieu parece concordar com a ideia, defendida por Saint-Pierre, de que a elaboração racional das leis poderia conduzir as ações humanas em prol do interesse público (MONTESQUIEU, 2013).

²⁵⁶ A partir do modelo inglês, Montesquieu formulou a sua famosa teoria da separação dos poderes.

pensador francês, essa liberdade, longe de ser a permissão dada a cada qual para fazer o que bem entender, corresponderia à faculdade de realizar tudo o que as leis permitem, e de deixar de fazer aquilo que elas proíbem. Sobre esse ponto, ainda segundo Castro (2005), é possível perceber que Montesquieu não pressupôs uma noção abstrata do bem, entendido como universal. Ao contrário, embasou-se numa moralidade distanciada de condicionantes circunstanciais, própria da experiência da liberdade política. A esse respeito, vale destacar que Montesquieu (1834, pp. 243-244) era taxativo na afirmação de que tal liberdade política somente floresceria em uma “democracia regrada”, que hostilizasse com equivalente vigor tanto a “igualdade extrema” quanto a “desigualdade arbitrária”. Na visão desse autor, a igualdade extrema resultaria na abolição de quaisquer diferenças entre os homens, o que faria com que integrantes do povo pudessem ser alçados à condição de magistrados, acarretando a inevitável corrupção da administração dos negócios do Estado e o desperdício do tesouro público (MONTESQUIEU, 1834, p. 244). Montesquieu, portanto, condicionou a garantia da liberdade política ao predomínio da virtude da “moderação”.

Mesmo a virtude da moderação era considerada por Montesquieu insuficiente para prevenir prejuízos à liberdade. Daí a importância conferida pelo pensador francês às instituições, na medida em que afirmava ser impossível assegurar a liberdade se a lei não estabelecesse limites para a atuação dos detentores do poder. A “própria virtude precisava de limites”, escrevia MONTESQUIEU (1834, p. 264). A condição precípua imposta por Montesquieu para que a liberdade fosse efetiva em uma sociedade era a impossibilidade do “abuso de poder”. Assim, de acordo com Montesquieu, somente se evitaria o abuso de poder caso houvesse uma autolimitação institucional da autoridade; seria preciso que a lei dividisse os poderes entre diferentes instituições, de modo a que o poder lograsse conter o poder. Nascia, então, uma teoria da separação de poderes caracterizada como uma solução institucional complexa e inovadora, que não pressupunha a supremacia do poder de legislar. De acordo com Castro (2005), Montesquieu entendia que a liberdade era protegida quando as eficácias dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário) “*permanecem mutuamente condicionadas, a partir de possíveis entendimentos alternativos sobre os fins em vista dos quais o poder é exercido pelas diversas autoridades*”. Da aplicação da teoria da separação de poderes segundo idealizada por Montesquieu (1834, p. 268) não decorreria a paralisia institucional do Estado, mas “*uma ação concertada impelida pelo necessário movimento das coisas*”. Num tal regime político, consoante o pensador francês, seria inviável o uso instrumental do poder a

serviço de um indivíduo ou grupo social. A liberdade política assegurada pelo regime legal de equilíbrio entre os diferentes poderes teria o efeito, portanto, de manter os sujeitos a salvo de desmandos dos administradores e dos juizes.

Poucos anos depois de *L'Esprit des lois*, o filósofo franco-suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) publicou uma série de obras também fundadas no valor da liberdade, mas combinando-o de maneira inovadora com o da igualdade. Dessa maneira, Rousseau agregou às explicações que traçavam paralelos entre as ordens natural e social uma dimensão moral, indispensável para o funcionamento de uma sociedade justa. Nesse sentido, em seu *Discours sur l'Économie Politique*, datado de 1755, Rousseau (1821, p. 5) distanciou-se das metáforas que comparavam o governo (sinônimo de economia política, para esse autor) com a administração senhorial de uma casa, na medida em que, ao contrário do poder paterno, a autoridade política não derivaria da ordem natural, mas de uma convenção. Ao contrário da disposição natural de um pai para desejar o bem de sua família, um chefe político teria naturalmente uma propensão em favor de seus interesses particulares e paixões. Nesse contexto, Rousseau (1821, pp. 12-14) distinguiu entre governo e autoridade suprema, identificando o primeiro com o poder executivo e o segundo com o poder legislativo, onde residiria a soberania do corpo político (que compreenderia o conjunto de todos os cidadãos). Esse, por sua vez, seria um ser moral dotado de uma vontade, a *vontade geral*, que seria a regra da justiça e a fonte de legitimidade das leis, tendendo, portanto, sempre à promoção e à conservação do bem-estar de todos. Nota-se, aí, um reaproveitamento da teoria malebranchista da legalidade geral²⁵⁷, que deriva justiça a partir da generalidade, transformada em algo novo após a sua identificação com a vontade soberana do corpo político. Rousseau observou que “*para querer é necessário ser livre*”, surgindo daí a relevância de se “*assegurar, a um só tempo, a liberdade pública e a autoridade do governo*”. Verifica-se aí, portanto, uma inovadora inversão da hierarquia política entre governantes e governados, impulsionada pela afirmação da igualdade incondicional dos membros do corpo político.

Mais tarde, com edição de seu *Contrat Social* (1762), Rousseau desenvolveu a ideia de uma sociedade assentada sobre um contrato social, cujas cláusulas seriam tacitamente admitidas e reconhecidas por todos, com o objetivo de:

²⁵⁷ Rousseau (1821, pp. 17-18) chegou a afirmar: “(...) *mas infelizmente o interesse pessoal se encontra sempre na razão inversa do dever, e aumenta à medida a associação se torna mais estreita e o engajamento menos sagrado; prova invencível de que a vontade geral é sempre a mais justa, e de que a voz do povo é, com efeito, a voz de Deus.*” (tradução livre do autor).

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um dos associados, unindo-se a todos, obedeça contudo apenas a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes.(ROUSSEAU, 1923, p. 243) (tradução livre do autor)

Cada um dos cidadãos deveria submeter sua pessoa e sua força à suprema direção da vontade geral, de forma a converter cada membro em uma parte indivisível de um todo, de um só corpo político. Essa associação de cidadãos produziria um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantas vozes existissem numa assembleia, de cuja unidade e identidade esse corpo retiraria vida e vontade. A manifestação de vontade desse povo-soberano corresponderia à vontade geral, a única capaz de guiar as forças do Estado e de impor limites à liberdade civil. Essa vontade geral seria externada sob a forma de lei. O desejo do soberano, entretanto, somente alcançaria a qualidade de lei – vontade geral – à medida que mirasse atingir o bem comum, que é o próprio fim institucional do Estado. Apenas existiria lei, segundo Rousseau (1923, pp. 250 e 258-259), se o povo deliberasse sobre todo o povo, ou seja, se a matéria sobre a qual estatui é geral como a vontade que a delibera. A lei deveria ser geral, de forma a considerar os sujeitos em sua coletividade, como um corpo, e suas ações enquanto abstratas.

Além de indelegável, a soberania em Rousseau seria também indivisível, pois uma vontade parcial representaria a completa ausência da vontade geral. Sobre esse ponto, Castro (2005) alertou que Rousseau não aceitava qualquer construção institucional complexa que permitisse uma distribuição de poderes entre diferentes órgãos, a exemplo do que defendia Montesquieu. Para o filósofo francês, ainda segundo Castro (2005), o exercício da autoridade necessitava ser uno, a fim de que expressasse a consciência ética do bem comum. Não havia para Rousseau, portanto, margem para a presença de interesses privados, nem de associações parciais. Seria o próprio povo-soberano que estabeleceria, mediante uma lei, a forma de seu governo, ou seja, a maneira como a estrutura administrativa do Estado daria cumprimento às leis. Em seguida, esse mesmo povo escolheria os líderes que comandariam o poder Executivo, que, ao contrário do Legislativo, pode e deve ser representado. Esse ato de nomeação não seria então uma lei, visto seu caráter particular, mas apenas um ato de cumprimento à lei que estabeleceu a forma de governo. Assim se daria a conversão da soberania em democracia, na medida em que os cidadãos, tornados magistrados, reduzem os atos gerais a atos particulares, proporcionando execução à lei (ROUSSEAU, 1923, p. 305). Diferentemente de

Montesquieu, a doutrina de Rousseau²⁵⁸ fez com que o conceito de lei não mais se limitasse a garantir ao cidadão a liberdade política proporcionada pelo regime da legalidade. Mais que isso, esse pensador franco-suíço pretendeu que o soberano, identificado exclusivamente no povo, “interviesse para editar, a título de vontade e sob a forma de regras gerais, todas as prescrições que comandarão a atividade das autoridades subalternas, colocadas como prepostos no governo, na administração e na justiça” (MALBERG 1931, p. 6).

Além das filosofias de Montesquieu e Rousseau, outra importante fonte de discursos estratégicos de liberdade (contrária às estratégias de dominação da atividade de polícia) foi a *escola da fisiocracia* (ou dos *economistas*), também nascida em território francês, na segunda metade do século XVIII. Mesclando numa só teoria discursos filosóficos, econômicos, políticos e jurídicos, Pierre Samuel du Pont de Nemours (1739-1817) cunhou o termo *fisiocracia* ao publicar sua obra *Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain* (1768), na qual reunia os principais estudos dos pilares dessa *nova ciência*, como François Quesnay (1694-1774). Proclamado por Du Pont (1910, pp. 8-9) como fundador da fisiocracia, Quesnay foi exaltado por ter descoberto as *leis físicas relativas à sociedade*²⁵⁹, ao ter publicado seu *Tableau économique* em 1758, expondo as fórmulas que permitiam calcular com precisão o nascimento, a distribuição e a reprodução das riquezas. Diferentemente de Montesquieu, que apenas teria “*inventado razões particulares para casos dados*” ao explicar que os princípios de governo variavam segundo a forma da constituição, Du Pont (1910, p. 7) argumentava que havia uma ordem natural, essencial e geral, que compõem as leis constitutivas e fundamentais de todas as sociedades, “*uma ordem da qual as sociedades não poderiam se afastar sem se diminuir enquanto sociedade*”²⁶⁰.

Resumindo o pensamento de Quesnay, Du Pont (1768, pp. 4-14) explicou que a ordem natural seria a constituição física que o próprio Deus teria dado ao universo, por

²⁵⁸ Apesar de propagadores de linhas de pensamento diferentes, nota-se que Montesquieu e Rousseau exerceram marcada influência sobre os revolucionários franceses de 1789. O substrato ideológico que alimentou a ação revolucionária é fruto da leitura que fizeram desse primeiro autor, deformada pela interpretação da obra deste último. Enquanto de Montesquieu os revolucionários apreenderam o conceito de separação de poderes, Rousseau lhes ensinou que as leis somente podem emanar de um único poder, o soberano, que incorpora a vontade geral. Para uma discussão mais detida sobre o tema da separação de poderes em meio à Revolução Francesa, ver Cravo (2014).

²⁵⁹ O neologismo *fisiocracia* vem da justaposição dos termos *physis* (natureza) e *kratos* (governo), por meio do qual Du Pont (1768, p. 23) designou a ciência dedicada a estudar a “*ordem natural essencialmente constitutiva do governo mais perfeito*”.

²⁶⁰ Enquanto Montesquieu trabalhava o conceito de *natureza* na acepção que Lorraine Daston chamaria de *local*, os fisiocratas adotavam o significado de *natureza universal*.

cujas leis toda a natureza operaria. Abaixo da *ordem natural* se encontraria a *ordem social*, construída a partir das circunstâncias impostas necessariamente pelas leis naturais. Assim, em meio a um universo regido por forças necessárias, o ser humano seria igualmente guiado pela inclinação (direito) natural de gozar das coisas apropriadas a seu deleitamento, de fazer aquilo que fosse mais vantajoso ao seu proveito. A ordem natural submeteria os homens às necessidades físicas, mas também forneceria os meios adequados à satisfação delas, dando ensejo a um sistema harmonioso e concatenado de causas e efeitos. Entre os meios fornecidos pela natureza estaria o dom de estudar e reconhecer o funcionamento da ordem natural. O direito natural de proceder do modo mais vantajoso pressuporia o *conhecimento* daquilo que é mais vantajoso, disso resultando o dom da razão, que encontrava na “*aritmética física e moral*” o instrumento para o “*cálculo evidente do verdadeiro interesse humano*”. No entanto, diversamente da corrente do jusnaturalismo filosófico que animou o Estado de polícia, a fisiocracia objetivava conhecer a ordem natural para conformar a humanidade às leis da natureza, ao invés de pretender manipular as regras universais em prol da construção de uma sociedade artificial, sob pena de destruição do equilíbrio da natureza e perda dos direitos naturais. A ciência da fisiocracia consistiria numa arte em que a principal habilidade se restringiria a observar e a respeitar a natureza, para o melhor proveito próprio e, conseqüentemente, de toda a sociedade (DU PONT, 1910, p. 8).

A tratar das relações entre a fisiocracia e a formação da razão governamental, Foucault (2004a, p. 356) destacou que o pensamento econômico introduzido pela fisiocracia era herético em relação à racionalidade (governamental) inaugurada pelo Estado de polícia. Enquanto esse era tachado de antinatural, artificial e maculador da percepção cosmoteológica de mundo, a fisiocracia então aparecia devolver a *naturalidade* ao funcionamento do mecanismo social. Em oposição ao artificialismo promovido pela razão de Estado, com seu programa de regulação total da vida humana, os economistas adeptos da fisiocracia reclamavam a segurança jurídica²⁶¹ sobre a *liberdade*, sem a qual não haveria propriedade sobre si mesmo ou sobre as coisas (DU PONT, 1910, p. 11). Na nova governamentalidade que então ganhava forma, a regulação jurídica propiciada pelo Estado deveria se limitar à positivação dos direitos naturais, agora restritos aos inseparáveis direitos de propriedade e de liberdade. O poder legislativo, nessa visão, se limitaria a declarar as leis sociais ditadas pela natureza, abstendo-se de atrapalhar o bom

²⁶¹ Sobre tanto, Du Pont (1910, p. 15) afirmou: “não há propriedade sem liberdade; não há liberdade sem segurança”.

e natural funcionamento da ordem cósmica. Libertada de amarras e deixada ao equilíbrio de suas próprias forças, a ordem social natural deixaria o homem livre para usar todos os recursos de suas propriedades e de seu engenho, aumentaria a concorrência e multiplicaria a riqueza de toda a sociedade.

É nesse contexto de elevação dos direitos de liberdade individual que Foucault (2004a, p. 357) via nascer o próprio conceito de *sociedade civil*, como categoria oposta ao Estado. Pode-se notar, ainda, que elementos amalgamados dos três distintos discursos franceses em torno da liberdade, acima resenhados, alimentaram o movimento republicano e antifeudal que desaguou na Revolução Francesa²⁶². Além disso, transformaram a razão de Estado antes inspirada no mercantilismo em um novo estilo de governamentalidade, movido pela lógica discursiva dos interesses econômicos, da independência da racionalidade científica e da limitação dos poderes do Estado (FOUCAULT, 2004a, pp. 358-361). Foucault explicou que, à diferença da razão de Estado calcada na polícia, a racionalidade econômica adotada pela nova governamentalidade reivindicou a racionalidade científica, cultivada independentemente do Estado, como fundamento para suas ações. Como a arte de governar compreendia o conhecimento e o respeito pelo funcionamento espontâneo das leis naturais, as conclusões da ciência a respeito da natureza não poderiam ser impunemente ignoradas por qualquer governo. A expertise científica passaria, então, a reclamar dominância sobre as motivações da racionalidade governamental, contribuindo para a formação do discurso tecnocrático de que se tratou no Capítulo 1. Como será visto adiante, essa nova governamentalidade trouxe consigo mudanças nas formas como o direito estrutura as ações estatais, em meio à ordem social.

3.6. O refluxo do direito de polícia e o surgimento do direito administrativo em meio à nova racionalidade governamental

Conforme acima analisado, o autoritarismo do estilo de racionalidade governamental desenvolvido a partir do Estado de polícia somente seria eficazmente contra-atacado a partir da segunda metade do século XVIII, com a elaboração dos discursos filosóficos embasados na ideia da liberdade. A virada de século XVIII para o XIX trouxe consigo fortes críticas políticas e filosóficas ao modelo providencial implantado pelo Estado de polícia, contra o qual passaram a ser opostos argumentos em

²⁶² Assim percebem Bach (2004) e Monnier (2013).

favor da liberdade individual, os quais mais tarde impulsionariam o positivismo jurídico. Em ensaio datado de 1793, Immanuel Kant assim resumia:

Um governo fundado sobre o princípio da supervisão do povo, equiparável àquele de um pai em face de suas crianças, ou seja, um governo paternal (*imperium paternale*), no qual, então, os sujeitos, como crianças menores que não podem distinguir o que lhes é verdadeiramente útil ou nocivo, são reduzidos ao papel simplesmente passivo de esperar que o chefe de Estado lhes diga como devem ser felizes, e se digne, de boa vontade, a se ocupar do assunto de suas felicidades : um tal governo representa o maior despotismo que se pode conceber (sua constituição suprime toda a liberdade dos sujeitos, que por conseguinte não possuem absolutamente nenhum direito). (KANT, 2019, p. 48) (tradução livre do autor)

Por oposição ao *Polizeistaat*, Kant (2019, pp. 48-49) então defendia um *Estado civil*, que pudesse ser chamado de *jurídico*, baseado em três princípios: (i) a liberdade de cada membro da sociedade, enquanto *homem*; (ii) a igualdade de cada um em face de todo outro, enquanto *sujeito*; e (iii) a independência de cada membro do corpo comum, enquanto *cidadão*. Em síntese, a influência kantiana na defesa da justiça do direito positivo girava em torno da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética, bem como da concepção da ordem jurídica como forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direito, segundo descreveu Wieacker (1993, p. 402). Ainda de acordo com ele, é interessante notar que a crítica de Kant aos requisitos apriorísticos de uma ética social acabou ganhando, no meio jurídico, os contornos de uma questão acerca dos requisitos formais de uma ciência jurídica positiva, filosoficamente legitimada, que viria a ser o positivismo científico do direito.

Senellart (2001b, p. 737) ainda recorda a importante participação de Wilhelm von Humboldt (1767-1835), no debate político em favor da sedimentação do discurso liberal, por meio de seu *Ensaio sobre os limites da ação do Estado*. Nessa obra, Humboldt, subvertendo os ensinamentos de Justi²⁶³, recusava à polícia estatal qualquer atuação *positiva* em prol do bem-estar dos cidadãos, a exemplo dos regulamentos sobre saúde pública, educação e economia. Ao contrário, a polícia deveria restringir-se aos seus aspectos *negativos*, entendidos como a manutenção da segurança, dentro dos limites da

²⁶³ Como já mencionado acima, Foucault (1988, p. 825-826) observou que Justi associava a *Polizei* a aspectos positivos, relegando à política as conotações negativas.

lei²⁶⁴. Influenciado pelas mudanças no pensamento político-econômico vindas da França²⁶⁵ e da Inglaterra²⁶⁶, a racionalidade que opera o exercício do poder governamental deixava, portanto, de se preocupar com a modelação, com o tolhimento, das condutas humanas, no afã legítimo de aumentar a riqueza e a felicidade do Estado. Segundo Foucault (2004a, pp. 75 e 76), a racionalidade governamental começava, a partir das últimas décadas do século XVIII, a privilegiar medidas que favorecessem o desenvolvimento do autointeresse (amor-próprio) do indivíduo, na expectativa da produção de efeitos benéficos para a sociedade. Sobre o choque entre esses dois estilos racionalidade (ou programas de governo), Tribe escreveu:

(...) de um lado, a sociedade é um ente permanentemente em construção por meio do trabalho da *Polizei*, e sinônima de Estado; de outro lado, a sociedade é um ente descolado do Estado, com uma autônoma e inerente capacidade de autorregulação e sujeita apenas a um ordenamento de direito emanado do Estado. (TRIBE, 1995, p. 29)
(tradução livre do autor)

O influxo das ideias liberais não passou despercebido pelo ensino da *Polizeiwissenschaft*, cujo domínio ainda era essencial para aqueles que buscavam uma carreira na burocracia alemã. A estratégia adotada em reação foi a de separar mais rigidamente os conceitos sobre o que era, ou não, direito. De um lado, a *ciência da polícia*, passou gradualmente a compreender apenas as disciplinas técnicas e econômicas, até desaparecer dos currículos universitários após 1848; de outro, o *direito de polícia* fortalecia-se (STOLLEIS, 2001, p. 220). Gradualmente, a *Polizei* tornou-se um aparato estatal distanciado das considerações sobre bem-estar e felicidade geral, ao passo que a disciplina preponderante no treinamento dos oficiais do Estado passou a ser o direito, consoante Tribe (1995, p. 29).

Segundo Laborier (1999, p. 27), Robert von Mohl (1799-1875) foi o primeiro doutrinador a propor uma sistematização convincente do Estado de direito sobre as bases

²⁶⁴ De acordo com Senellart (2001b, p. 737), era sob o influxo de discursos como o de Kant e Humboldt, que tomava corpo na Alemanha a ideia do que viria a ser chamado *Estado de direito* (*Rechtsstaat*), o qual se colocaria como garantidor dos direitos individuais dos cidadãos, em substituição ao modelo de sujeição dos indivíduos ao Estado.

²⁶⁵ Trata-se da escola fisiocrática, abordada na seção anterior.

²⁶⁶ Em 1776, Adam Smith publicou sua obra *Riqueza das Nações*, que disseminou na Europa ideias em favor da liberdade do mercado como forma de aumentar a prosperidade do Estado (FOUCAULT, 2004b, p. 55).

do direito de polícia, em sua obra intitulada *A ciência da polícia de acordo com os princípios do Estado de direito*, datada de 1832. Sobre Mohl, Stolleis (2001, p. 229) observou que esse doutrinador é considerado o *Adam Smith do direito público* (alemão), pela maneira como organizou as antigas disciplinas da cameralística, em especial a ciência da polícia, de uma forma tal que abriu caminho para a consolidação do direito administrativo moderno na Alemanha. Em sua obra seminal, partindo da leitura dos cameralistas predecessores, Mohl mantinha que uma das maiores preocupações do Estado era mesmo a vida espiritual e a saúde dos cidadãos, mas destacava que, em contraposição, era crucial respeitar o princípio de que o homem não deveria ser utilizado como um meio a serviço do Estado; inversamente, o Estado deveria constituir um meio a serviço dos cidadãos. Nesse sentido, Stolleis (2001, p. 230) salientou que Mohl logrou restringir a intervenção estatal às situações em que a promoção do aperfeiçoamento humano (ou prevenção de malefícios ao homem) não pudesse ocorrer sem o uso do poder da polícia geral do Estado, constituindo uma espécie de atuação suplementar estatal em relação à limitações da liberdade individual. Vale notar que, apesar de sua tentativa de distinguir o caráter jurídico da polícia, limitada pelo quadro legal do *Rechtsstaat*²⁶⁷ (Estado de direito), sua teoria não deixava de seguir a metafísica jusnaturalista wolffiana, já mencionada acima.

Como ensina Castro (2012, p. 142), o positivismo jurídico, seja qual for a modalidade que assuma²⁶⁸, resultou da “*rejeição da exigência de fazer as 'formas' da doutrina jurídica repousarem sobre fundamentos metafísicos*”. Para avaliarmos, assim, o modo como o positivismo jurídico alcançou a racionalidade estatal e transformou a *ciência da polícia* em, propriamente, *direito administrativo*, é necessário analisar o papel desempenhado por Karl Friedrich von Gerber (1823-1891). Educado segundo uma formação jurídica civilista inspirada pelo legado de Friedrich Karl von Savigny²⁶⁹ (1779-

²⁶⁷ A expressão *Rechtsstaat* (Estado de direito) foi cunhada pelo próprio Mohl, por meio da referida obra (STOLLEIS, 2001).

²⁶⁸ Castro (2012, p. 142) assinala que os positivismos jurídicos podem revestir-se de formas textualistas, utilitaristas, historicistas, etc.

²⁶⁹ Savigny foi protagonista da Escola Histórica do direito, que pretendia promover a reconstituição de uma ciência jurídica consciente dos seus próprios métodos e sistemática, concebendo o direito como produto historicamente dependente e elevando a dogmática jurídica do *usus modernus* a uma ciência capaz de organizar a totalidade do direito positivo num sistema interno. Para Savigny, a irredutível radicação do direito na cultura global e a sua continuidade histórico temporal opõem-se à legislação racional do iluminismo, formando dimensão histórica do direito, imbuída da reconstrução de uma ciência filosófico-sistemática do direito positivo (WIEACKER, 1993, pp. 419-423).

1861), e tendo sido aluno de Georg Friedrich Puchta²⁷⁰ (1798-1846), Gerber foi influenciado pelas ideias positivistas e conceitualistas dessa vertente do historicismo romanista. Convém anotar que a *pirâmide conceitual* proposta por Puchta, que estabelecia uma hierarquia de conceitos estruturada de forma contínua e sem lacunas mediante rigorosa lógica dedutiva, é herança do jusnaturalismo *more geometrico* de Wolff, que, por sua vez, havia buscado inspiração nos métodos demonstrativos da escolástica dos comentadores (conforme vistos no Capítulo 2). Entretanto, diferentemente do jusracionalismo wolffiano, Puchta transformou a *genealogia dos conceitos* em método científico, ao fazer a legitimidade da norma jurídica depender da correção sistemática (WIEACKER, 1993, p. 457). Em outras palavras, o método científico proposto por Puchta se propunha a aferir a validade de uma norma jurídica a partir do estabelecimento de uma correta (racional) relação lógico-formal entre tal norma e um princípio conceitual superior²⁷¹, fazendo do direito uma ciência dogmática²⁷². Assim, embora Gerber não tenha adotado para si o historicismo positivista pregado por Savigny²⁷³, o então jovem publicista de vinte e cinco anos buscou na *pandectística*²⁷⁴ de Puchta o apreço pela precisão conceitual ao estilo romano e a busca incansável por uma metodologia científica que distinguisse o direito de todas as demais disciplinas.

Como recorda Stolleis (2001, p. 317), em sua primeira obra (*Sistema de direito privado alemão*) Gerber procurou realizar uma completa extração dos conteúdos históricos daquilo que ele considerava dogmático, entendido como conceitos construídos

²⁷⁰ Puchta é considerado discípulo e sucessor de Savigny, igualmente integrante da Escola Histórica. Sua influência no pensamento jurídico decorre de sua capacidade lógica de construção sistemática e conceitual, por meio da qual logrou impor o formalismo conceitual rigoroso da *pandectística* (WIEACKER, 1993, p. 455).

²⁷¹ De acordo com Castro (2012, p. 153), a *pandectística* de Puchta considerava que os conceitos têm realidade em si mesmos, reificando as formas jurídicas

²⁷² Vale notar que a dogmática jurídica científica proposta por Puchta estava na origem da racionalidade lógico-formal de que tratou Weber, conforme visto no Capítulo 1.

²⁷³ Na introdução de sua obra *Da Vocação da Nossa Época para a Legislação e a Jurisprudência*, de 1814, Savigny (2015, pp. 18-20) assenta sinteticamente algumas de suas principais ideias. Nela, afirma que o direito é fenômeno vivo, identificado com a história de um povo, com ele nascendo e morrendo. O direito nasceria dos seus costumes e se transformaria gradualmente em jurisprudência. Assim, o direito não seria originário da vontade arbitrária do soberano, mas da própria consciência histórica do povo. E os juristas seriam o único grupo social apto a interpretar a partir dessa consciência o verdadeiro direito, por meio de um conhecimento técnico-científico que apenas eles dominariam, por meio de extenso treinamento universitário. O direito, nessa perspectiva, teria uma dupla característica: de um lado, o elemento político, representado pela conexão entre direito e povo; de outro, o elemento técnico, identificado pelo direito como ciência, apartado de todo o resto. Sobre o método de Savigny, Castro (2012, pp. 148-149) destaca que, nele, o papel do jurista era revelar o sistema de formas jurídicas coesas que se presumia existente por trás dos fatos dados pela história, constituindo a estrutura racional da realidade prática.

²⁷⁴ A *pandectística* correspondia à metodologia sistemática e formal aplicada pela Escola Histórica ao corpo do direito positivo, transformado em objeto da ciência jurídica (WIEACKER, 1993, pp. 491-492).

a partir do textual normativo. Dessa maneira, seu objetivo era forjar um *método jurídico construtivo* que reprimisse qualquer consideração histórica, política ou filosófica; era erguer um sistema jurídico-científico em que formas conceituais fossem apresentadas como desenvolvimento de uma teoria dogmática unificadora. Nota-se aqui a influência do formalismo conceitual de Puchta, consistente na ideia de que o direito seria sistema composto de institutos jurídicos cuja natureza, ou essência, devesse ser reconhecida pelo jurista tecnicamente capacitado, por meio da análise científica das origens romanistas de cada termo²⁷⁵ (CASTRO, 2012, pp. 152-153).

Em 1865, Gerber publicou sua principal obra, a *Fundamentos dos sistemas de direito público alemães (Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts)*, com o objetivo de purificar o direito público (então sinônimo de direito constitucional) de tudo quanto fosse extrajurídico, principalmente das considerações puramente éticas ou materialmente políticas (STOLLEIS, 2001, p. 318). Nessa obra, Gerber (1971, p. 22) repudiava antigas concepções privatistas de Estado, que o entendiam como um patrimônio cuja propriedade soberana pertenceria ao monarca. Do mesmo modo, mostrava-se contrário a posicionamentos artificiais que fizessem a partir do Estado construções limitadas ao domínio da ética ou da política. Em lugar dessas ideias antiquadas Gerber (1971, p. 97) estruturou sua teoria científica do direito público sobre a noção central de Estado enquanto pessoa jurídica²⁷⁶, dotada de uma vontade própria e peculiar que se manifestava na forma de poder (domínio), produzindo um efeito vinculante sobre todo o povo, inclusive sobre seu monarca²⁷⁷. Nesse contexto teórico, o direito público seria a *doutrina de poder do Estado* e responderia à pergunta sobre *que coisa pode querer o Estado enquanto tal*, revelando preocupações quanto ao conteúdo e ao limite do poder estatal. É importante perceber, nesse ponto, o significado ímpar da adoção da doutrina da personalidade jurídica do Estado, na medida em que desassociou o poder estatal da vontade singular do monarca, ao mesmo tempo em que identificou a legitimidade da vontade estatal com um interesse único e característico que era muito

²⁷⁵ Não é de espantar, portanto, a semelhança entre esse método jurídico-científico e a racionalidade sistematizante dos comentadores escolásticos, mencionados no Capítulo 2, visto que ambas as metodologias tinham as mesmas pretensão de cientificidade e opinião elevada sobre o código Justiniano, então considerada a *ratio scripta* (razão escrita).

²⁷⁶ Conforme destacado por Stolleis (2001, pp. 50-51), e indiretamente admitido pelo próprio Gerber (1971, p. 18), vale anotar que esse autor formulou sua teoria do direito público apropriando-se de alguns elementos da crítica de Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876) à doutrina patrimonialista do Estado proposta por Romeo Maurenbrecher (1803-1843).

²⁷⁷ Gerber (1971, p. 151) observou que a vontade do monarca deveria ordinariamente equivaler à vontade geral. Entretanto, a vontade do monarca somente seria *vontade jurídica* caso se mantivesse dentro dos limites designados pelo direito público (constitucional).

mais que a simples soma dos interesses individuais e monárquicos: o *interesse público*²⁷⁸. Trata-se de um elemento importante da afirmação da *nova racionalidade governamental* observada por Foucault (2004a), marcada pelas disputas entre liberdades e estados de dominação.

Quando à cientificidade do direito, Gerber (1971, p. 22) entendia que o direito não possuía a capacidade de criar a realidade, sendo-lhe impossível produzir a existência do Estado por meio de uma mera formulação jurídica. O papel da disciplina jurídica seria pressupor o Estado já como existente, como fato dado. Assim, Gerber (1971, pp. 26-27) opinava que a possibilidade de construção de um sistema constitucional sólido somente poderia existir numa época em que o direito público não fosse tratado como um objeto cujo conteúdo qualquer um acreditasse poder preencher com sua visão subjetiva. O direito, que exigiria o concreto e o real, portanto, não poderia embasar-se em puras abstrações, em meras ideias. Contudo, no ponto em que abordou a concretude do direito, Gerber advertiu que não pretendia, em absoluto, propor ou apoiar um determinado sistema político, pois sua abordagem era exclusivamente jurídico-científica. A política seria sua matéria, mas jamais o seu escopo.²⁷⁹ A matéria do direito público assim delimitada consistiria na soma de princípios e institutos jurídicos logicamente deduzidos a partir do direito posto. Todo o vasto material de cunho social, econômico e moral que habitaria o organismo do Estado, a seu ver, encontrava-se fora dos limites da ciência jurídica. Essa se contentaria em dar forma às condições externas da vida estatal, recebendo o referido material cultural como dado da realidade estranho à influência do direito. Nesse sistema, portanto, a essência do direito não derivaria de uma análise histórica, filosófica ou política, mas da vontade geral (poder) estatal produzida de acordo com a lei constitucional. A lei, portanto, passava a ser o principal fundamento da ordem jurídica, onipresente e onipotente, ao mesmo tempo em que deixava de ter seu conteúdo vinculado a qualquer espécie de metafísica, seja jusnaturalista ou historicista.

Esse formalismo vazio de conteúdo faz recordar, imediatamente, as consequências extremas da filosofia de Malebranche, na qual a atitude voluntarista que produz a lei geral apenas precisa cumprir requisitos formais (desacompanhados de elementos materiais,

²⁷⁸ A atividade administrativa corresponderia à atuação direta do poder soberano de império, vinculado à realização do interesse coletivo (GERBER, 1971, p. 117).

²⁷⁹ Não se pode deixar de notar que tal abordagem juspositivista proposta por Gerber é, em si, tomada de posição politicamente conservadora, e mesmo antiliberal, na medida em que se propunha a tornar estável o sistema político existente, que subordinava liberdades individuais. Michael Stolleis (2001, p. 316) observa, ainda, que Gerber era conhecido por suas posições politicamente conservadoras, e por gozar da boa graça dos governantes.

como a moral) para essa vontade operasse seus efeitos gerais sobre todo o universo (ROUX, 2016, p. 206). Em contrapartida da cientificização do direito mediante a opção metodológica pelo formalismo jurídico, promoveu-se um inevitável distanciamento entre a prática do direito e a realidade empírica sobre a qual ele era aplicado, como bem perceberam Wieacker (1993, p. 458) e Castro (2012, p. 153). Esse formalismo jurídico não apenas impulsionou a racionalidade lógico-formal tipificada por Weber, mas também serviu de apoio para o desenvolvimento de outros estilos de racionalidade. Conforme analisado na Seção 1.2, vale repisar que a racionalidade lógico-formal (teoria da legalidade estrita) é hoje frequentemente utilizada em uma combinação, eclética e amorfa, com doutrinas administrativistas movidas por racionalidades substantivas (discricionariedade técnica e teoria das capacidades institucionais, por exemplo)

Apesar da comentada importância de Gerber para a formação do positivismo científico na seara do direito público, foi outro acadêmico alemão o propagador dessas ideias. Paul Laband (1838-1918) tornou-se uma eminente autoridade no campo do direito constitucional alemão a partir de 1871, quando ocupou o cargo de professor na Universidade de Königsberg. A larga influência desse autor se deveu ao estrondoso sucesso de sua obra, *Direito público dos reinos alemães (Staatsrecht des Deutschen Reiches)*, cujos primeiros fascículos começaram a ser publicados em 1876. Laband foi o grande responsável pela consolidação da corrente juspositivista entre os estados germânicos, ao realizar, por meio de raciocínios puramente lógicos, uma construção dogmática baseada no direito constitucional positivo do Império (STOLLEIS, 2001, pp. 323-325). Ao tratar do conceito de administração pública e de ato administrativo, por oposição às decisões judiciais, Laband ressaltava a frequência com que os conteúdos dos atos administrativos advinham de disciplinas estranhas ao direito, o que se confundia com liberdade que enxergava estar na natureza desses atos:

Todo objetivo que o Estado perseguirá pode se tornar o motivo de suas ações administrativas, e, por conseguinte, seu objetivo pode ser, a rigor, um princípio jurídico estabelecido pelo Estado; mas os motivos podem se encontrar absolutamente fora do direito. A maneira pela qual o resultado visado deve ser obtido, depende, nos limites fixados e com os meios realmente em seu poder, da vontade livre da administração. (...) A vinculação está na natureza da decisão (judicial), a liberdade está na natureza do ato administrativo. (LABAND, 1901, p. 515) (tradução livre do autor)

As ideias divulgadas por Laband inspiraram o autor creditado como o verdadeiro fundador do direito administrativo moderno, concebido enquanto ciência jurídica movida pelo método lógico-formal, influente em todos os países com tradição romanista. Otto Mayer (1846-1924), professor da Universidade de Strassburg, passou a ser considerado o criador e principal expoente do moderno método administrativo²⁸⁰, após a publicação da obra *Direito administrativo alemão (Deutschen Verwaltungsrecht)* no ano de 1895/96. Munido da formação tradicional em direito civil (como era comum a todos os juristas formados em meados do século XIX na Alemanha, a exemplo de Laband e Gerber), Mayer consolidou por meio da referida obra sua própria dogmática do direito administrativo, elaborando academicamente a construção de instituições administrativas que pretendiam fazer do direito administrativo um sistema inteiramente independente no contexto do Estado de direito, distanciando-se, inclusive, do direito constitucional (STOLLEIS, 2001, pp. 392-392). A originalidade de Mayer estava na aplicação da racionalidade jurídico-formal, de inspiração pandectista, ao campo do direito administrativo, como será visto na seção seguinte. Contudo, por maior que seja a relevância dos autores alemães para compreensão dos estilos racionalidade administrativista hoje em voga, não é possível deixar de abordar, ainda que sucintamente, a influência da doutrina administrativista francesa, reconhecida pelo próprio Mayer²⁸¹ ao prefaciar a sua obra:

Eu, neste livro, repudiei o sistema tradicional, que se colocava exclusivamente sob o ponto de vista da ciência administrativa e da economia política. Eu tentei seguir um sistema puramente jurídico, mais ou menos como o fez Laband pelo direito público do império alemão. Eu reconheço que, para construir o meu sistema, eu passei pela escola dos jurisconsultos franceses; eu aprendi bastante com o estudo de sua doutrina do direito administrativo. Mas é um grande erro que se me acusem de querer introduzir maneiras de ver francesas e estrangeiras ao gênio do direito alemão. (MAYER, 1905, p. XIV-XV) (tradução livre do autor)

O direito administrativo francês, àquela época, vinha de uma tradição mais pragmática, sem grandes preocupações com a elaboração de teorias científicas, voltada para a realização de inventário e análise da jurisprudência resultante do contencioso

²⁸⁰ Stolleis nota que, paralelamente, Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) desenvolveu trabalho similar na Itália.

²⁸¹ Mayer havia sido professor de direito administrativo francês na Alsácia, sob o domínio da França antes de 1871, tendo publicado um manual sobre o tema em 1886 (LEPSIUS, 2004).

administrativo, o que marcou a singularidade de sua gênese (BURDEAU, 1995, p. 114). Seguindo caminho bastante diferente em relação ao caso alemão, na França, o direito administrativo havia se tornado possível após a separação de poderes imposta pela Revolução Francesa, e passou a ser uma realidade com a instituição do Conselho de Estado, órgão especializado em resolver disputas entre administração pública e cidadãos (HAURIOU, 1892a). A partir das decisões do Conselho de Estado francês, os primeiros administrativistas, como Macarel (1790-1851) e Cormenin (1788-1868), perceberam que a profusão de leis positivas era constantemente explicada, comentada e até mesmo substituída pela atividade jurisprudencial²⁸². Apesar desse empirismo, a maior parte da doutrina, de cunho tradicionalista, não deixou de perseguir a linha legalista, atribuindo importância central à lei e definindo o direito administrativo como uma *composição de leis de interesse público* (BURDEAU, 1995, p. 114).

Esse direito administrativo pragmático, contudo, não deixou de encontrar variadas tentativas de sistematização ao longo século XIX, principalmente após a criação das primeiras cátedras universitárias²⁸³. A esta pesquisa interessa distinguir, entre os traços das formações discursivas do direito administrativo, aqueles que tratem do modo como o direito se relacionava com os conhecimentos da *técnica*, estranhos ao domínio jurídico. Assim, entre tais esforços, é possível destacar a obra de Léon Aucoc (1828-1910), comissário do governo junto ao Conselho de Estado. Nas suas *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Aucoc (1869, pp. 7-16) afirmou se concentrar exclusivamente no exame do direito positivo, embora não tenha chegado a teorizar sobre o que atribuiria ao direito um caráter científico. Para Aucoc o domínio do direito administrativo se restringiria a duas atividades eminentemente descritivas: (i) a descrição da *máquina administrativa*, ou seja, da organização da administração; e (ii) a descrição do funcionamento dessa *máquina* e dos resultados que ela produz, querendo com isso tratar das matérias sobre as quais a ação administrativa versa. Em verdade, para ele, a maior parte dos conhecimentos necessários ao trabalho do administrador pertenceria à *ciência da administração*. Essa ciência compreenderia as noções históricas, econômicas, técnicas, que não adentrariam o direito e os procedimentos a serem empregados para satisfazer as necessidades dos cidadãos (*interesses públicos*). É interessante perceber que,

²⁸² Sobre esse aspecto criativo do Conselho de Estado francês, François Burdeau (1995, p. 115) ressaltou que parcela dos administrativistas (de Cormenin até Aucoc) chegou a afirmar que esse órgão era um “tribunal de equidade”, o que sustentava discurso de legitimação da derrogação de leis.

²⁸³ A primeira cátedra de direito administrativo foi criada na Faculdade de Direito de Paris, em 1819, e ocupada por Joseph-Marie de Gérando (1772-1842) (BURDEAU, 1995, p. 107).

ao criticar a insuficiência individualista do pensamento fisiocrata e defender um papel ativo do Estado na satisfação dos interesses coletivos, Aucoc não visava aumentar a relevância do direito em relação às demais ciências úteis à administração. O direito administrativo, dessa forma, era encarado sob uma racionalidade substantiva (relacionada a valores, como visto no Capítulo 1), que visava incorporar acriticamente juízos *da ciência administrativa*, como dá conta a doutrina construída a respeito dos “*recours pour l’excès de pouvoirs*” (*recursos por excesso de poderes*)²⁸⁴.

A partir de 1892, com a publicação da obra *Précis de droit administratif*, de Maurice Hauriou (1856-1929), considera-se inaugurada a era das grandes teorias francesas no campo do direito administrativo. Seguindo caminhos teóricos marcadamente diversos, tanto Maurice Hauriou quanto Léon Duguit (1859-1928) valorizaram a centralidade da prestação de serviços públicos como objetivo do Estado. Em sua primeira grande obra²⁸⁵, Hauriou (1892b, pp. 1-2) situava o direito administrativo como um ramo do direito público nacional, ao lado do direito público *stricto sensu* e do direito constitucional. Em seu sentido estrito, o direito público seria o conjunto de regras relativas aos direitos dos indivíduos frente ao Estado (liberdades e garantias individuais), enquanto o direito constitucional se referiria às normas de organização estatal relativas a esses direitos. Por sua vez o direito administrativo corresponderia à organização e aos direitos do Estado relacionados ao funcionamento dos serviços públicos, considerados como organizações criadas para a satisfação de necessidades coletivas. Nessa configuração, Hauriou compreendia que o direito público e o direito administrativo supunham-se reciprocamente, na medida em que seria impossível compreender o poder público sem prestar atenção aos direitos do cidadão (liberdades econômicas, políticas, entre outras); da mesma forma, seria inviável apreender a extensão real das liberdades individuais sem levar em conta as limitações impostas pela administração. Posto dessa maneira, interessa

²⁸⁴ Trata-se de recursos destinados a atacar eminentemente vícios de competência (formais) praticados no momento da confecção de atos administrativos. A Aucoc se atribui a primeira análise acadêmica dos “*recours pour l’excès de pouvoirs*” (*recursos por excesso de poderes*), produto genuíno da jurisprudência administrativa francesa que se espalhou por todo o continente europeu (BURDEAU, 1995, p. 115). Aucoc (1869, p. 391) explicou que essa construção jurisprudencial fundamentou-se em leis do período revolucionário para permitir a anulação de atos administrativos praticados com vícios de incompetência, em desobediência à lei. Tais recursos alcançariam todos os atos administrativos, até mesmo aqueles considerados discricionários, como os *atos de governo*. Vale também destacar que Aucoc (1869, p. 398) incluía também na categoria dos recursos por excesso de poder os casos de “*détournement de pouvoir de police*” (desvio do poder de polícia), definidos como o uso da competência legal segundo motivos (ou fins) diferentes daqueles estatuídos na lei.

²⁸⁵ Hauriou publicou em 1899 um ensaio, chamado *La gestion administrative, étude théorique du droit administratif*, que anunciou uma guinada em seu pensamento (BIGOT, 2022, p. 228).

a esta pesquisa constatar que o direito administrativo ensinado por Hauriou fazia as vezes de uma *tecnologia de governo*, imbuída do papel de intermediar as disputas entre liberdades individuais e a capacidade de dominação exercida pelo poder público, nos moldes da nova racionalidade governamental vislumbrada por Foucault.

Ainda que dotado de “*relevância capital*”²⁸⁶, o direito administrativo não seria para Hauriou a mais importante entre as disciplinas que hoje podem ser vistas como *tecnologias de governo*. Segundo o professor de Toulouse, a administração²⁸⁷ seria ao mesmo tempo uma arte e uma ciência, na medida em que realiza criações (arte) e em que observa certas regras fornecidas pela experiência (ciência). A administração suporia o conhecimento dos homens e das coisas, necessitando, portanto, do auxílio de disciplinas científicas como as ciências sociais, a economia política, as ciências financeiras, entre outras (HAURIOU, 1892b, p. 157). Tais ciências seriam as mais decisivas tecnologias governamentais à disposição do administrador, permitindo ao Estado, no seu próprio interesse, exercer seu poder sobre todos os seres vivos constantes em seu território (*biopolítica*). Nessa conjuntura, a participação do direito estaria apenas na regulamentação, ainda que parcial, dos procedimentos dessa administração, revelando a persistência da racionalidade substantiva (relacionada a valores) já vista na teoria de Aucoc, pela qual o direito recepcionaria incondicionalmente as conclusões fornecidas pelas ciências da administração.

Quanto à teoria jurídica Léon Duguit, o outro paradigmático administrativista francês, ao lado de Maurice Hauriou, constata-se que ela se assentaria numa espécie bastante diferente de positivismo jurídico²⁸⁸. Ao constatar as transformações sociais e econômicas acarretadas pelos avanços técnico-científicos, Duguit (1913, pp. XI-XVIII) pretendeu proclamar a substituição de um “*sistema metafísico e individualista*” por um “*sistema realista e socialista*”. O professor de Bordeaux repudiava explicações

²⁸⁶ O direito administrativo certamente possuía relevância capital, na opinião de Hauriou (1892b, p. 157), na medida em que o conhecimento das regras sobre a administração permitiria exigir do Estado a correta (legal) aplicação delas, determinando a sorte dos interesses particulares em face do poder público mediante litígios administrativos.

²⁸⁷ Para Hauriou (1892b, p. 157), a administração seria o “*exercício dos direitos das pessoas administrativas*”, as quais compunham o Estado. Percebe-se que Hauriou construiu sua teoria sobre a doutrina alemã da personalidade jurídica do Estado. Entretanto, Hauriou (1892b, p. VII) considerava que tal personalidade jurídica estatal teria dupla natureza: uma pública, encarnando o *poder público*; e outra privada, que explicaria sua atuação patrimonial.

²⁸⁸ Embora Hauriou não tenha admitido textualmente, sua teoria jurídica adota uma estruturação positivista, assemelhada ao dogmatismo jurídico proposto pelo pandectismo. Todavia, diferentemente dessa corrente alemã, Hauriou (1892b, p. IX) atribuiu grande peso à jurisprudência do Conselho de Estado como fonte legítima do direito administrativo, o qual considerava ser uma “*construção lógica*” formada por variados raciocínios dedutivos, consagrados por acórdãos do Conselho de Estado francês.

subjetivistas para o fenômeno do poder público (teoria da personalidade jurídica estatal), assim como julgava ultrapassadas as concepções puramente abstratas do jusnaturalismo. Em lugar desse sistema que considerava moribundo, Duguit propunha um *direito objetivo*, que buscasse na detecção dos *atos sociais*²⁸⁹ as necessidades concretas que constituiriam as regras de direito aptas a conferir eficácia às leis positivas. Da forma como via a realidade cambiante do início do século XX, Duguit (1913, pp. 48-51) argumentava que o progresso técnico-científico criava novas necessidades sociais (a exemplo de modernos meios de transporte e comunicações), que somente poderiam ser supridas por maior intervenção estatal na sociedade. A identificação de tais necessidades, que seria exercida pelos *juristas-sociólogos*, geraria obrigações jurídicas aos governantes e funcionários públicos, que passariam a ser vinculados pelo direito à tarefa de regular, assegurar e controlar os *serviços públicos* indispensáveis à manutenção e ao desenvolvimento da interdependência social (DUGUIT, 1913, p. 44).

Nessa interpretação sociológica do direito administrativo, à sociologia caberia o reconhecimento do conteúdo da regra de direito, enquanto a disciplina jurídica propriamente dita ficaria responsável, segundo um dogmatismo objetivista, pela institucionalização dos serviços públicos mediante leis positivas, passíveis de resultarem em sanções jurídicas. Contudo, a suposição de um *jurista-sociólogo* turvaria as eventuais fronteiras entre um domínio e outro (sociologia e direito). Em razão de semelhante dificuldade metodológica, a influente Escola do Serviço Público²⁹⁰, fundada por Duguit, procurou afastar-se dos traços sociológicos de seu fundador, ao mesmo tempo em que continuava a propagar a centralidade da noção de “*finalidade de serviço público*” como fundamento do direito administrativo. Para os discípulos dessa Escola, o papel do jurista era, antes de tudo, identificar as regras oferecidas pelo direito positivo, classificá-las e lhes conferir uma forma clara e precisa (BURDEAU, 1995, p. 347). Percebe-se, então, que a sequência dada à doutrina administrativista francesa acabou se afastando de heterodoxias metodológicas, alinhando-se à dogmática jurídica formalista e conceitualista, ao modo pandectista alemão. É por essa razão que o estudo da teoria do direito administrativo elaborada por Otto Mayer serve como paradigma para analisar os

²⁸⁹ Duguit foi discípulo de Émile Durkheim, tendo sido influenciado por sua teoria sociológica (BURDEAU, 1995, p. 343).

²⁹⁰ Entre os principais nomes da Escola do Serviço Público estão Gaston Jèze, Roger Bonnard, Marc Règlade e Louis Rolland (BURDEAU, 1995, p. 346).

estilos de racionalidade ainda hoje empregados pelos administrativistas brasileiros contemporâneos, como será visto a seguir.

3.7. *O formalismo do nascente direito administrativo e a diversificação de seus estilos de racionalidade no contexto da moderna razão governamental*

Retomando o exame do método administrativo de Mayer, constata-se a transposição do positivismo jurídico-científico legado de Gerber para o direito administrativo. Como resultado, o direito administrativo era reivindicado como uma ciência específica, apartada da *ciência da administração* e da *ciência política*, cujas disciplinas derivaram da antiga cameralística alemã. O moderno direito administrativo, incrustado no modelo de *Staatsrecht*, passava a se dedicar estritamente a aspectos legais (raciocínios lógicos sobre conceitos hierarquizados), relegando quaisquer aspectos empíricos a outras ciências. Stolleis (2001, pp. 374-376) chega mesmo a apontar que as décadas finais do século XIX foram dominadas por um impulso de eliminar toda análise e teoria prática da alçada do direito, deixando-o puramente formal. As ciências naturais e as disciplinas técnicas que se imiscuíam com a *Polizeiwissenschaft* tomaram rumo próprio e ganharam *status* de ciências independentes. A própria polícia passou a ser apenas um capítulo dentro dos compêndios de direito administrativo, como aquele publicado por Mayer. Assim, desapossado de influências interdisciplinares, o direito administrativo desenvolveu um positivismo que o tornou científico e apolítico, preocupado em estabelecer conceitos gerais e universalizantes e criar uma dogmática de princípios, com um nível de abstração que pudesse se compatibilizar com as construções da doutrina administrativista francesa. Em outras palavras, o comentado método criado por Mayer consolidou e propagou o estilo de racionalidade eminentemente lógico-formal em meio ao direito administrativo, ensimesmando-o em operações lógicas apenas internas ao sistema jurídico positivo. Esse foi o principal feito do método de Mayer: desenvolver uma seção geral perfeita para o direito administrativo, replicável mundo afora.

Como produto do positivismo publicista originado em Gerber, lapidado por Laband, e adaptado por Otto Mayer ao direito administrativo, foram elaboradas fórmulas jurídicas que, sendo vazias de conteúdo, legitimavam a recepção de decisões construídas a partir do campo de outras disciplinas científicas, às quais o direito passava a se subordinar. Uma dessas formulações, construída no âmbito do direito administrativo de

Otto Mayer e compatibilizada com o princípio da legalidade estrita (racionalidade lógico-formal), é a *doutrina das relações de sujeição especial*, da qual se tratou no Capítulo 1. Consoante essa doutrina, existiria uma área de atuação da administração cuja legitimidade não derivaria diretamente da lei, mas, sim, da própria relação jurídica travada com o administrado. Tratava-se de uma exceção ao poder geral de polícia, no qual as regras relacionadas a restrições à liberdade e à propriedade necessitariam de amparo imediato da lei, dentro dos limites do *Rechtsstaat*. Enquanto no poder de polícia vigorava a “reserva de lei”, as relações de sujeição especial se incluíam no que Otto Mayer chamaria de *poderes domésticos* da administração²⁹¹.

A primeira referência às relações de sujeição especial na obra de Mayer²⁹² (1903, pp. 126-128) apareceu por ocasião da diferenciação entre os conceitos de *decisão* e *disposição*. O primeiro caso, segundo Mayer, consistiria em atos administrativos praticados em virtude de conteúdo juridicamente vinculado, sendo o caso de aplicação de uma regra de direito preexistente a um caso concreto. As disposições, por outro lado, compreenderiam os atos derivados da vontade da autoridade competente, os quais tanto podem criar uma relação jurídica nova entre o administrado e o poder público como desenvolver uma relação preexistente. Era a propósito das disposições nascidas do desenvolvimento de relações preexistentes que Mayer entendia pertinente explorar o conceito de *relação de sujeição particular*, sob a qual o particular se encontraria submetido a um mais amplo poder da administração. Sobre tanto, Mayer oferece um exemplo que, em razão de sua clara didática, vale a pena transcrever:

Para explicar a coisa por meio de um exemplo, a concessão de um caminho de ferro seria um ato jurídico de direito público; mais tarde, o ato que resolveria a questão de saber se certa linha está nele compreendida seria uma decisão; a injunção consistente em tomar uma certa medida técnica seria uma disposição que faz valer as obrigações resultantes da concessão; ela não seria, pois, nem um ato jurídico ou sequer uma decisão. Tudo emana talvez da mesma autoridade, tomando a mesma forma, e apreendendo a natureza comum de ato administrativo. (MAYER, 1903, p. 128) (tradução livre do autor)

Em outra passagem, Mayer (1903, p. 137) explicou que tal relação de sujeição foi criada especialmente para um sujeito ou, sobretudo, para uma certa pluralidade de

²⁹¹ Otto Mayer (MAYER, 1903, p. 92) designava “reserva de lei” as hipóteses constitucionais de exclusão da livre iniciativa do poder executivo. Essa livre iniciativa existiria para todos os demais assuntos, em decorrência da força, da vontade e da responsabilidade que são próprios desse poder.

²⁹² Esse autor a denominava *relação de sujeição particular*, de acordo com a tradução francesa.

sujeitos, que passariam a estar ligados ao Estado mediante uma obrigação geral de reger sua conduta em função de um determinado interesse público. Nesse ponto, Meyer anotou que Laband²⁹³ já havia anteriormente se servido do mesmo conceito para esclarecer as relações dos funcionários públicos frente ao Estado. Entretanto, o professor de Strassburg deixou claro que a ideia das relações de sujeição particular não se limitava a esse exemplo, abrangendo o poder de supervisão, o poder de direção dos estabelecimentos públicos e o poder das corporações públicas sobre seus membros. Em todos esses casos o poder executivo, *independente da delegação de uma lei e do estabelecimento de verdadeiras regras de direito, pode formular regras que obrigam aqueles aos quais elas se destinam*²⁹⁴ (MAYER, 1903, p. 137). O poder executivo agiria por força própria, como afirmou Otto Mayer (1903, p. 92). Da mesma forma, era então um tempo em que os atos administrativos praticados sob o âmbito de uma relação de sujeição especial não seriam caracterizados como atos jurídicos, mas enquanto pura expressão de poder de comando, informada por critérios técnicos extrajurídicos, tal qual ilustrado no exemplo fornecido acima pelo próprio administrativista alemão (1903, p. 128).

Outra difundida formulação jurídica vazia de conteúdo, capaz de legitimar uma decisão construída a partir da expertise extrajurídica, é a *doutrina da discricionariedade administrativa*. No contexto da tradição administrativista germanófona, Martin Bullinger (1987, p. 4) explicou que ela consistia em conferir legitimidade à administração pública para atuar num espaço livre de regulamentação legal e de controle jurisdicional, no qual a administração monárquica podia concretizar objetivos próprios (definição do interesse público). De acordo com esse autor, um dos fundadores dessa doutrina da livre apreciação administrativa seria Edmund Bernatzik (1854-1919), o qual defendia existir liberdade para decidir sempre que a lei se eximisse de prever as balizas exatas para a atuação do agente administrativo. A administração poderia, então, preencher as lacunas da lei a partir

²⁹³ Sobre o tema da supremacia especial, convém notar que Laband não chegou a empregar a expressão *relação de sujeição especial* para designar a relação entre o funcionário público e o Estado. Entretanto, Laband (1901, p. 102) foi enfático ao afirmar que a situação do funcionário somente poderia ser explicada por uma noção de “*relação de serviço de uma espécie particular*”. Se, de um lado, a relação de serviço se basearia num acordo livre e voluntário por parte do funcionário, de outro, seu conteúdo seria preenchido por uma relação de poder. Assim como a convenção entre suserano e vassalo na Idade Média abrangia mais que um contrato inserido no direito das obrigações, assentando-se no dever de fidelidade e devotamento de natureza moral, também a relação entre funcionário e administração pública transcenderia o direito civil. Todavia, a entrada no serviço público difere da mencionada relação feudal, tanto quanto de outros contratos de serviço público, pela determinação e pelo objetivo dos serviços prometidos. Diferentemente desses dois outros casos, o funcionário presta serviços próprios do Estado e tendo em vista o bem geral do Estado (LABAND, 1901, pp. 106-120).

²⁹⁴ As regras de direito dessa espécie, emanadas do poder executivo, são denominadas por Mayer (1903, p. 137) de *prescrições*, em oposição às *ordenanças*, as quais derivariam sua validade diretamente da lei.

dos padrões que ela retirava da sua experiência, da sua expertise. A esse respeito, Mayer (1903, 212) recordou que Bernatzik recomendava aos funcionários públicos “*faça aquilo que acredita estar em conformidade com o interesse público*”, fazendo dessa máxima um princípio geral de direito. Assim, a discricionariedade administrativa era reconhecida mesmo nos casos em que a lei condicionava a decisão administrativa à verificação de determinados pressupostos, referenciados em função de conceitos indeterminados como *interesse público* ou *necessidades econômicas*. Nesses casos, os conceitos discricionários (*Ermessensbegriffe*) não poderiam ter sua interpretação e sua aplicação controladas pelo tribunal, ao menos no que tocava à sua precisão técnica (BULLINGER, 1987, p. 5).

Os debates sobre a discricionariedade administrativa na doutrina germanófona surgiram após a criação do Tribunal Administrativo na Áustria, em 1875, e ganharam conotação acadêmica após 1888. O pano de fundo da controvérsia, segundo a narrativa de Giorgio Bongiovanni (2007, p. 300), era a possibilidade de revisão judicial de atos administrativos discricionários, então negada pelo referido Tribunal. Na construção dos argumentos em torno dessa negativa de jurisdição, encontravam-se duas posições diferentes: de um lado, Edmund Bernatzik (1854-1919), o fundador da doutrina da discricionariedade administrativa, partia da premissa da liberdade administrativa para recusar, em qualquer caso, a sindicabilidade das atividades administrativas discricionárias; de outro, Friedrich Tezner (1870-1937) propunha a limitar tal exceção, ao defender a possibilidade do exame judicial de todas as atividades administrativas²⁹⁵. Entre essas duas argumentações situavam-se diferentes visões sobre a relação entre a definição do interesse público e a submissão ao *Rechtsstaat*. Segundo Bongiovanni (2007, p. 300), de um lado, Bernatzik afirmava que, dentro da liberdade administrativa, o critério para distinguir entre adjudicação (direito) e administração não poderia ser detectado, o que inclinava a balança em favor da inviolabilidade da apreciação administrativa; de outro, Tezner acreditava que esses dois elementos poderiam ser equacionados por meio do estabelecimento de procedimentos jurídicos que enquadrariam a própria administração, privilegiando, dessa forma, o papel do direito como legitimador da identificação do interesse público. Também é possível perceber, entre os dois posicionamentos antagônicos, traços das duas racionalidades substantivas ainda hoje

²⁹⁵ Tezner defendia a possibilidade de reexame judicial de todo os atos administrativos, até mesmo aqueles fundados em “apreciações técnicas”, o que seria mesmo uma expressão sem qualquer sentido para esse administrativista austríaco (MAYER, 1903, p. 213). Vale notar que também Otto Mayer era partidário desse entendimento, como uma regra geral.

empregadas no direito administrativo nacional, analisadas no Capítulo 1. Vê-se que o discurso jurídico elaborado por Bernatzik buscava introduzir no sistema jurídico os valores e os objetivos desenvolvidos no âmbito de outras disciplinas científicas e sistemas axiológicos, de modo acrítico e deferente (racionalidade substantiva relacionada a valores). Já Tezner advogava que o direito forneceria os critérios pelos quais as medidas administrativas (meios) e os objetivos políticos e valorativos (fins) poderiam ser mensurados para que se alcançasse o interesse público (racionalidade substantiva relacionada a fins).

Apesar da fama adquirida pelos debates entre Bernatzik e Tezner perante os administrativistas brasileiros²⁹⁶, vale notar, contudo, que o tema da discricionariedade administrativa era consideravelmente mais antigo na doutrina francesa. De acordo com Burdeau (1995, pp. 156 e 160), a instituição do Conselho de Estado francês (1799) trouxe consigo a dualidade dos atos administrativos, divididos entre aqueles que poderiam ou não ser questionados na jurisdição administrativa. Em oposição àqueles atos passíveis de violar direitos privados, existiam ações estatais a respeito das quais a doutrina atribuía um *poder discricionário*, que se estendia sobre todas as matérias então consideradas como *pura administração* (regulamentos de polícia, nomeação e destituição de funcionários, dentre outras). Enquanto os primeiros eram atos vinculados pelo direito positivo (administração passiva), os últimos estavam entre os atos em que a vontade do poder público era livre de qualquer escrutínio, na busca pela identificação do interesse geral (administração ativa). O controle de legalidade sobre os atos ditos de pura administração começou após a década de 1830, com o fim da Monarquia Parlamentar, e se restringia à exigência de respeito a aspectos da *legalidade externa* (vícios de competência, forma, e violações ao direito adquirido), atacados pelos chamados *recursos por excesso de poder* (BURDEAU, 1995, p. 187).

Somente a partir da década de 1860 a doutrina francesa²⁹⁷ passou a desenvolver a tese do *détournement de pouvoir* (desvio de poder) como meio de adentrar a *legalidade interna* (vícios de finalidade e motivo) dos atos administrativos de pura administração, sob o argumento do uso do poder discricionário em desacordo com os fins previstos

²⁹⁶ Os debates entre Bernatzik e Tezner são mencionados por Di Pietro (2001, pp. 102-103) e Grotti (2015, p. 170), dentre outros. É preciso destacar, de igual modo, que as controvérsias em torno do alargado conceito de Bernatzik sobre discricionariedade administrativa foram destacadas por Mayer (1903, pp. 268-269) e Presutti (1911, p. 6), levando a crer na influência da doutrina administrativista germânica sobre a italiana, por meio da qual se chega mais facilmente ao ambiente nacional.

²⁹⁷ Léon Aucoc foi um dos doutrinadores precursores dessa tese, como visto na nota de rodapé nº 284.

legalmente. Tal construção doutrinária e jurisprudencial foi paulatinamente produzida por meio de “*deduções engenhosas e por vezes um pouco sutis*”, impulsionadas pelo propósito de “*preencher as lacunas do direito antigo e suavizar o rigor, em vista do interesse público*”, conforme testemunhou Édouard Laferrière (1841-1901) (1896, p. 412). A impressão confidenciada por esse autor confirma também a observação efetuada por Roger Bonnard (1923, p. 363), para quem o Conselho de Estado apresentava uma tendência cada vez mais acentuada a querer diminuir a extensão do poder discricionário mediante o controle e a censura da liberdade de apreciação das autoridades administrativas²⁹⁸. Mais que evidenciar o crescimento do papel do direito na determinação do conteúdo dos atos administrativos, tais testemunhos dão conta do gradual desenvolvimento, em meio ao discurso administrativista, da racionalidade substantiva relacionada a fins.

Por meio desse estilo de racionalidade (substantiva relacionada a fins), a doutrina do *détournement de pouvoir* visava devolver ao jurista parte da relevância perdida em favor dos administradores, transformando-o em juiz da *moralidade administrativa*, ao exercer uma certa função de *polícia da administração* (BONNARD, 1923, p. 364). Entretanto, ao recobrar o poder de determinar a validade de um ato administrativo em função de seus fins e motivos, o jurista, em contrapartida, deixaria o campo exclusivo do direito para buscar na seara de outras *expertises* (como a política, a economia e a sociologia) os critérios por meio dos quais mediria meios e fins. Conceitos como *moralidade administrativa*, que Hauriou²⁹⁹ explicava serem regras de conduta restritas ao âmbito interno da administração, serviam ao jurista como veículo discursivo mediante o qual era possível internalizar no direito objetivos programáticos vindos de outras disciplinas, sem abrir mão da condução do processo de escolha desses objetivos importados. A mesma função pode ser identificada no conceito de *finalidade de serviço público*, que Duguit propunha ser identificável por um jurista-sociólogo, e em função do qual seus discípulos defendiam ser possível examinar os motivos do ato administrativo³⁰⁰, propiciando o cálculo efetivo entre meios e fins.

²⁹⁸ A mesma impressão, consistente no crescente aumento das competências jurisdicionais sobre os atos considerados administrativos, era compartilhada por autores alemães, como Otto Mayer (1903, p. 214), e italianos, como Errico Presutti (1911, p. 1).

²⁹⁹ Hauriou (1929, p. 248) salientou que as regras da moralidade administrativa agiam internamente à administração e vinculavam seus agentes apenas em relação a si mesmos, disso não resultando um direito de ação do cidadão em face do poder público. Ainda assim, segundo esse autor, a administração teria o dever (interno) de corrigir seus atos segundo essa moralidade.

³⁰⁰ Bonnard (1923, p. 371) explicou que a relação entre motivos e fins do ato administrativo equivalia ao cálculo racional entre meios e fins.

Apesar da crescente relevância adquirida pelo direito em face da expertise extrajurídica, mediante os discursos pautados na racionalidade substantiva relacionada a fins³⁰¹, vale destacar que a doutrina administrativista não deixou de desenvolver discursos jurídicos alternativos, para legitimar os casos em que justiça administrativa resolvesse assimilar dogmaticamente os juízos da técnica. Um exemplo de tais discursos alternativos, capaz de criar exceções à gradual ampliação da ingerência do direito na discricionariedade administrativa, é o conceito de *discricionariedade técnica*. Ao comentar a jurisprudência administrativa italiana da virada do século XIX para o XX, Federico Cammeo (1872-1939) (1911, pp. 703-704) observava que, nas relações entre administração e cidadão, a autoridade judiciária era competente para conhecer não apenas do direito, mas também de sua correta aplicação aos fatos. Entretanto, o administrativista italiano advertia que a situação se tornava complexa quando os fatos fossem valorados segundo *critérios técnicos*, e em função do *interesse específico* da administração pública. Nessas hipóteses, estaria configurada a *discricionariedade técnica*, a respeito da qual a autoridade judiciária não detinha competência jurisdicional.

Enrico Presutti (1870-1949) igualmente reconheceu que a doutrina da discricionariedade técnica surgiu da prática do Conselho de Estado italiano a partir da década de 1890³⁰². Observou que a tendência jurisprudencial de alargar o campo do exame de legitimidade (análise do direito de um cidadão frente a uma obrigação da administração) em detrimento do de mérito (direito ou da administração) preservava certos discursos jurídicos que caminhavam na direção oposta. Esse era o caso da *discricionariedade técnica*, que ele entendia se distinguir da *discricionariedade verdadeira*. Diferentemente dessa última, os casos da discricionariedade técnica existiriam porque alguns pontos dispostos na lei positiva, não poderiam ser submetidos ao controle jurisdicional, sob pena de substituir o administrador pelo juiz³⁰³. Segundo Presutti (1911, pp. 11 e 59), tais pontos diriam respeito ao grau, à medida, à qualidade e ao caráter pelo qual a interpretação da lei a faria produzir efeitos. A apreciação desses pontos somente poderia ser realizada segundo *critérios técnicos* ou *práticas*

³⁰¹ Ver a nota de rodapé nº 298.

³⁰² Presutti (1911, pp. V-VI) afirmou utilizar o método indutivo-dedutivo, querendo com isso dizer que analisava os casos concretos submetidos ao Conselho de Estado italiano e, a partir deles, tecia considerações dedutivas de caráter lógico-formal, com o objetivo produzir sua dogmática jurídica.

³⁰³ Vale notar que Presutti (1911, p. 59) considerava absolutamente errôneo e manifestamente absurdo que o um juiz pudesse analisar o mérito de um ato discricionário, substituindo-o por um arbítrio seu. Para esse autor, ao defrontrar-se com a interpretação de um ato discricionário, o juiz deveria necessariamente socorrer-se de *critérios técnicos* (oferecidos pelas disciplinas extrajurídicas) e da prática administrativa (também extrajurídica), jamais sendo-lhe permitido substituir a apreciação administrativa pela sua.

administrativas, pertencentes ao domínio da expertise extrajurídica, fazendo com que o direito internalizasse acriticamente conteúdos estranhos a si mesmo. Nota-se aqui a sobrevivência excepcional da racionalidade substantiva relacionada a valores, em meio ao cada vez mais poderoso discurso jurídico em prol da revisão indiscriminada dos atos administrativos, segundo uma racionalidade substantiva instrumental, como visto acima. Diferentemente do Estado de polícia, em que a declaração de vontade contida na lei correspondia necessariamente à definição do interesse público, Presutti (1911, p. 38) recordava que, no Estado de direito, a lei apenas conteria parcialmente o conteúdo desse interesse coletivo, cabendo à administração calculá-lo em concreto. Como regra geral, a ordem jurídica permitiria o reexame verificação da existência do interesse público em concreto, caso fossem afetados direitos individuais. Por essa razão, a excepcionalidade proporcionada pelo discurso em torno da discricionariedade técnica foi considerada por Presutti (1911, p. 16) como um resquício do Estado policial, historicamente contingente e tendente a ser gradualmente reduzido.

Da exposição histórica empreendida ao longo deste capítulo, que tratou da formação discursiva em torno dos principais estilos de racionalidade ainda hoje predominantes na prática administrativista brasileira, percebe-se, ao fim, que o direito administrativo moderno é composto de três racionalidades jurídicas diferentes (analisados na Seção 1.2). Essas distintas racionalidades se combinam estrategicamente, fazendo do direito administrativo um instrumento (tecnologia) governamental que serve, por vezes, de impulso ou de anteparo aos avanços recíprocos nas disputas entre dominação e liberdades. Em primeiro lugar, servindo de estrutura sistêmica à noção prevalente de direito enquanto ciência positiva, encontra-se a racionalidade lógico-formal, comumente encontrada em sua modalidade conceitualista, ao modo inaugurado pelo pandectismo. Nascida de movimentos de confrontação à metafísica jusnaturalista e ao autoritarismo do Estado de polícia, essa racionalidade pautou-se no discurso da *legalidade estrita*, aferida segundo operações lógico-dedutivas internas ao direito. Ainda assim, aprendeu a conviver com outras racionalidades, de tipo substantivas, por meio de conceitos especificamente criados com o objetivo de transportar para dentro do direito conteúdos provenientes de outras ciências e sistemas valorativos. De maneira geral, o discurso da discricionariedade embutiu conceitos principiológicos (moralidade administrativa, interesse público, boa ordem, segurança pública, entre outros) que permitiram ao direito administrativo adentrar o exame do mérito da decisão tomada pelo administrador, abrindo portas para controlar eventuais excessos autoritários do Estado, praticados em detrimento dos direitos e

liberdades individuais. Nessa tarefa, o administrativista paulatinamente reclamou para si as atribuições de revisar os atos administrativos discricionários, mediante cálculos entre meios e fins suportados por conhecimentos ou sistemas valorativos alheios à ciência jurídica (racionalidade substantiva relacionada a fins)³⁰⁴. De outro lado, a preservação de discursos jurídicos (discricionariedade técnica e relação de sujeição especial) que impedem a imiscuição do direito administrativo no reexame dos atos declaradamente decididos em função da expertise extrajurídica, garantiu espaço para a sobrevivência da racionalidade substantiva valorativa. Por meio dela o jurista apenas recepciona as conclusões oferecidas por outras ciências, como se fossem dogmas incontestáveis, legitimando ímpetos autoritários reminiscentes da razão estatal de polícia, em meio ao Estado de direito, protetor das garantias individuais³⁰⁵.

Nota-se, assim, que o direito administrativo moderno opera em função de uma racionalidade governamental diferente daquela que movia o Estado de polícia. Foucault (2004b, pp. 40 e 45) apontou que essa *moderna racionalidade governamental* se desenvolveu, desde fins do século XVIII, a partir das tentativas de limitação jurídica do poder público em termos de utilidade³⁰⁶ governamental. Como visto anteriormente, a razão de Estado fundada na polícia compreendia um governo que se confundia com a administração, sendo mesmo um governo inteiramente administrativo³⁰⁷, como afirmou Foucault (2004b, p. 38), acrescentando que também seria uma administração integralmente bancada pelo peso da governamentalidade. Ainda que essa razão estatal autoritária não fosse completamente irrefreada, tendo em vista as limitações que filosofia jusnaturalista formulou em relação aos eventuais abusos do soberano, a contenção

³⁰⁴ Convém recordar, como visto no Capítulo 1, que os discursos jurídicos calcados na racionalidade substantiva relacionada a fins, apesar de se oporem a eventuais arroubos autoritários tentados pelo Estado, pode se prestar para legitimar um modo de autoritarismo patrocinado pelos juristas, a partir do momento em que se arrogaram o poder de determinar sozinhos os cálculos entre meios e fins pertinentes às decisões administrativas revisadas.

³⁰⁵ É interessante constatar que Burdeau (1995, p. 111) chegou a uma leitura semelhante ao analisar a formação do moderno direito administrativo francês. Esse autor o afirmou como resultado de uma dupla herança, uma amálgama desenvolvida a partir de duas tradições: a razão de Estado instrumentalizada pelos estudos sobre a ciência da polícia, desde inícios do século XVIII, e o culto à generalidade da lei, impulsionado pela Revolução Francesa. Burdeau (1995, p. 22) destacou, ainda, que o surgimento do direito administrativo moderno não se deu de forma “milagrosa”, correspondendo menos a uma vitória dos direitos sobre o poder, e mais a uma adaptação para garantir a efetividade e a perenidade desse último. Assim, o direito administrativo se inscreveria numa tradição marcada pelo princípio de que o poder deve ser regrado para que realize seus objetivos e perdure no longo prazo. Assim, Burdeau coincide com esta pesquisa, que enxerga o direito administrativo como uma tecnologia governamental.

³⁰⁶ Foucault (2004b, p. 42) explicou que a nova governamentalidade impôs a si mesma limites de competência baseados em questionamentos constantes sobre a utilidade de suas ações e instituições: seria úteis; úteis para que e em que limites; até que ponto passariam a ser inúteis ou nocivas?

³⁰⁷ Fala-se, aqui, de ordem (ou direito) administrativa segundo a tipologia oferecida por Unger, comentada no Capítulo 1.

jurídica ao poder governamental era externa à razão de Estado, centrada na ciência da polícia. Foucault sublinhou que a nova governamentalidade foi alimentada pelo influxo dos discursos formados a partir da política econômica (a princípio, pela Escola Fisiocrática), que via na reformulação da noção de mercado o modelo ideal para guiar a nova prática governamental. Esse mercado, então, seria o lugar onde leis naturais regeriam espontaneamente todas as relações sociais, fornecendo os padrões “verdadeiros” de correção e exatidão a respeito dos quais a menor e inadvertida intervenção estatal poderia resultar em perversões à ordem estabelecida. Nesse contexto, Foucault (2004b, pp. 39-40) apontou que a nova governamentalidade se deparou com a necessidade de transformar seu viés de autolimitação em formulação jurídica interna à própria governamentalidade. Isso levou a um deslocamento do centro de gravidade do direito público, cuja preocupação primordial deixava de ser o fundamento da legitimidade do poder soberano (e de sua ação) para abarcar o problema da imposição de limites jurídicos ao exercício do poder público. Essa é a gênese do direito administrativo moderno, forjado enquanto ferramenta (tecnologia) responsável por distinguir governo e administração, mediante a autolimitação do poder público via instituições jurídico-administrativas.

Essa tecnologia governamental (direito administrativo) recolocou o problema do exercício do poder público em função da difícil arbitragem entre as utilidades individuais e as coletivas, entre a defesa das liberdades fundamentais do sujeito e a legitimação da ação governamental (ou ausência de ação) em prol da utilidade geral, calculada segundo critérios de *verificação*³⁰⁸ oferecidos pela observação científica de uma noção de mercado idealizada enquanto *natureza universal*³⁰⁹. Nesses termos, o problema da determinação da utilidade transformou-se na mais importante referência para a elaboração dos limites do poder público, constituindo o problema central do direito administrativo (FOUCAULT, 2004b, p. 45). Sob o direito administrativo moderno, as intervenções do poder público passariam a ser medidas por meio do princípio da utilidade, que restringiria as intervenções estatais apenas aos casos em que fossem precisa e positivamente úteis, tendo em vista os interesses em jogo, envoltos em lutas estratégicas entre liberdades e estados de dominação. Sobre a razão governamental moderna, Foucault destacou:

³⁰⁸ De acordo com Foucault (2004b, pp. 33 e 46), no contexto da nova razão governamental, o mercado oferece os critérios de *verificação* das relações econômicas, extensíveis a todas as outras ordens. A observação do mercado, nesse sentido, proporcionaria as leis naturais que permitiriam encontrar o as verdadeiras relações de *valor e preço*. Ao contrário da razão de Estado, na qual o mercado era dominado por critérios de justiça (*jurisdição*) e o preço era regulado para ser *justo*, a nova governamentalidade buscaria o *preço natural ou normal*.

³⁰⁹ Sobre os variados conceitos de natureza, ver o Capítulo 2.

A razão governamental, sob sua forma moderna, que se estabeleceu ao final do século XVIII, essa razão governamental que tem por característica fundamental a busca por seu princípio de autolimitação, é uma razão que funciona em termos de interesse. Mas esse interesse não é mais, de fato, aquele do Estado inteiramente referido a ele mesmo, e que procura apenas o seu crescimento, a sua riqueza, a sua população, seu poder, como era o caso da razão de Estado. O interesse que agora a razão governamental deve obedecer são os interesses, o jogo complexo entre interesses individuais e coletivos, a utilidade social e o proveito econômico, entre o equilíbrio de mercado e o regime do poder público, é um jogo complexo entre direitos fundamentais e independência dos governados. Os governos, em todo caso, os governos nessa nova razão governamental, é qualquer coisa que manipula interesses (FOUCAULT, 2004b, p. 46). (tradução livre do autor)

Foucault, portanto, tem razão ao observar que essa moderna razão governamental manipula estrategicamente interesses, oscilando entre o coletivo e o individual, num esforço de conciliação tão contraditório quanto impossível³¹⁰ (FOUCAULT, 1988, p. 828). Essa manipulação frequentemente ocorre sob a roupagem do direito administrativo, que, como visto acima, desenvolveu discursos jurídicos (a exemplo das doutrinas da *discricionariedade técnica*, da *ponderação de princípios*, das *capacidades institucionais*) compatíveis com o prevalente formalismo da racionalidade jurídico-formal, os quais se prestam a conferir legitimidade ao cálculo governamental que arbitra o confronto de interesses, seja quando lhe convém favorecer os critérios de utilidade individual ou geral. A confecção desse cálculo resulta da articulação entre os estilos de racionalidade jurídica do direito administrativo e os conhecimentos da expertise extrajurídica, cujos movimentos ainda ecoam, aos ouvidos dos administrativistas contemporâneos, os ruídos metafóricos das engrenagens da máquina administrativa, da burocracia estatal, que é posta a rodar à maneira da imagem descrita por Joseph Barthélemy (1874-1945), em seu prefácio à obra de Otto Mayer:

[A administração] É uma máquina sábia, composta de engrenagens múltiplas e complexas; cada uma dessas engrenagens possui contornos precisos e fim próprio: trata-se de dar satisfação, por meio de soluções precisamente calculadas, em benefício assaz diversos dos administrados, de organizar todo um sistema de precauções e garantias, de regular, por meio de transações onde a infinita variedade de situações

³¹⁰ É interessante notar que Foucault (2004b, p. 44) rejeitou a lógica dialética, pretendendo substituí-la pela *lógica estratégica*. Enquanto a primeira relacionaria termos contraditórios em comparação com um termo médio, objetivando uma solução homogênea e unificadora, a lógica estratégica permitira conexões entre termos díspares, em que perdessem sua condição contraditória. Estratégia, para Foucault (2001, p. 346), é definida pela escolha das soluções vencedoras, no contexto do antagonismo entre opostos.

será minuciosamente prevista, os inevitáveis conflitos que surgem entre os direitos dos indivíduos e os poderes dos detentores de autoridade. O direito administrativo implica, sob o regime da legalidade, a existência de um aparelho considerável. (BARTHÉLEMY, 1903, p. III) (tradução livre do autor)

À medida que essa metáfora da *máquina administrativa* caminha para trocar o ruído das engrenagens analógicas pelo silêncio dos sistemas algorítmicos digitalizados, mostra-se oportuno retomar, a seguir, as indagações formuladas ao final do Capítulo 1. Importa cogitar como poderá o jurista aplicar o direito administrativo para realizar a análise jurídica de políticas públicas decididas ou sugeridas por sistemas de inteligência artificial. É preciso refletir sobre qual estilo de racionalidade o administrativista poderá empregar para evitar a assimilação acrítica dos cálculos supostamente exatos da burocracia algorítmica sem que, por outro lado, substitua o programa político proposto por suas próprias idiosincrasias, revestidas por metodologias jurídicas baseadas em ponderação de princípios. O próximo capítulo empreenderá o esforço de imaginar um estilo de racionalidade alternativo para abordar as relações entre direito administrativo e expertise extrajurídica, no que toca à análise de políticas públicas. Como será visto, esse estilo alternativo de racionalidade se orientaria, primordialmente, pelo valor da participação democrática e pela problematização das políticas públicas, fornecendo um norte definido para o exercício estratégico da autolimitação governamental formulada pelo direito administrativo, em meio às disputas cotidianas entre liberdades e dominação.

4. Uma nova racionalidade para o direito administrativo do século XXI

Os últimos dois capítulos pretenderam revisitar alguns dos longínquos processos históricos que contribuíram para a formação discursiva das doutrinas que recobrem os diferentes estilos de racionalidade hoje prevalentes no direito administrativo brasileiro. Os três estilos de racionalidade analisados no Capítulo 1, ao invés de perseguirem algum projeto doutrinário de exclusividade ou protagonismo em meio à praxe jurídico-administrativa, em verdade convivem estrategicamente e tingem o panorama da prática do direito com as variadas cores de um ecletismo teórico³¹¹. Esse ecletismo aproveita bem ao papel que o direito administrativo exerce enquanto *tecnologia governamental*, na medida em que serve de instrumento institucional tanto de legitimação das estratégias de poder do Estado sobre a sociedade (estratégias de dominação), quanto de contenção de eventuais ações porventura consideradas abusivas, segundo a estratégia discursiva dos grupos sociais defensores das liberdades individuais (estratégias de poder).

Esta pesquisa considera, a partir de uma perspectiva foucaultiana (2001, p. 345), que o direito administrativo moderno é um componente derivado do processo de progressiva *governamentalização* das relações de poder, entendido como o modo pelo qual os confrontos estratégicos entre visões opostas de mundo foram racionalizados e centralizados sobre os alicerces de instituições estatais. Ao oferecer guarida a racionalidades diversas, que permitem assimilar múltiplos e contraditórios insumos valorativos e programáticos³¹², o direito administrativo constitui-se em uma *tecnologia de governo* capaz de prover momentos de estabilidade (estados de dominação³¹³) em meio aos enfrentamentos frequentes e inerentes às relações de poder. Como, na modernidade, os pontos de controvérsia disputados nos jogos estratégicos de poder ligam-se cada vez mais a uma esfera protagonizada pelo conhecimento técnico-científico, o problema central da racionalidade do direito administrativo encontra-se justamente em sua relação

³¹¹ Duncan Kennedy (2012, p. 43), ao comentar a multiplicidade das teorias jurídicas no cenário norte-americano contemporâneo, afirmou que hoje existe um ecletismo teórico, o que esta pesquisa entende ser caracterizado por pela escolha descompromissada e casuista entre as diversas doutrinas existentes, com o fim de perseguir estrategicamente (racionalmente) um dado valor ou programa.

³¹² Sobre o ecletismo doutrinário do direito contemporâneo, David Kennedy (2016, p. 5) destacou que os modos de racionalidade jurídica se tornaram menos formais e rigorosos sob o ponto de vista analítico, ao mesmo tempo em que adquiriram maior complexidade e interdisciplinariedade.

³¹³ Foucault (2001, p. 348) entendia por dominação uma estrutura geral de poder entranhada profundamente na sociedade, uma situação estratégica consolidada, resultante de um longo confronto entre dois adversários.

com a expertise extrajurídica. Vale recordar que o cerne das políticas públicas formuladas pela ação governamental é corriqueiramente apresentado mediante os vocabulários próprios das expertises jurídica e extrajurídica, cujo hermetismo dificulta a compreensão de sua dimensão política, na medida em que esse conhecimento *expert* é responsável pela distribuição de poder e riqueza entre grupos sociais distintos, titulares de interesses conflitantes entre si (KENNEDY, 2006, p. 95).

Atualmente, o formalismo conceitualista das doutrinas administrativistas (racionalidade lógico-formal)³¹⁴ propicia combinações casuístas (estratégicas) entre racionalidades substantivas que ora incorporam acriticamente e dogmaticamente as conclusões alegadamente técnico-científicas dos variados burocratas das áreas técnicas, ora substituem a opinião técnica do *expert* pela suposta exatidão da ponderação de princípios (racionalidade substantiva valorativa), guiados pelos valores ou programas políticos da predileção do administrativista de plantão (racionalidade substantiva instrumental). Como visto, embora esse arranjo racional característico do direito administrativo funcione efetivamente como uma tecnologia governamental arbitradora dos jogos estratégicos de poder, e apesar da centralidade do conhecimento técnico-científico na formatação das políticas públicas submetidas à análise jurídica, esta pesquisa constata que as teorias administrativistas em voga não possuem qualquer preocupação, discursivamente articulada, que objetive estabelecer conexões entre direito e expertise³¹⁵. 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.

A progressiva expansão da lógica algorítmica em meio ao desenrolar do processo de burocratização da administração pública, somada ao rápido avanço das tecnologias da informação e da comunicação (TICs)³¹⁶, contribui para agravar o problema da desconexão entre direito e *técnica*. A possibilidade iminente de que sistemas de inteligência artificial

³¹⁴ A análise dos estilos de racionalidade predominantes no direito administrativo contemporâneo foi realizada no Capítulo 1.

³¹⁵ Essa discussão foi empreendida no Capítulo 1, especialmente na Seção 1.2.

³¹⁶ Consoante abordado nas últimas seções do Capítulo 1 (Seções 1.3, 1.4 e 1.5).

(como os robôs-assessores abordados na Seção 1.4³¹⁷) passem a ser empregados na recomendação ou decisão de políticas públicas, alimenta o receio de um vertiginoso aprofundamento do abismo que separa juristas e *experts*. Diretrizes programáticas calculadas algorítmicamente por ferramentas típicas do *Big data* dificilmente serão diretamente examinadas, ou mesmo compreendidas, pelos administrativistas que operarem segundo os estilos de racionalidade ora criticados. No cenário em que o direito administrativo hoje se apresenta, uma proposta de política pública total ou parcialmente formulada por sistemas algorítmicos correria o risco de ser encampada pelos *juristas-burocratas* como um artigo de fé, portador da verdade incontestável a respeito do problema a que tal política visa responder. Dentro da visão de mundo tecnocrática em que se inserem doutrinas como a da *discricionariade técnica*, as conclusões da expertise costumam ser fetichizadas³¹⁸ pelo direito, e adquirem conotações místicas (como uma espécie de inteligência imanente, acima do ser humano) que, de modo paradoxal, caminham na contramão do processo de *desencantamento* do mundo, conduzido pela persistente marcha do método científico com chave para o conhecimento sobre o funcionamento do universo e da sociedade³¹⁹. A alternativa racional hoje disponível aos administrativistas que discordem desse projeto de *naturalização* das prescrições sociais calculadas pela expertise (seja humana ou de sistemas algorítmicos) não deixa de ser, no entanto, um outro tipo de fetiche. A substituição da mítica exatidão da máquina inteligente (da expertise, de modo geral) pela autoproclamada precisão da técnica jurídica da ponderação de princípios equivaleria a uma simples troca de um sistema de crenças por outro, de um regime de criação de verdades por outro³²⁰.

A via que permite escapar a esse dilema entre fetiches exige do administrativista irredimido, todavia, uma contrapartida. Requer não apenas uma resistência contra as pressões das variadas teorias que almejam, de uma maneira ou de outra, reencantar o mundo com explicações etéreas para problemas concretos. Reclama, em verdade, uma atitude distinta em face do problema, até então abandonado, da criação de conexões entre o direito e a expertise. Uma postura voltada para a construção de canais de comunicação

³¹⁷ A Seção 1.4 abordou o trabalho de Engin e Treleaven (2019, p. 449), que previu a disseminação de *robo-advisers* na administração pública, assim como a utilização de tecnologias de *Big data* para mineração e análise de dados relacionados a políticas públicas.

³¹⁸ Ian Hacking (2016), ao tratar do pensamento de Foucault sobre o projeto quantitativo e classificador promovido pela estatística, qualificou de *fetiche* a obsessão pela contagem e pela classificação dos fenômenos sociais, movida pelo lema “*informação e controle*”.

³¹⁹ Sobre o tema, ver a Seção 2.6.

³²⁰ A esse respeito, Foucault (2004b, p. 38) falou de “*regimes de verificação*”.

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 públicas. Esta pesquisa oferece nas seções a seguir a sua contribuição em prol desse empenho de reimaginação da racionalidade administrativista, destacando desde já os dois focos principais de sua atenção: (i) a problematização da expertise contida nas políticas públicas; e (ii) a imposição de requisitos que confirmam um caráter democrático a tal problematização.

A respeito do primeiro foco, esta pesquisa abordará a necessidade de problematizar os elementos extrajurídicos que fundamentam as políticas públicas, questionando a mitificação das proposições produzidas pela expertise, e desafiando os limites do conhecimento técnico-científico. Para tanto, o direito administrativo precisará estabelecer conexões entre o direito e a técnica, o que pode ser perseguido por meio da aliança entre análise teórica e investigação empírica, capaz de demonstrar os variados impactos práticos das políticas públicas sobre aspectos concretos da vida do ser humano em sociedade, que constituem expressão dos valores e programas protegidos pela Constituição e pela legislação dela decorrente. Como será enfatizado mais adiante, a problematização da expertise não objetiva que o direito administrativo forneça *a única resposta certa* para solucionar o problema em questão. Ao contrário, cumpre ao direito administrativo enquadrar o conjunto dos fatos e dos discursos sob exame nos moldes de perguntas claras e diretas, aptas a propiciarem o ponto de partida para o debate democrático produtivo em busca de soluções eficazes.

Desse ponto emerge o segundo, e não menos importante, foco de atenção da nova racionalidade ora imaginada. A imposição do caráter democrático à elaboração das políticas públicas pela administração é o fator que busca combater diretamente os elementos fetichizantes promovidos pelas racionalidades substantivas acima criticadas. A obrigatoriedade da confecção de procedimentos que viabilizem a discussão democrática sobre as propostas da *técnica* visa combater a visão de mundo tecnocrática que é endêmica em meio à burocracia estatal. Ao mesmo tempo, a democratização do processo administrativo formulador das políticas públicas tenderia a reduzir a importância prática dos métodos jurídicos calcados na ponderação de princípios, tendo em vista que a constatação de uma pluralidade de interesses legítimos e antagônicos afrontaria a ilusão simplificadora representada pela ideia de uma resposta verdadeira *a priori*.

Por essas razões, a racionalidade que ora se cogita pode ser chamada de *racionalidade problemático-democrática*. Em termos weberianos, essa racionalidade

seria substantiva, na medida em que não dependeria apenas de raciocínios formais e internos ao seu domínio, sendo os valores da liberdade e da democracia os vetores que guiariam os cálculos instrumentais dele derivados, o que necessariamente levaria em conta os insumos produzidos pelo debate plural institucionalizado. As reflexões sobre essa nova racionalidade começarão pela análise da literatura jurídica pré-existente a respeito da interseção entre direito e a produção de políticas públicas por sistemas de inteligência artificial. Em seguida, esta pesquisa passará às considerações sobre os dois mencionados focos de atenção da proposta *racionalidade problemático-democrática*.

4.1. Os dois posicionamentos pré-existentes e a necessidade de uma nova racionalidade para o direito administrativo

Esta pesquisa identificou, em linhas gerais, dois distintos posicionamentos a respeito do problema resultante do encontro entre o direito administrativo³²¹ e a expertise derivada de sistemas de inteligência artificial, capazes de decidir ou sugerir políticas públicas. O primeiro deles consiste na avaliação de que as doutrinas do direito administrativo contemporâneo já são suficientes para lidar com a utilização de sofisticados sistemas algorítmicos em processos decisórios sobre políticas públicas. O segundo posicionamento inclina-se pela necessidade de adaptações doutrinárias em função das novas tecnologias, objetivando recuperar a eficácia original das teses administrativistas clássicas, hoje ameaçadas pelo crescente processo de automação das decisões administrativas.

O primeiro posicionamento é representado pela opinião de Cary Coglianese e David Lehr (2017), que promoveram estudo com o propósito de investigar se o projeto da regulação algorítmica ofenderia doutrinas tradicionais da teoria administrativista norte-americana, a exemplo da doutrina da não-delegação, do devido processo administrativo (“*procedural due process*”), da igualdade de proteção, dos princípios da motivação (“*principle of reason-giving*”) e da transparência. Os autores referidos se esforçaram por desfazer imagens distópicas em que indivíduos abririam mão de suas liberdades em prol do controle governamental exercido por computadores inalcançáveis pelos controles institucionais de um Estado de direito. Assim, reunindo uma boa dose de

³²¹ Embora os autores em questão tenham examinado apenas contextos estrangeiros (norte-americano, principalmente), vale destacar que análise pode ser estendida ao caso brasileiro, tendo em vista que as doutrina do “*due process*” é equiparável às teorias do “*devido processo legal*” construídas pelos administrativistas nacionais.

otimismo quanto ao cálculo entre prós e contras advindos do uso intensivo de sistemas de inteligência artificial na confecção de políticas públicas, Coglianese e Lehr (2017, p. 6) concluíram que o risco de uma opressão digital às liberdades humanas, decorrente da dependência de robôs autônomos e autodidatas, é virtualmente inexistente. É verdade que os autores manifestaram empatia quanto aos receios de que a *regulação por robôs* (“*regulating by robot*”) venha a desrespeitar os princípios basilares da administração pública, visto que o modelo de Estado de direito é construído sobre o pressuposto de decisões tomadas por seres humanos. Entretanto, eles foram taxativos ao repudiar esses temores, ao chamar atenção para o fato de que a administração pública é, já há bastante tempo, uma vasta *máquina burocrática* de governo, intrinsecamente inclinada a um distanciamento de controles sociais.

É curioso perceber que Coglianese e Lehr apelaram explicitamente para a metáfora do *governo enquanto máquina* para atingir o propósito de naturalizar³²² os efeitos do processo de racionalização burocrática³²³, impulsionador do projeto de quantificação, classificação e calculabilidade do mundo. Ao rememorar que a administração pública carrega uma relação atávica com metáforas mecanicistas, os autores buscaram amenizar a percepção dos efeitos potencialmente decorrentes da crescente automação do processo decisório em meio à burocracia estatal. Para Coglianese e Lehr (2017, p. 18), o uso de *machine learning* em sistemas algorítmicos traria três preocupações principais: (i) o caráter autodidata de tais algoritmos desoneraria os seres humanos da responsabilidade de determinar e correlacionar fatores motivadores da decisão; (ii) a característica da difícil inteligibilidade do funcionamento dos algoritmos (natureza de “caixa-preta”); (iii) a rapidez do processamento de informações e do oferecimento de resultados por parte desses sistemas automatizados tenderia a diminuir ou elidir os espaços de atuação humana.

Entretanto, ainda de acordo com os autores, tais inquietações não resultariam, em última análise, na comprovação de que as técnicas de *machine learning* teriam o efeito de tornar a administração qualitativamente mais independente dos seres humanos do que as tradicionais técnicas estatísticas. Em verdade, na opinião de Coglianese e Lehr (2017, p. 19), os recursos da inteligência artificial apenas tornariam mais eficientes as decisões

³²² Sobre os variados usos e origens das metáforas mecanicistas e seus propósitos de naturalização de prescrições sociais, ver o Capítulo 2.

³²³ O processo de racionalização burocrática, seguindo uma lógica algorítmica, foi abordado nas Seções 1.3 e 1.4.

administrativas cujos critérios exigissem precisão, como é o caso daquelas em que máquinas já são amplamente utilizadas para mensurações e inspeções de fatos regulados, a exemplo da qualidade do ar, da velocidade da internet em banda larga, entre várias outras. Em suma, toda situação potencialmente quantificável estaria apta a receber a contribuição de sistemas autônomos de decisão administrativa, tendo em vista a centralidade do critério da exatidão do cálculo, com a vantagem de que máquinas o fazem mais rápido, preciso e impessoal que os humanos.

Mais do que o simples critério da exatidão do cálculo aplicado a uma situação quantificável, Coglianese e Lehr (2017, p. 28) apontam a *discricionariedade administrativa* como o fator determinante para a naturalização da regulação algorítmica. Assim como as doutrinas administrativistas contemporâneas entendem ser legítimas as decisões motivadas por finalidades consideradas de *interesse público*, os autores entendem que sistemas algorítmicos programados com funções objetivas identificadas com esse fim (*interesse público*) seriam igualmente válidos³²⁴. Os mesmos fatores (crescente complexidade social e dependência técnico-científica) que impulsionaram a doutrina administrativista a legitimar a delegação de decisões *técnicas* à burocracia governamental residente no poder executivo, entre fins do século XIX e meados do XX, agora justificam também a *regulação por robôs*. “*Se um fim tão amplo e qualitativo como ‘agir no interesse público’ é legalmente suficiente, então fins definidos de modo preciso, quantificável e mensurável certamente devem também se assim considerados*”, dizem esses pesquisadores (2017, p. 28).

Ainda, segundo argumentam Coglianese e Lehr (2017, p. 28), as autoridades administrativas legalmente competentes sempre estariam no controle dos sistemas algorítmicos, seja aprovando as diretrizes de seu funcionamento ou avaliando as decisões influenciadas ou tomadas por eles, o que encaixaria tais atividades na esfera do poder discricionário tradicionalmente deferido à administração:

Embora os sistemas de *machine learning* sejam mais autônomos em relação aos seres humanos que as técnicas tradicionais de estatística, essa autonomia ainda estaria longe de uma impermissibilidade constitucional. Mesmo que a produção normativa fosse totalmente automatizada, os algoritmos subjacentes, para que funcionem

³²⁴ Nas palavras de Coglianese e Lehr (2017, p. 46): “Assumindo que o interesse governamental para o qual o algoritmo de *machine learning* empregado é legítimo, então será difícil considerar que esse algoritmo seja ilegal por esse motivo [desvio de finalidade]. A função objetiva de um algoritmo proverá ela mesma uma corporificação concreta e matemática do fim otimizado perseguido pela administração, suficiente para demonstrar a relação racional entre o algoritmo e o interesse público em jogo.”

corretamente, devem ser confeccionados de modo a que decisões discricionárias continuem a cargo dos humanos que criam e supervisionam os algoritmos. Como discutido previamente, algoritmos não criam conteúdos regulatórios *ex novo*; seres humanos devem especificar os fins, os comandos e as consequências das regras potenciais entre as quais o algoritmo de machine learning escolherá a melhor. Mais importante que tudo, os humanos podem, a qualquer momento, escolher rejeitar a regra escolhida pela máquina, alterar a especificação do algoritmo, ou mesmo “puxar o fio da tomada” quanto a todo o sistema. Enquanto um ser humano continuar legalmente responsável por assinar ou aprovar regras regulatórias, a humanidade continuará tendo o controle último sobre os algoritmos. (COGLIANESE; LEHR, 2017, p. 29) (tradução livre do autor)

A análise do posicionamento de Coglianese e Lehr (2017) permite concluir que eles operam segundo a combinação das racionalidades lógico-formal e substantiva relacionada a valores. O formalismo desses autores é revelado pelo papel estruturante atribuído aos conceitos jurídicos deduzidos pela doutrina administrativista, cujo encadeamento hierarquizado determina a validade jurídica de uma conduta administrativa. De outro lado, os autores utilizam certos conceitos jurídicos, como *discricionariedade* e *interesse público*, enquanto porta de entrada de juízos fornecidos por disciplinas científicas alheias ao direito, cujos métodos matematizados são recepcionados acriticamente pelo direito administrativo. Assim, vistos pelas lentes do formalismo jurídico, os sistemas decisórios baseados em inteligência artificial não deixariam de cumprir, hipoteticamente, nenhum requisito hoje exigido pela doutrina administrativista. Quando muito, em caso de incerteza sobre pertinência dos cálculos das máquinas inteligentes, os autores sugerem o apoio de *experts* independentes e de comitês consultivos especializados sujeitos a revisão por pares igualmente técnicos (*peer review*), o que não deixa de recair na crença inabalável numa visão de mundo tecnocrática (COGLIANESE; LEHR, 2017, p. 37). Coglianese e Lehr (2017, p. 64) não esconderam que são adeptos da ideia fetichizante da quantificabilidade do mundo. Ao contrário, afirmaram que os sistemas algorítmicos representam a evolução da razão humana, pois apesar de fundamentalmente similares a essa, proporcionam processos decisórios mais precisos e úteis à humanidade³²⁵.

Diferentemente da percepção exposta por esses dois últimos autores, o segundo posicionamento a respeito do problema de pesquisa ora em foco enxerga dificuldades na

³²⁵ A esse respeito, é interessante reportar à crítica feita à falácia naturalística na Seção 2.6.

recepção dos sistemas decisórios automatizados³²⁶ pelas doutrinas administrativistas tradicionais. Danielle Keats Citron (2007), em trabalho pioneiro sobre o tema, avaliou que as garantias individuais oferecidas pela doutrina administrativista do século XX não mais seriam suficientes em um cenário de crescente automação algorítmica das decisões administrativas. Para essa autora, a tendência de automação da burocracia implicaria a confusão entre os processos administrativos adjudicatórios e de produção normativa, minando as garantias administrativas tradicionalmente oferecidas por ambos. Enquanto no processo administrativo de decisão sobre casos concretos existem garantias ao contraditório e ampla defesa, que permitem ao indivíduo ser ouvido em seus argumentos, a criação normativa pelas agências da administração pública eventualmente³²⁷ propicia condições para um amplo debate social a respeito de políticas públicas em gestação. Para Citron (2007, p. 1253), a automação empreendida pelos sistemas algorítmicos acarretaria confusão entre esses dois processos, na medida em que a própria confecção de um tal sistema computadorizado equivaleria a um processo de criação normativa, destituído de qualquer garantia legal.

As linhas de código de programação resultantes do trabalho do programador de software, nessa leitura, seriam normas que determinariam os resultados das decisões automatizadas, tanto quanto as leis formais que disciplinam o processo administrativo. Citron (2007, p. 1261) ainda advertiu que, nessa tarefa de tradução da linguagem natural para a linguagem de programação, o programador está sujeito a causar distorções capazes de modificar o conteúdo de normas jurídicas formalmente estipuladas, sem que esteja sujeito a qualquer controle legal. Por outro lado, a autora (2007, p. 1297) também destacou que o processo de automatização das decisões encoraja a administração pública a simplificar excessivamente suas políticas públicas, de modo a torná-las mais facilmente

³²⁶ Citron (2007, p. 1260) afirmou que tais sistemas decisórios automatizados são caracterizados por serem programas baseados em regras (*rules-based programs*), em associação (*data-matching programs*) e mineração de dados (*data-mining programs*). Ainda segundo a autora: “primeiro, sistemas baseados em regras aplicam uma dada política a um conjunto de fatos, ou seja, programadores traduzem políticas da linguagem natural para os códigos de computador, embutindo-as nas regras-base do sistema e formando o que se chama ‘tabelas de decisão’ (a lógica do sistema); em segundo lugar, sistemas de associação de dados comparam dois ou mais bancos de dados mediante um conjunto algorítmico de regras que determinam a probabilidade de dois conjuntos de informações personalizadas representarem o mesmo indivíduo; em terceiro lugar, a mineração de dados emprega algoritmos e mecanismos de busca capazes de encontrar padrões e correlações específicos, armazenados em grandes bancos de dados.”

³²⁷ Citron fala do caso norte-americano, que conta com legislação federal a respeito da participação pública no processo de criação normativa no seio da administração pública. No Brasil, a Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999), tornou a consulta pública em processos administrativos facultativa, sendo obrigatória apenas nos procedimentos normativos de algumas agências reguladoras, como a Agência Nacional de Telecomunicações (BRASIL, 1997).

codificáveis em linguagem de programação, em detrimento das nuances temáticas trabalhadas pela expertise burocrática. Além das deformações de sentido inerentes a qualquer tradução, Citron acrescentou que os programadores ainda podem deturpar as políticas que se dispõem a codificar em razão de vieses cognitivos inconscientes e de carência de conhecimento especializado sobre os temas subjacentes à política pública. Nesse sentido, a autora equipara tais programadores aos *burocratas nível-de-rua* (*street-level bureaucrats*), a quem estudos sociológicos atribuem ampla margem de discricionariedade prática, livre de controles institucionais, o que coincide com o conceito de *burocratas nível-de-sistema* (*system-level bureaucrats*) desenvolvido por Bovens e Zouridis (2002, p. 181), abordado na Seção 1.4.

Outro importante malefício decorrente da regulação algorítmica, destacado por Citron (2007, p. 1271) em função de estudos comportamentais pré-existentes, é o *viés de automação*, descrito como o uso dos sistemas automatizados como substituto heurístico da criteriosa atividade humana de pesquisa e de avaliação de informações motivadoras da decisão administrativa. Trata-se de viés cognitivo humano que percebe as soluções calculadas por sistemas algorítmicos como infalíveis, fazendo com que as autoridades competentes para supervisionar ou aprovar as decisões automatizadas se inclinem a acatá-las mesmo quando suspeitem de sua correção ou adequação. Assim, mesmo que um sistema automatizado apenas recomende uma dada providência, o agente público competente tenderá a encarar a sugestão da máquina como decisão final. Ainda de acordo com Citron (2007, p. 1272), quanto maior a complexidade de tais sistemas e dos problemas sociais sobre os quais são aplicados, maior também seria a força desse *viés de automação*, que forçaria uma crescente dependência humana em relação às máquinas inteligentes, com prejuízo do desenvolvimento (ou mesmo da manutenção) das habilidades necessárias ao desempenho das funções públicas submetidas à automatização.

Em resposta às consequências negativas desse processo de automatização, Citron (2007, p. 1258) propôs a construção doutrinária do que ela chamou de *devido processo tecnológico* (*technological due process*), com o objetivo de proporcionar novos mecanismos capazes de substituir os regimes processuais que a regulação algorítmica ameaça. Entre as variadas ideias e sugestões interessantes esboçadas por Citron (2007, p. 1305), consta a obrigatoriedade de que sistemas automatizados gerem *rastros auditáveis* (*audit trails*) que registrem os fatos e as regras efetivamente utilizados para embasar as decisões algorítmicas, permitindo que os indivíduos interessados possam conhecer e contestar todos os elementos determinantes da decisão administrativa. Em acréscimo, a

autora (2007, p. 1306) também recomenda treinamento aos agentes públicos voltado à prevenção do *viés de automação*, somado à exigência de que tais agentes, ao acatarem a sugestão das máquinas, expliquem em detalhe quais aspectos fáticos e normas jurídicas corroborariam as decisões automatizadas. A respeito do processo de produção normativa, Citron (2007, p. 1308) tratou da necessidade de impor transparência ao código-fonte dos sistemas decisórios automatizados, bem como da conveniência de se incentivar a participação pública na elaboração de tais sistemas (CITRON, 2007, p. 1312). Muitas das sugestões práticas formuladas por Citron foram incorporadas em estudos posteriores a respeito da redução do déficit democrático da regulação algorítmica³²⁸.

Contudo, convém salientar que a proposta de Citron (2007, p. 1301) é embasada teoricamente na literatura jurídica que a presente pesquisa associa à ponderação de princípios³²⁹. De fato, a autora deposita suas esperanças na função que acredita existir nos princípios jurídicos, os quais permitiriam que as autoridades administrativas decisórias modulassem um juízo sobre os fatos visando um fim específico, aumentando as chances de uma decisão *ideal*. Com isso, percebe-se que o esforço embutido em muitas das recomendações do *devido processo tecnológico* caminha no sentido de devolver os espaços de *discricionariedade administrativa* às autoridades públicas competentes, restabelecendo a operação da racionalidade substantiva instrumental onde ela houvesse sido substituída pelo *viés de automação*. Citron (2007, p. 1301-1304) afirmou que a utilização de princípios jurídicos sempre requer o exercício da discricionariedade, tendo textualmente recomendado que decisões tradicionalmente marcadas pela discricionariedade não sejam submetidas à automatização algorítmica. Assim, diferentemente de Coglianese e Lehr, que fetichizam a quantificabilidade das políticas públicas e a precisão dos cálculos resultantes dos sistemas algorítmicos, Citron parece adotar postura inversa, porém não menos mistificante. O combate aos efeitos negativos derivados da automatização da administração, segundo sugerido pela autora, é sustentado pelo pressuposto de que as doutrinas administrativistas anteriores ao avanço tecnológico computacional, principalmente aquelas baseadas em princípios administrativos (como o *interesse público*), eram suficientes para lidar com o problema das relações entre direito e expertise extrajurídica.

³²⁸ É o caso da proposta de *Avaliação de Impacto Algorítmico* (REISMAN et al., 2018), elaborada pela acadêmicos norte-americanos a serviço do *think tank Artificial Intelligence Now*.

³²⁹ Entre os teóricos citados por Citron (2007, p. 1301) encontra-se Ronald Dworkin.

De maneira similar à abordagem de Citron, vale comentar a pesquisa de Mireille Hildebrandt (2018), apontou em direção à necessidade de reformulação teórica quanto aos modos de interpretação empregados na conexão entre inteligência artificial e o direito. Partindo de uma análise da regulação algorítmica, essa pesquisadora procurou demonstrar como as tecnologias preditivas de automatização decisória transformaram o alfabeto e a gramática do moderno direito positivo, erodindo fundamentos do Estado de direito. A regulação algorítmica, como visto na Seção 1.4, consiste na definição de padrões e nos constantes monitoramento e modificação comportamentais mediante algoritmos computadorizados, aplicados no contexto da produção e da aplicação de normas infralegais em meio à administração pública. Hildebrandt (2018, p. 2) diferencia os conceitos de *direito orientado pelo texto (text-driven law)*, *regulação orientada por código (code-driven regulation)* e *regulação orientada por dados (data-driven regulation)*. A *regulação orientada pelo código* se refere aos algoritmos autoexecutáveis, que integram os padrões estabelecidos e os mecanismos de monitoramento e modificação comportamental inerentes à regulação algorítmica. Existe também a *regulação orientada por dados*, que provê elementos ou sugestões de decisão calculados por algoritmos preditivos que inferem padrões, a partir de análise de dados, com objetivo de aprimorar o monitoramento e a modificação de comportamentos. Já o *direito orientado pelo texto* é como a autora chama o moderno direito positivo. A regulação algorítmica integra os dois modos de regulação acima apresentados e altera o modo de interpretação do *direito orientado pelo texto*, na conjuntura de um Estado de direito.

Hildebrandt (2018, p. 3) concentrou suas atenções especialmente no fenômeno da *regulação orientada por dados*, que, não sendo determinística³³⁰ como a *regulação orientada por código*, carece de uma aura de objetividade e acarreta problemas de confiabilidade, inteligibilidade e contestabilidade por parte dos indivíduos afetados. A autora argumentou que as expectativas mágicas despertadas pela inteligência artificial decorrem de uma má compreensão a respeito dos cálculos estatísticos, desviando o foco que ela desejaria ver centralizado na confrontação dos vieses inerentes ao *aprendizado* (processo de formação dos juízos), seja das máquinas ou dos seres humanos. Ainda, Hildebrandt (2018, pp. 4-5) destacou que mesmo na hipótese de uma completa *explicabilidade* quanto ao funcionamento dos algoritmos preditivos, a *explicação* não

³³⁰ A *regulação orientada pelo código* é determinística porque funciona segundo regras de lógica formal, que representam regras do tipo “se isto, então aquilo”, formando grandes e complexas árvores de decisão (HILDEBRANDT, 2018, p. 2).

equivaleria à *legitimação*, tendo em vista que saber como os algoritmos chegaram a uma dada conclusão não significa ela seja considerada “*de acordo com a lei*”. Fica claro que a autora faz uma distinção entre uma perspectiva *externa ao direito*, em que diferentes abordagens científicas examinam os fenômenos comportamentais e a correlação entre informações, e outra, *interna ao direito*, que seria um domínio específico da experiência jurídica, ligada à institucionalização do Estado de direito.

Dentro dessa perspectiva interna ao direito, a regulação corresponderia ao conjunto de atividades da administração pública sujeitas ao princípio da legalidade. No mesmo sentido de Citron, amparando-se em autores filiados a metodologias de ponderação de princípios³³¹, Hildebrandt (2018, p. 6) argumentou que a regulação necessariamente resultaria na existência de espaços de discricionariedade identificados com a interpretação jurídica entre regras e normas, cuja exposição metodológica garantiria previsibilidade. Em suas palavras, “*a administração implica mais ou menos discricionariedade, ela requer ‘regulação jurídica’, entendida como um subconjunto do direito que incrementa a certeza jurídica no âmbito do processo decisório administrativo*”. Hildebrandt, tanto quanto Citron, julga satisfatórias as doutrinas administrativistas numa conjuntura pretérita ao advento da regulação algorítmica. A diferença entre elas se situa apenas na estratégia de combate aos potenciais malefícios do uso intensivo da inteligência artificial nos processos decisórios administrativos. Enquanto Citron busca readaptar antigas doutrinas administrativistas, Hildebrandt sugere novas formulações teóricas para atingir o propósito de restabelecer os espaços de conflito adversarial no núcleo do Estado de direito. A principal aposta de Hildebrandt, portanto, consiste em posicionar no centro das preocupações jurídicas o dever de recuperar os espaços de contestabilidade democrática a respeito dos variados interesses em disputa, recorrendo ao conceito de *agonismo*, o qual será retomado com especial interesse por essa pesquisa na Seção 4.3.

Diante dos dois posicionamentos acima resenhados (Coglianese e Lehr, de um lado, e Citron e Hildebrandt, de outro), é possível extrair duas observações principais. A primeira é que nenhum desses posicionamentos enxergou existir qualquer problema nas racionalidades inerentes às doutrinas administrativas tradicionais, no que toca ao encontro entre direito e técnica. Se Coglianese e Lehr se mostraram confortáveis ao adotar primordialmente uma racionalidade substantiva orientada a valores, recepcionando dogmaticamente todos os produtos da tecnologia algorítmica, Citron e Hildebrandt

³³¹ Entre outros, Hildebrandt (2018, p. 5) citou Ronald Dworkin.

apostaram todas as suas fichas na racionalidade substantiva relacionada a fins, procurando recuperar os espaços discricionários virtualmente perdidos para as máquinas. Em segundo lugar, observa-se que, enquanto Coglianese e Lehr minimizaram a necessidade de revisões doutrinárias para lidar com o avanço da regulação algorítmica, Citron e Hildebrandt alertaram para potenciais riscos ao Estado de direito e ao regime democrático, tendo sugerido adaptações doutrinárias, reformulações teóricas e soluções práticas voltadas a restabelecer o *status quo* ideal anterior.

Nesse ponto, ao rememorar as análises históricas tecidas ao longo dos capítulos anteriores, é preciso destacar os problemas detectados por Citron e Hildebrandt não surgiram com a possibilidade iminente da regulação algorítmica. Ao contrário, são problemas historicamente renitentes e inerentes ao encontro entre o direito e os conhecimentos vindos da expertise extrajurídica. O *viés de automação* que Citron buscou combater é revelador do fetiche em que muitas doutrinas jurídicas transformam a quantificação e a exatidão, fenômeno social certamente anterior ao advento das tecnologias da comunicação e da informação, segundo abordado nos Capítulos 2 e 3. Entretanto, diferentemente do encaminhamento dado pelos autores resenhados nesta seção, esta pesquisa considera essencial o esforço pela construção de uma terceira via, que passaria pela imaginação de uma nova racionalidade para o direito administrativo (*racionalidade problemático-democrática*), nos moldes das próximas duas seções.

4.2. A problematização da expertise em que se fundamenta a política pública

As atuais abordagens críticas sobre o direito administrativo contemporâneo deixam escapar o problema que esta pesquisa considera central: a racionalidade jurídica aplicada ao encontro entre o direito e a expertise. Se a estabilização momentânea de conflitos distributivos (riquezas e direitos) é resultado de disputas cotidianas travadas entre *experts*, como argumentou David Kennedy (2016, p. 5)³³², doutrinas administrativistas que isentam o jurista de qualquer participação substantiva na elaboração de políticas públicas precisam ser abandonadas. O mesmo se pode dizer das teorias jurídicas que, a pretexto de tornar relevante a função do direito na confecção das

³³² É possível notar que a maneira como David Kennedy (KENNEDY, 2016) enxerga o papel da expertise em meio às disputas pelo governo do mundo é similar ao conceito de tecnologia governamental formulado por Michel Foucault (FOUCAULT, 2001), em sua teoria do poder.

políticas públicas, pretendem simplesmente substituir o cálculo racional-burocrático por um método de mensuração de princípios jurídicos exclusivo aos praticantes do direito. De modo diverso, esta tese advoga a construção de uma terceira via, estruturada em torno da imaginação de uma nova racionalidade para o direito administrativo: a *racionalidade problemático-democrática*.

A racionalidade ora proposta parte de uma atitude problematizadora em face do mundo, inspirada na problemática foucaultiana (1994c, p. 593). Nessa linha, em lugar de buscar respostas definitivas e únicas para os dilemas cotidianos, a racionalidade aqui cogitada se preocuparia com interrogar o conjunto dos fatos, das práticas e dos pensamentos relacionados a um dado objeto de investigação, com propósito de apresentar perguntas à política. É importante perquirir quais problemas a vivência empírica da situação sob análise põe diante da política, recusando quaisquer compromissos *a priori* com ideias, valores, consensos e tradições que eventualmente orbitem em torno do conhecimento *expert* ou dele derivem diretamente. A respeito da problematização de situações concretas, Foucault (1994c, p. 598) afirmou que ela possui a função de elaborar, a partir das dificuldades examinadas, as condições nas quais as respostas possíveis podem ser oferecidas, definindo também os elementos que constituirão aquilo que as diferentes soluções se esforçarão por responder. Em outras palavras, pode-se dizer que a racionalidade problemática procura enquadrar, mediante uma postura investigativa, aquilo sem o que nenhuma solução apresentada pela política poderá ser aceita.

Aplicada ao direito administrativo, uma racionalidade ao estilo da problemática faria com que o jurista buscasse interrogar os pressupostos sobre os quais se levantam as certezas propagandeadas pelo conhecimento técnico, criando conexões antes inexploradas entre o direito e a expertise. A título de exemplo, o jurista que analisasse um ato de concentração (como a fusão de duas empresas antes independentes) deveria indagar aos economistas que compõem a *área técnica* do órgão de defesa concorrencial os motivos que levaram à determinação do *mercado relevante*³³³ em xeque, em comparação com outras possibilidades metodológicas. A delimitação do mercado relevante condiciona o resultado da avaliação concorrencial, uma vez que determina quais são os atores considerados competidores efetivos das empresas em processo de concentração. Da mesma forma, instado a opinar sobre um edital de leilão de radiofrequências destinadas a serviços de telecomunicações, caberia ao advogado público questionar a

³³³ O termo *mercado relevante* compreende um conjunto determinado de produtos ou serviços, comercializados numa dada área geográfica.

equipe de especialistas da agência reguladora sobre as justificativas pertinentes à divisão dos lotes a serem licitados, salientando os reflexos dessa escolha sobre a competição na prestação do serviço. Nessa mesma hipótese, seria apropriado problematizar as relações de custo-benefício embutidas nas escolhas concernentes ao conteúdo dos *compromissos de abrangência* fixados no edital (designação das cidades a serem cobertas pelos serviços, cronograma, etc.), exigindo dos engenheiros e economistas uma maior transparência sobre os efeitos possíveis das alternativas em disputa. Já diante de um processo de licenciamento ambiental, por hipótese, o administrativista necessitaria requisitar maior detalhamento acerca dos motivos técnicos que redundaram na determinação do impacto ambiental causado pelo empreendimento sob exame. Ainda nesse caso, conviria abrir discussão sobre a extensão das *condicionantes ambientais*, avaliando-se a eventual inclusão de obrigações de cunho socioambiental, como forma de ajustar o empreendimento aos objetivos fixados em políticas públicas distintas (saneamento básico, habitação, entre outras). Vale notar que, em todos esses cenários hipotéticos, uma tal atitude problematizadora acarretaria, ainda, o benefício de coibir os impulsos autoritários da própria prática jurídica, uma vez que levaria também ao inevitável questionamento das metodologias jurídicas que prometem entregar a exata equalização entre valores e interesses jurídicos disputados.

Como se vê diariamente, economistas, engenheiros, estatísticos, programadores e todos os frequentes técnicos chamados a elaborar políticas públicas apresentam suas conclusões como “*fatos*”, comparáveis aos eventos da natureza, ignorando que esses mesmos “*fatos*” resultam de ideias construídas e reconstruídas em meio a conflitos bastante antigos, por vezes centenários, conforme discutido anteriormente no Capítulo 2. Segundo resumiu David Kennedy (2016, pp. 89-90): “*As ferramentas de hoje refletem as vitórias de ontem*”. Essa afirmação destaca o aspecto contencioso e conjuntural da articulação das “*realidades*” que os especialistas alardeiam como sendo fatos inquestionáveis. Combater essa mistificação do conhecimento *expert* constitui um importante efeito positivo da adoção de uma racionalidade problematizadora, ao permitir escapar da armadilha em que consiste a falácia naturalística exposta por Lorraine Daston (2004, p. 374)³³⁴, cujo efeito é o encobrimento de prescrições valorativas com roupagens típicas das descrições naturais, amparadas por metodologias consideradas científicas por *experts*.

³³⁴ Sobre a abordagem desta pesquisa a respeito da *falácia naturalística*, ver o Capítulo 2.

Em pesquisa sobre as transformações impostas pela modernidade à matemática e aos seus usos práticos, Marcus Faro de Castro (2019) endossou preocupações similares àquelas que fomentam a imaginação da racionalidade problematizadora, aqui cogitada. O autor argumentou que, de um lado, o desenvolvimento da matemática propiciou a emergência de incontáveis tecnologias úteis e multiplicou formas de interação social mediadas pela técnica; porém, de outro, empobreceu o acesso a significados valorativos originados no mundo da vida, suprimindo a autoconsciência dos indivíduos enquanto seres livres e membros ativos de suas comunidades. Castro (2019, pp. 2-8) perseguiu o curso do desenvolvimento das ideias e dos usos práticos da matemática para demonstrar como algumas formas de racionalidade se distanciaram da linguagem natural e passaram a adotar a linguagem da lógica formal, capaz de evitar ambiguidades e conferir maior grau de precisão às operações racionais executadas. Esses modos de raciocinar ao estilo matemático, segundo abordagem também efetuada nos Capítulos 2 e 3 desta pesquisa, influenciaram as racionalidades inerentes a outras disciplinas, tornando-as ao mesmo tempo em instrumentos de interferência mais exatos e convincentes sobre a política, na medida em que eliminaram as vias habituais de reflexão sobre os princípios valorativos últimos, passando a depender de construtos matemáticos para fundamentar suas conclusões. São exemplos desses construtos matemáticos os indicadores econômicos (como Produto Interno Bruto – PIB, taxa de desemprego, etc.), fórmulas algébricas, modelos econômicos e outras formulações de lógica matemática que possibilitam a programação de computadores e o próprio funcionamento da Internet (CASTRO, 2019, p. 13).

De maneira a reunir todos esses construtos matemáticos socialmente aplicados num só conceito, Castro (2019, p. 13) propôs chamá-los de *dispositivos de agregação de interesses*, querendo com isso conotar que tais dispositivos: (a) constituem formulações elaboradas em resposta a problemas prementes de um determinado momento histórico, exercendo uma função estratégica³³⁵; e (b) são também o resultado do trabalho de redes³³⁶ de especialistas dedicados a dirigir e gerar a produção do conhecimento *expert* ou científico. Nesse sentido, os *dispositivos de agregação de interesses* representam artefatos dos quais emanam consequências cognitivas, políticas e econômicas, podendo

³³⁵ Com a alusão a *dispositivo*, Castro (2019, p. 13) faz referência ao pensamento de Michel Foucault, também amplamente empregado nesta pesquisa.

³³⁶ Ao utilizar o conceito de *redes de experts*, Castro (2019, p. 13) se reporta à teoria da *ator-rede*, formulada por Bruno Latour (2008). Segundo essa teoria, as redes de experts produzem objetos intelectualmente construídos a partir das interações recíprocas e sucessivas entre objeto e atores integrantes da rede.

se apresentar como estruturas simples (taxa de mortalidade, por exemplo) ou complexas (como sistemas de regulação algorítmica), integradas por inúmeras partes e fundamentadas por múltiplas camadas de convenções sociais, institucionalmente sedimentadas. Esses *dispositivos* distinguem-se por oferecer *controle intelectual* sobre a maneira pela qual interesses podem ser agregados em diferentes níveis e circunstâncias, operando com uma verdadeira ferramenta administrativa de gerenciamento dos padrões de cooperação social. Não se trata de simples linguagem natural, pois o domínio sobre tais *dispositivos* requer disciplina e treinamento especializados, sem os quais o aludido controle intelectual seria impossível.

Ainda segundo Castro (2019, p. 14), entre os regimes institucionais encarregados de suportar tais convenções sociais está o direito, munido de seus estatutos legais, teses doutrinárias e práticas jurídicas. Tendo em vista essa relevante função legitimadora do direito, é espantoso constatar, como o faz esse autor (2019, p. 17), que as teorias jurídicas hoje predominantes têm reiteradamente negligenciado a centralidade dos *dispositivos de agregação de interesses* como objeto da análise jurídica e da reflexão sobre o próprio direito. De maneira convergente, esta pesquisa aponta para a necessidade de se conjecturar sobre uma nova racionalidade para a análise jurídica de políticas públicas (o direito administrativo), capaz de estabelecer conexões efetivas entre valores juridicamente protegidos e os *dispositivos de agregação de interesses*, chamados por esta pesquisa simplesmente de elementos da expertise.

A racionalidade problematizadora imaginada nesta tese caminha para a direção apontada, pois adota uma atitude questionadora a respeito das ideias, das práticas e dos fatos que perfazem os produtos do conhecimento *expert* (os *dispositivos de agregação de interesses*), objetivando desconstruí-los para revelar, em última instância, quais são os valores e os interesses protegidos e aqueles desguarnecidos. Ao raciocinar dessa forma, o direito administrativo se afastaria de suas apáticas e fetichizantes posturas tradicionais, criticadas no Capítulo 1, e assumiria um destacado protagonismo no processo de elaboração das políticas públicas, ao proporcionar as condições de possibilidade das quais qualquer solução política depende para ser considerada legítima. O direito administrativo, portanto, teria a função de enquadrar as políticas públicas, influenciando o resultado e o modo pelo qual alguma proposta entraria ou sairia dos limites das soluções gestadas.

A racionalidade problematizadora aqui defendida valoriza e recondiciona a ancestral associação entre direito e lógica dialética, explorada no Capítulo 2, na medida em que a tarefa de decompor ideias e conceitos não mais seria voltada exclusivamente ao

âmbito interno ao direito (o que corresponderia a uma racionalidade lógico-formal), mas miraria com vigor os parâmetros do conhecimento *expert* sobre que se fundam as políticas públicas. Nesse sentido, esta tese procura fortalecer o poder articulador do direito, corroborando a opinião de David Kennedy (2016, pp. 12 e 175) sobre o fenômeno jurídico, ao salientar que o direito oferece uma linguagem privilegiada para a discordância e para a análise, servindo como uma gramática apropriada para a defesa, a acomodação e a arbitragem entre pontos de vista conflitantes acerca de bens do mundo da vida. A linguagem jurídica oferece, nessa perspectiva, os meios necessários para explorar a conexão entre os elementos da *técnica* e os valores e os objetivos sociais antes tornados inacessíveis, ao se condensarem em *dispositivos de agregação de interesses*, segundo designados por Castro.

Uma vez empregado na análise jurídica de políticas públicas elaboradas ou recomendadas por sistemas algorítmicos de automatização decisória, o direito administrativo operado segundo essa racionalidade problematizadora deve assumir uma postura desafiadora em face do *chauvinismo tecnológico* (ou *tecnochauvinismo*), entendido como a crença de que a tecnologia seria a panaceia para toda espécie de problema social. De acordo com Broussard (2018, pp. 10-11), o *tecnochauvinismo* se faz acompanhar de algumas outras crenças, a exemplo do mito de que os computadores seriam naturalmente mais objetivos e impessoais, visto que traduzem todos os problemas para a linguagem calculável da matemática, levando a alimentar a fantasia de que, caso o mundo utilizasse mais sistemas computadorizados, todas as mazelas sociais desapareceriam, dando lugar a uma utopia digital. Assim, ao analisar tais sistemas inteligentes, cumpre ao administrativista, por meio da problematização, procurar desmistificar a ilusão da onipotência tecnológica, ao não perder de vista a dimensão humana inerente aos processos decisórios que antecedem e determinam a programação das operações algorítmicas, como sugeriu Taina Bucher (2018, p. 38).

Ao reconhecer e enfatizar que os algoritmos exercem poderosos efeitos sociais, Bucher (2018, p. 11) esclareceu que isso não significa asseverar que esses construtos da expertise *têm* poder. A autora construiu sua interpretação de *poder algorítmico* utilizando-se do conceito de poder elaborado por Foucault, compreendendo o fenômeno do poder como performático (existe enquanto é exercido), relacional (decorre das relações estratégicas entre visões antagônicas) e produtivo (constrói as condições na qual se dá a realidade). Nesse sentido, os sistemas algorítmicos seriam entendidos como conjuntos de estratégias em que o poder é imanente ao campo da ação e da situação em questão. Assim,

derivariam seu poder não apenas de suas linhas de código, mas também das práticas, ideias e decisões humanas que orbitam esses construtos matemáticos, constituindo uma dimensão política³³⁷ desses algoritmos que não pode deixar de ser exposta e questionada. Uma vez que os sistemas algorítmicos são fortemente motivados por valores e visões de mundo que evidenciam sua característica contingente e humana, seu poder se manifesta, em verdade, nas relações sociais de dominação que tais sistemas reproduzem e amplificam, encaixando-se no conceito foucaultiano de *tecnologia governamental*, abordado no Capítulo 3. Segundo essa percepção, não se pode jamais afirmar que alguma tecnologia seja “neutra” (BUCHER, 2018, pp. 38-39).

As estratégias de poder que impulsionam os discursos de *naturalização*³³⁸ da expertise, também embutidas na ideia de *tecnochauvinismo*, devem ser expostas e problematizadas pela nova racionalidade aqui defendida para o direito administrativo. É preciso combater o senso comum de que sistemas algorítmicos representariam *caixas-pretas*, impossível de serem compreendidas até mesmo por especialistas. Convém notar que semelhante discurso contrabandeia em suas entrelinhas um recurso retórico estrategicamente empregado para manter o controle, ou para negar responsabilidade, sobre certas situações permeadas pela expertise. Assim, ao analisar eventual sistema algorítmico que se proponha a automatizar decisões administrativas, o jurista deve interrogar sobre as ideias, os valores e o contexto social de que resultaram suas linhas de código e as características da base de dados que alimenta o sistema. Poderá, ao recusar o pressuposto da “neutralidade” ou da “onipotência” tecnológica, encontrar no funcionamento de tais algoritmos vieses discriminatórios repudiados pela legislação vigente.

Ainda, cumpre desfazer outro frequente mito a respeito da possibilidade de conhecer sistemas de inteligência artificial, que enxerga na simples transparência a resposta para todos os seus potenciais malefícios. Reclamar maior transparência quanto ao funcionamento dos sistemas algorítmicos não seria o bastante, pois, como argumentam Ananny e Crawford (2016, p. 9), *ver o código de programação não significa o compreender*. De acordo com as autoras, demandas por mera transparência impõem severas limitações à inteligibilidade dos algoritmos. Por essa razão, argumentaram que a

³³⁷ Bucher (2018, p. 12) esclarece que utiliza conceitos vindos da corrente sociológica chamada *Science and Technology Studies* (STS), que busca investigar o processo formativo das ideias, decisões e contextos sociais que influenciam ou determinam a criação e os usos dos artefatos tecnológicos.

³³⁸ Sobre a falácia naturalística e os falsos paralelos entre ordens naturais e sociais, ver o Capítulo 2.

investigação sobre modelos de explicabilidade (*accountability*) de sistemas algorítmicos deve partir dos limites relacionados a esse ideal de transparência, conforme exemplificam:

Se transparência equipara ver um sistema com compreender seu dinamismo, então modelos de explicabilidade deveriam criticar como sistemas mudam, quem tem o poder de definir mudanças significativas, e como o poder de ver uma mudança no sistema difere do poder de realizar experimentos com a mudança do sistema. Se um sistema é tão complexo a ponto de que todos os que possuem total visão sobre ele sejam incapazes de descrever suas falhas e sucessos, então modelos de explicabilidade deveriam investigar se um sistema é suficientemente compreendido - ou se é inteligível - para que seja empregado em diferentes ambientes, ou se mais tempo de desenvolvimento seria necessário, ou ainda se o sistema deveria mesmo ser levado adiante. (ANANNY; CRAWFORD, 2016, pp. 12-13) (tradução livre do autor)

Em sentido semelhante, Bucher (2018, p. 56) defendeu que os sistemas algorítmicos não podem ser conhecidos pelo que *são*, mas pelo que efetivamente *fazem* em situações específicas. Analisar um sistema algorítmico, portanto, passa por investigar seu funcionamento em situações definidas, por questionar seus processos de elaboração e revisão, e por averiguar os seus efeitos sobre indivíduos e relações sociais. Com esse propósito, Bucher (2018, pp. 58-62) chegou a sugerir três métodos práticos para (des)conhecer o funcionamento dos sistemas algorítmicos: (i) a *tecnografia*, entendida pela autora como atividade de descrever e observar o funcionamento da tecnologia, de modo a examinar a interação em meio a um conjunto de atores, tanto humanos como não-humanos, objetivando questionar não só *como* algo funciona, mas também *para quem*; (ii) a abordagem fenomenológica, pela qual se pretende analisar como o ser humano dá sentido àquilo que lhe é desconhecido, almejando analisar como as relações sociais são moldadas mesmo por aquilo que não chegam a compreender; e (iii) o exame das estratégias, tanto discursivas como materiais, que conflitam e se acomodam para configurar o sistemas algorítmicos, com o fim de questionar as barreiras entre a *técnica* e o *social*. De modo geral, a ideia de fundo transmitida por Bucher (2018, p. 62) pode ser resumida na seguinte afirmação: “*para cada desafio epistemológico apresentado pelos algoritmos supostamente selados em caixas-pretas, um novo e produtivo caminho metodológico pode ser aberto*”.

Guardadas as proporções, a conclusão alcançada por Bucher pode ser estendida a qualquer outro produto da *técnica* (*dispositivo de agregação de interesses*) que influencie

ou determine políticas públicas. Cada pretensão de certeza invocada pela expertise, por maior que seja o alegado hermetismo de suas construções lógicas, deve ser confrontada pela *racionalidade problematizadora* aqui proposta. E, nessa tarefa, a problematização alcançará melhores resultados se puder contar com metodologias empíricas que avaliem os efeitos concretos que as políticas públicas, de um lado, e as instituições jurídicas, de outro, podem produzir umas sobre as outras, reciprocamente.

De maneira análoga à percepção de Bucher sobre a análise de sistemas algorítmicos, Diogo Continho (2013, p. 18), a propósito da análise jurídica de políticas públicas, afirmou que “*tão importante quanto dizer o que o direito ‘é’ é compreender o que ele ‘faz’, o que requer uma abordagem ou método de investigação minimamente adaptados à complexidade dessa empreitada empírica*”. O desenvolvimento de tais métodos empíricos requer necessariamente uma abordagem interdisciplinar, capaz de criar conexões entre o direito e outras disciplinas, como a economia, a sociologia, psicologia, entre inúmeras outras. Nesse sentido, percebe-se que o exercício de uma racionalidade problematizadora demandará do jurista uma formação igualmente interdisciplinar, afeita a metodologias de pesquisa empírica, capaz de o retirar da zona confortável, porém estéril, do formalismo jurídico tradicionalmente lecionado nas universidades brasileiras (CASTRO, 2014).

Consciente da necessidade de promover uma abertura interdisciplinar dentro do contexto da análise jurídica, Marcus Faro de Castro (2009, p.6) elaborou uma proposta metodológica que se propõe fornecer ao jurista as ferramentas de que precisa para realizar uma apreciação crítica da realidade sensível, problematizando as intrincadas relações entre interesses materiais (como objetivos econômicas ou necessidades subsistenciais) e ideais (valores éticos ou religiosos, por exemplo). Trata-se da *análise jurídica da política econômica* (AJPE), que cujo método permite realizar uma *decomposição analítica*, entendida como a identificação dos componentes prestacionais inerentes à *fruição empírica* dos direitos sob exame. É verdade que há nesse projeto um objetivo³³⁹ de quantificação dos elementos resultantes da decomposição analítica de direitos, porém Castro (2009, p. 24), com isso, não perdeu de vista a dimensão humana inerente às políticas públicas³⁴⁰. Ao contrário, o caráter quantitativo da AJPE visa produzir índices que possibilitem, por meio da comensurabilidade de grandezas, comparar expressões

³³⁹ Esse objetivo foi construído a partir de uma leitura de Desrosières (1998 e 2008).

³⁴⁰ São exemplos bem sucedidos de pesquisas empíricas baseadas na AJPE os trabalhos de Kerth (2018), Henrique (2018), Fiel (2018) e Sampaio (2018), entre outros.

objetivas da experiência empírica da fruição de direitos. Tais exercícios de comparação dependem do estabelecimento de *padrões de validação jurídica*, que possuem caráter declaradamente convencional, dependente de decisões humanas contingentes e imbricadas com o contexto social, jurídico e cultural em questão. Nota-se, assim, que análise empírica proposta por Castro (2009, p. 24) rejeita noções metafísicas de direitos ou soluções práticas pré-fabricadas, coincidindo com atitude que se quer impingir ao direito administrativo, mediante a adoção da racionalidade problematizadora desenvolvida nesta seção.

A interdisciplinaridade incentivada pela AJPE pode vir também a favorecer o intercâmbio entre o direito e a ciência da computação. O intercâmbio entre as metodologias analíticas de Bucher e Castro podem abrir caminho para o emprego da AJPE sobre os múltiplos efeitos produzidos pelos sistemas algorítmicos. Por outro lado, se é pela racionalidade algorítmica da ciência da computação que as políticas públicas serão paulatinamente confeccionadas e executadas, atingindo a vida da sociedade, pode-se enxergar a possibilidade de que métodos empíricos de análise jurídica sejam também traduzidos para linguagem de programação. Nessa direção, a AJPE poderá tornar-se parte ativa e problematizadora do processo de automatização da tomada de decisão no âmbito das políticas públicas, influenciando de modo mais abrangente a construção de uma sociedade capaz de se apropriar politicamente das tecnologias de empregadas para o seu governo.

Como visto nesta seção, a *racionalidade problematizadora* deve ser apontada como a atitude necessária para que o direito administrativo enfrente o problema que esta pesquisa considera central: a racionalidade jurídica aplicada ao encontro entre o direito e a expertise. Entretanto, segundo já alertado ao início do capítulo, esta pesquisa considera que a *racionalidade problematizadora* necessita de um vetor valorativo definido, que a impeça de se tornar uma racionalidade meramente instrumental, capaz mesmo de estar a serviço de estratégias de poder que visem a eliminação de oponentes políticos como um fim último. É nesse sentido que caminhará a próxima seção, ao acrescentar à nova proposta de racionalidade valores democráticos, filiados à tradição filosófica em torno da liberdade política. Assim se poderá falar de uma *racionalidade problemático-democrática*.

4.3. A liberdade política como norte da racionalidade problematizadora: a racionalidade problemático-democrática

Ao tratar do aspecto problematizador da racionalidade aqui cogitada, a seção anterior ressaltou a importância de se interrogar quais problemas a vivência empírica da situação sob análise põe diante da política, recusando quaisquer compromissos *a priori* com ideias, valores, consensos e tradições que eventualmente orbitem em torno do conhecimento *expert*. Por outro lado, é igualmente relevante investigar sob que moldes a política recebe, analisa e decide sobre as perguntas postas à sua frente. Pouco proveito resultará de uma tal racionalidade problematizadora, caso as instituições governamentais possam deliberar secreta e autoritariamente sobre os questionamentos apresentados, ou mesmo, ignorá-los por completo. Risco ainda maior seria a hipótese de as instâncias de poder instituído adotarem estratégias tendentes a eliminar quaisquer possibilidades institucionais de problematização, visando calar vozes em prol de mudanças sociais e cegar visões de mundo divergentes.

Consciente de que tais riscos são presenças constantes em quaisquer relações estratégicas de poder, a racionalidade que esta pesquisa almeja esboçar deve agregar um norte valorativo que a ajude a superar e a combater tentações autoritárias que, por vezes, pressões por celeridade, precisão e ordem infligem à autoridade administrativa. Essa racionalidade se filia, com esse propósito, à tradição política e filosófica que prestigia a liberdade como valor fundamental para a autodeterminação individual (enquanto sujeito titular de direitos) e social (como membro ativo de uma comunidade política) do ser humano. Em verdade, a racionalidade ora proposta se apropria de ideias, discursos e práticas elaborados em períodos passados e contextos diferentes, adaptando-os e combinando-os de forma a conferir contornos efetivamente democráticos às instituições governamentais³⁴¹.

³⁴¹ Como exemplo dessas antigas ideias remanejadas pela presente pesquisa, pode-se citar o voluntarismo capitaneado por Guilherme de Ockham (abordado na Seção 2.4). Ao repudiar uma cosmologia imanentista, que enxergava o mundo estruturado segundo leis eternas e imutáveis, Ockham abriu caminho para a construção de uma ordem social balizada segundo regras criadas pelos próprios indivíduos participantes de uma dada comunidade. Nesse intento, Ockham destacou a liberdade como um atributo intrínseco ao homem, indispensável para que o indivíduo manifestasse sua vontade a respeito das possíveis formas de auto-organização social, cedendo voluntariamente parcela de sua autonomia em favor de uma instituição governamental. Assim, a garantia de esfera de autonomia individual seria uma pré-condição inafastável de um governo legítimo, fazendo com que suas estratégias de dominação encontrassem limites no exercício dos direitos subjetivos de participação política cidadã. Esta pesquisa, em reaproveitando e adaptando discursos ockhamistas, considera que essa participação política cidadã deve se dar constantemente, previamente a cada decisão administrativa, e com intensidade diretamente proporcional ao grau e à extensão dos direitos e interesses individuais afetados pelas políticas públicas.

A liberdade aqui valorizada, de acordo com a gênese traçada por Foucault (2004b, pp. 42-43), descende do que esse autor chamou de *via revolucionária*³⁴², matizada por ideias articuladas essencialmente sobre posições tradicionais do direito público, que identificam *vontade e lei*. O outro sentido de liberdade, que Foucault entendeu pertencer a uma outra genealogia, seria a da *via radical*, derivada da filosofia utilitarista e do pensamento econômico fisiocrata, cujo tema central é o questionamento sobre se as ações governamentais são úteis ou não, dentro de uma visão de mundo marcada por uma ordem imanente, universal e perfeita (natural). Segundo a visão foucaultiana, a liberdade política, dita revolucionária, revela que o problema da vontade está contido em todos os grandes desafios do direito, o que ele resume como a contenciosa situação na qual a lei é vista como uma expressão da vontade coletiva que manifesta a parcela de direitos que os indivíduos aceitam ceder e, de outra parte, a parcela que eles desejam reservar a si. Embora os dois sentidos de liberdade se entrelacem e disputem espaços em meio aos jogos estratégicos de poder, a racionalidade imaginada por esta pesquisa enfatiza apenas a liberdade política como vetor axiológico a ser empregado em suas análises jurídicas sobre políticas públicas. É a liberdade de participar ativa e desimpedidamente dos jogos estratégicos de poder que deve ser sempre preservada, em última instância.

Se a experiência do poder, de acordo com a filosofia foucaultiana (2001, p. 343), pode ser traduzida como o modo de ação pelo qual uns estruturam e limitam o campo de possibilidade de outros, não se pode deixar de perceber em meio a esse jogo entre “antagonistas” a experiência da liberdade como valor intransitivo. É a resistência obstinada da vontade livremente concebida e manifestada que impulsiona a constante formulação de estratégias opostas à dominação. Foucault (2001, p. 342) percebia que esse jogo não representava essencialmente um *antagonismo*, pois sua prática não implicava um combate paralisante, face-à-face. Diferentemente, o jogo estratégico em questão representaria, na verdade, um *agonismo*, ou seja, uma relação que é ao mesmo tempo mútuo incitamento e luta, uma permanente provocação de lado a lado, que torna fluidas e dinâmicas as estratégias adotadas a cada circunstância. Nesse sentido, a racionalidade defendida nesta tese seria *democrática* (além de problematizadora) na medida em que buscaria problematizar e institucionalizar as condições pelas quais um debate agonista sobre políticas públicas poderia ocorrer.

³⁴² De acordo com Foucault, a outra via de que descenderia a liberdade seria a *via radical*

O agonismo mencionado por Foucault, e incorporado à racionalidade que se quer ver implantada no direito administrativo, é também uma ideia vastamente trabalhada pela filosofia de Chantal Mouffe (2000). Ao desenvolver o conceito de *pluralismo agonístico*, Mouffe (2000, p. 103) destacou que a especificidade das democracias modernas reside no reconhecimento e conseqüente legitimação do conflito, bem como no repúdio à sua supressão mediante a imposição de uma ordem autoritária. O conflito seria uma decorrência necessária da constatação empírica de um pluralismo de valores admitido em sociedades democráticas³⁴³. Diferentes, e muitas vezes incompatíveis, visões de mundo rivalizam e colidem em suas estratégias de promover sua particular forma de ordem social, tornando impossível uma síntese, ou harmonização, de todos os múltiplos pontos de vista³⁴⁴. Nessa perspectiva, a autora adverte que a eventual recusa governamental em propiciar espaços dedicados ao conflito institucionalizado, nos quais seria possível a manifestação de formas legítimas de resistência às relações de poder dominantes, equivaleria à negação da própria possibilidade de um modelo alternativo ao *status quo*. Segundo Mouffe (2000, p. 5), isso corresponderia à *naturalização* das relações de poder vigentes, transformando miticamente relações normativas socialmente construídas (*devem ser*) em relações necessárias (*são*). Trata-se de uma tentativa de *reencantamento*³⁴⁵ do mundo segundo uma ordem cosmológica imanente, única e universal, a qual somente pode ser combatida por meio da concretização dos valores da liberdade política na forma de instituições jurídicas.

Assim, a valorização das liberdades políticas, que estão na base da ideia do pluralismo agonístico, integra a *racionalidade problemático-democrática* ora cogitada para o direito administrativo, visando com isso enfrentar os discursos fetichizantes que pretendem submeter a ordem jurídico-social aos moldes de um sistema ordenador estruturado por uma inteligência mística, imanente e acima do ser humano (seja ela a natureza ou a inteligência artificial). A propósito dos sistemas algorítmicos, vale ressaltar que Kate Crawford (2016) e Mireille Hidebrandt (2018) expressamente apontaram para o agonismo pluralístico como o método mais adequado para imprimir caráter democrático

³⁴³ Vale notar que Max Weber (1978), em sua tipologia da ação racional, está entre os primeiros a reconhecer a pluralidade de valores que impulsionam a conduta humana. De certa forma, o seu conceito de *desencantamento do mundo*, abordado na Seção 2.6, emerge do conflito entre esses múltiplos sistemas valorativos, bem como de sua incapacidade de subsistir em meio à racionalidade científica.

³⁴⁴ Nesse sentido, Mouffe (2000) retoma o pensamento de Foucault (2004b, p. 44), para quem lógica estratégica embutida nas relações de poder não pode ser confundida com a lógica dialética, que visa a uma síntese entre termos contraditórios por meio de um elemento homogêneo.

³⁴⁵ Sobre o desenvolvimento da ideia de reencantamento, ver a Seção 2.6.

à análise de decisões elaboradas por máquinas inteligentes. A racionalidade aqui abordada busca criar ou reformar instituições jurídicas capazes de propiciar a confrontação estratégica entre os valores plurais presentes na sociedade, obrigando a autoridade decisória a levar em igual consideração todos os pontos de vista em disputa. Ao trazer para dentro de espaços institucionais legítimos o conflito inevitável entre valores, a valorização das liberdades políticas transformaria inimigos em adversários, violência em disputa retórica, e autoritarismo em democracia efetiva.

A *racionalidade problemático-democrática* que deve mover a análise jurídica de uma política pública estruturada em conhecimentos *experts*, seja ou não produto de sistemas algorítmicos, precisa não apenas problematizar os diversos aspectos materiais da proposta em exame, mas também questionar os atributos democráticos do processo decisório em si. Tão importante quanto desmistificar os alegados hermetismos da técnica é promover a abertura das instituições burocráticas à experimentação de variadas formas de disputas agonísticas, moduladas por regras que ensejem transparência, acessibilidade e igual consideração. Desse modo, espera-se de um jurista comprometido com a *racionalidade problemático-democrática* que apresente questionamentos a respeito do processo de formulação das políticas públicas sob exame, de modo a reivindicar uma efetiva participação daqueles grupos sociais possivelmente lesados ou beneficiados pelas medidas administrativas propostas. Um administrativista engajado nessa racionalidade deveria exigir procedimentos administrativos transparentes, que revelassem ao público os reais interesses em jogo, assim como as eventuais alternativas em disputa. Nessa perspectiva, a falha administrativa em atender esses requisitos jurídicos, informados por valores democráticos, deveria resultar em impedimento à tomada de decisão.

Vale recordar que a problematização não se propõe a encontrar respostas definitivas ou mesmo verdadeiras. Como seu propósito é alimentar o debate político por meio da investigação sobre os valores, interesses e possibilidades em jogo, a respeito de um dado assunto, a análise jurídica a respeito do caráter democrático do processo decisório em si não se compromete com estabelecer um grau ótimo de participação pública ou com a definição do que seria um processo administrativo democrático perfeito. Espera-se, portanto, que tal postura problematizadora impeça o jurista engajado na nova racionalidade de incidir na tentação das respostas fáceis, porém autoritárias, propagandeadas pelas metodologias fundadas na ponderação de princípios. Diferentemente, o papel da racionalidade problemático-democrática, nesse aspecto, é interrogar as autoridades decisórias sobre a efetividade democrática de seus processos

decisórios, pressionando-as a constantemente revisitar suas próprias rotinas e práticas e experimentar novas formas de incrementar a participação pública significativa, com objetivo de concretizar empiricamente em sua praxe burocrática o valor da liberdade política.

Ao propor a permanente reimaginação de instituições governamentais, com vistas a torná-las mais participativas, plurais e agonísticas, a racionalidade problemático-democrática se aproxima, em alguns aspectos, do *experimentalismo democrático* teorizado por Charles Sabel (2012) e Roberto Mangabeira Unger (2000). A problematização dos processos decisórios de que resultam as políticas públicas, de acordo com a racionalidade ora proposta, coincide com as propostas experimentalistas de investir continuamente na reorganização motivada e cumulativa das instituições sociais, por meio do fomento e do aproveitamento das oportunidades de aprendizado coletivo a respeito dos problemas sociais (UNGER, 2000, pp. 6 e 16). Assim como ocorre no experimentalismo democrático, a atitude problematizadora adotada pela racionalidade problemático-democrática prestigia o pragmatismo empiricamente motivado, que desafia soluções tradicionais e dogmáticas e trata suas próprias recomendações e provocações como hipóteses dependentes de comprovação empírica, a ser aferida mediante constante monitoramento (SABEL; SIMON, 2017). De acordo com tal postura, a análise jurídica sobre qualquer política pública deveria exigir, para além dos questionamentos a respeito do conteúdo material das soluções propostas, constantes avaliações e reformulações de suas práticas decisórias, tendo em vista o norte valorativo da maximização das liberdades políticas dos cidadãos.

Nesse ponto, é importante destacar que a preocupação com o aprofundamento dos elementos democráticos dentro do funcionamento ordinário da administração pública, do poder executivo, tem despontado com crescente força desde finais do século passado, como dá conta a literatura em torno do déficit democrático atribuído às agências reguladoras³⁴⁶. Entretanto, como observou Pierre Rosanvallon (2015, p. 5), a dimensão democrática no âmbito da ação governamental extrapola a discussão em torno das rotinas das agências independentes, na medida em que a gestão cotidiana da coisa pública, suas instâncias de decisão e comando, encontra seu lugar no exercício do poder que, nas democracias contemporâneas, é tipicamente afeito ao poder executivo como um todo. De acordo com o pensador francês, o século XX testemunhou uma marcada tendência de

³⁴⁶ Para uma leitura abrangente sobre o tema da legitimidade democrática nas agências reguladoras e na administração pública em geral, ver Cravo (2010) e (2014).

deslocamento do centro de gravidade da exigência democrática³⁴⁷, do vínculo positivo entre *representantes e representados* para a relação entre *governantes e governados*, tendo em vista que é ao governo (poder executivo) que os cidadãos recorrem diretamente todos os dias para cuidar de seus assuntos mezinhos³⁴⁸. E, se hoje as sociedades democráticas experimentam um mal-estar, uma desconfiança em face da democracia, é certamente no âmago do funcionamento administrativo das burocracias governamentais onde está o problema a ser enfrentado.

Nesse contexto, a racionalidade problemático-democrática aqui imaginada operaria no sentido de estimular condições necessárias para a realização da ideia de *democracia de apropriação*, desenvolvida por Rosanvallon. Por proporcionar caminhos para a construção coletiva de mecanismos institucionais que possibilitem aos cidadãos se reapropriar da condução dos assuntos de Estado, essa racionalidade acabaria por reforçar as três qualidades consideradas por esse autor como fundamentais para concretizar *a democracia de apropriação*: (i) lisibilidade; (ii) responsabilidade e (iii) reatividade. De fato, a problematização e as reformulações das instituições democráticas de dentro da administração pública exigem não só transparências, mas o fornecimento ao cidadão da capacidade de interpretação dos fatos e de compreensão da marcha das coisas (lisibilidade), sendo esse um fator que deve necessariamente ser interrogado e endereçado nas análises jurídicas de políticas públicas³⁴⁹. Tal lisibilidade permitiria, a seu turno, pensar instituições que fomentassem o senso de *responsabilidade política* das autoridades governantes sobre os seus atos decisórios, o que ultrapassaria simples sancionamentos penais ou administrativos, permitindo uma avaliação empírica a respeito da confiança depositada no elo entre governantes e governados³⁵⁰. Por fim, a lisibilidade da ação governamental e a responsabilização política dos governantes levariam a reações administrativas e a reformas institucionais de políticas públicas, concretizando o que Rosanvallon chamou de reapropriação cidadã.

³⁴⁷ Rosanvallon (2015, p. 56) identifica a 1ª Guerra Mundial como um marco inicial do declínio do prestígio da lei, em favor da ação pública governamental.

³⁴⁸ Rosanvallon (2015, p. 75) chama esse deslocamento da centralidade democrática de *presidencialização-personalização das democracias*.

³⁴⁹ Incentivos a políticas de abertura governamental e acessibilidade aos dados armazenados pela administração são um bom começo, tendo em vista que servem de insumos para a compreensão das relações de poder estruturadas pelo Estado.

³⁵⁰ Reuniões deliberativas abertas e audiências públicas são exemplos de situações em que pode se experimentar a solidez das relações de confiança entre governantes e governados, enfatizando a responsabilidade políticas daqueles em face desses.

No que toca ao cenário da crescente automatização das decisões administrativas por meio de sistemas algorítmicos, convém anotar que a racionalidade problemático-democrática pode também desempenhar um importante papel na democratização da produção tecnológica, uma vez que buscará investigar e demandar oportunidades de participação social no contexto da programação de tais sistemas. Nesse sentido, a racionalidade ora tratada se aproxima da noção de *racionalização subversiva* formulada pelo sociólogo da tecnologia Andrew Feenberg (1992). Ao apontar o caráter politicamente contingente da tecnologia, refutando o determinismo tecnológico, Feenberg (1992, pp. 310-311) argumentou que racionalidade embutida no desenho das máquinas espelha os fatores sociais que operam a racionalidade social predominante, fazendo concluir que diferentes sociedades produzem distintas racionalidades tecnológicas. Em verdade, esse autor reparou existir uma diferença crucial entre tipos de sociedades, separadas entre aquelas nas quais o poder reside na mediação técnica das atividades sociais e outras que democratizam o controle tecnológico (o desenho da tecnologia). O domínio sobre a produção tecnológica, segundo esse autor, acarretaria uma *naturalização* das relações sociais, mediante um *viés tecnológico* consistente em atribuir neutralidade à racionalidade funcional que as máquinas reproduzem e amplificam. Durante séculos, afirmou Feenberg (1992, p. 318), essa racionalidade pregou a fé no progresso com fundamento em duas convicções amplamente defendidas: “*a primeira é que a necessidade técnica dita o caminho do desenvolvimento, e a segunda, que a procura por eficiência fornece uma base para a identificação deste caminho*”. Para o autor, entretanto, trata-se de falsas crenças, de ideologias fomentadas para legitimar restrições à oportunidade de participação das instituições da sociedade industrial.

Sugerindo seguir o caminho inverso, Feenberg (1992, p. 311) incentivou a crítica recontextualizadora da tecnologia, de modo a desmistificar a ilusão de necessidade técnica, e a descortinar a relatividade das escolhas técnicas hegemônicas. Com esse propósito, o autor sugere a criação de uma nova esfera pública que abranja os hoje invisíveis aspectos técnicos da vida social, dando vida a um novo estilo de racionalidade que internalize os custos sociais antes não contabilizados, uma vez que atribuídos à inevitabilidade da “natureza” tecnológica. Tal racionalidade proposta por Feenberg (1992, p. 311) seria subversiva porque substituiria a lógica hegemônica, consistente na otimização da eficiência em busca de lucro e poder, por uma consciência da responsabilidade da ação técnica sobre os contextos humanos e naturais, exigindo avanços tecnológicos que só poderiam surgir em oposição à lógica dominante

(tecnocrática). Feenberg (1992, p. 320) foi taxativo ao afirmar que a democracia não apenas foi excluída do desenho da tecnologia como foi frequentemente bloqueada por essa. Em resposta a esse cenário, defendeu que a tecnologia possa ser incorporada em uma sociedade mais democrática que a atual, impulsionando, ao invés de refrear, o exercício das liberdades políticas dos cidadãos.

Mirando a direção apontada por Feenberg, convém remarcar que o caráter experimentalista da racionalidade problemático-democrática permitiria, ou mesmo incentivaria, a investigação e a adoção de tecnologias que se propusessem incrementar a participação pública, atendendo aos anseios de uma *democracia de apropriação*. Destaca-se que iniciativas com esse propósito vêm sendo estudadas e difundidas, sob a designação de *crowdlaw*, consistente na maneira pela qual instituições públicas produtoras de normas, em nível local e nacional, têm recorrido à tecnologia para engajar cidadãos em todos os estágios da produção de leis e políticas públicas (NOVECK, 2018, p. 360). Exponente no campo das pesquisas pertinentes ao uso de tecnologias de fomento à democracia Beth-Simone Noveck dedicou seus últimos trabalhos à necessidade de investigar novos e tecnológicos mecanismos capazes de utilizar a *inteligência coletiva* que existe dispersa na sociedade, propiciando participação direta de indivíduos na confecção de políticas públicas. Embora ainda incipiente, trata-se de caminho promissor, que deve ser explorado e incentivado pela racionalidade que se quer ver implantada no direito administrativo.

A racionalidade problemático-democrática aqui esboçada, diferentemente das demais posturas administrativistas a respeito do encontro entre o direito e a expertise, se propõe a enfrentar o problema central encontrado por esta pesquisa. Essa racionalidade intenciona investir diretamente no estabelecimento de conexões, antes inexploradas, entre os conhecimentos *técnicos* e os *jurídicos*, ao mesmo tempo em que coibiria os impulsos autoritários da própria prática jurídica, ao questionar igualmente as próprias metodologias jurídicas que prometem entregar a exata equalização entre valores e interesses jurídicos disputados. A proposta que ora se coloca não constitui, certamente, uma solução definitiva para o problema investigado. Ao contrário, por ser eminentemente problematizadora, representa uma pergunta inicial, que espera desencadear sequências de interrogações que possam resultar, num futuro próximo, em uma administração pública empiricamente democrática.

Conclusão

A presente tese surgiu da inquietação deste autor a respeito da inadequação dos estilos de racionalidade jurídica empregados pelo direito administrativo contemporâneo na análise jurídica de políticas públicas fundadas no conhecimento *expert*, ou seja, extrajurídico. O desconforto quanto a insuficiência das doutrinas administrativistas que lidam com o encontro entre direito e técnica acumulou-se durante anos de prática jurídica consultiva sobre políticas pertinentes a tecnologias da comunicação. Na experiência do autor, os cotidianos choques entre expertise e direito muitas vezes deixavam de produzir conexões que pudessem resultar em aprimoramentos das políticas públicas ou aprofundamento democrático de suas elaborações. Em outras oportunidades, quando a análise jurídica ousava interrogar a expertise em busca da construção de tais conexões, frequentemente esbarrava na falta de teorias jurídicas que incentivassem essa atitude (ou racionalidade) então considerada rebelde e intrusiva por parte da burocracia especializada. O difícil diálogo entre o direito e a expertise foi, portanto, a motivação deste trabalho. Impulsionado por esse desconcertante cenário, esta pesquisa buscou investigar a possibilidade de imaginação de um estilo de racionalidade que, ao mesmo tempo, pretendesse livrar o direito administrativo da subordinação dogmática e formalista à expertise extrajurídica e o fizesse evitar a postura autossuficiente e impositiva das técnicas fundadas em ponderação de princípios.

A investigação teve início com a exposição a respeito das noções fundamentais da sociologia de Max Weber, com objetivo de familiarizar o leitor com sua tipologia da ação racional e sua teorização sobre ordem legítima e formalismo jurídico. Na seção seguinte, foram analisados exemplos concretos a partir dos quais se pôde ilustrar a diferenciação entre os estilos de racionalidade predominantes no direito administrativo nacional, divididos entre atitudes que subordinam o direito à expertise, ou que a suprimem em favor do direito. Entre os juristas que, no trato com a técnica, “silenciam” o direito, estão os adeptos do pensamento *lógico-formal* (legalidade estrita), combinado com uma *racionalidade substantiva relacionada a valores* (materializada em termos como *discricionariedade técnica* e *relações de sujeição especial*). São os administrativistas que tratam a expertise como dogmas merecedores de fé, ou, ao menos, de reverente distanciamento. Já aqueles outros que extrapolam os juízos da disciplina jurídica para subjugar a expertise são os 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). Entre eles 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 político-sociais e hierarquias valorativas cuja predileção varia de teoria para teoria. Para além da inexistência de um real diálogo entre direito e expertise, cenário atual revela a pouca ou nenhuma preocupação jurídica com a construção democrática das políticas públicas embasadas tecnicamente.

Ainda no Capítulo 1, nas Seções 1.3 e 1.4, foram abordadas as relações entre o desenvolvimento do processo de racionalização da burocracia estatal e o surgimento de iniciativas em prol da automatização das decisões administrativas relacionadas a políticas públicas (*regulação algorítmica*), por meio de sistemas algorítmicos aplicados às gigantescas bases de dados armazenadas na administração estatal. Foi apresentada uma abordagem geral sobre o conceito de regulação algorítmica, bem como de suas potenciais aplicações às atividades burocráticas relacionadas à elaboração de políticas públicas, denotando o tom tecnocrático em meio ao qual tais possibilidades tecnológicas são propagandeadas como panaceia para todos os males da gestão burocrática. Por fim, a Seção 1.5 chamou atenção para o iminente agravamento da desconexão entre direito e expertise, dentro de um contexto de regulação algorítmica que se apresenta como possível num futuro próximo. Alertou-se ainda, com o objetivo de responder ao problema de pesquisa posto, para a conveniência de utilizar o pensamento de Michel Foucault como fio condutor da investigação proposta, partindo de sua teorização sobre as relações de poder, concebidas na forma de jogos estratégicos entre *liberdades e estados de dominação*, em meio aos quais as *tecnologias de governo* despontam com especial interesse para esta tese. Enfatizou-se a relação entre as *tecnologias de governo* e o discurso jurídico administrativista, na medida em que os produtos da *expertise* têm a capacidade de perfazer estados de dominação (o que implica limitações a liberdades) e, também, de os fazer perdurar no tempo. Com recurso à linha foucaultiana, argumentou-se a relevância da investigação histórica a respeito do desenvolvimento das *tecnologias políticas*, remontando a processos longínquos como forma de compreender as continuidades e descontinuidades de ideias que perfazem o direito administrativo contemporâneo.

O Capítulo 2 teve o objetivo de abordar as principais ideias que participaram do processo formativo dos discursos administrativistas identificados com a postura de "subordinação do direito à expertise". O enfoque foucaultiano da análise histórica

empreendida permitiu vislumbrar como ideias pertencentes ao debate filosófico antecedem e ajudam a entender o desenvolvimento da contraposição entre direito e expertise. Para tanto, foram examinadas diferentes concepções de racionalização do cosmos, partindo da noção de natureza na Antiguidade Clássica até formação do direito natural moderno, deixando transparecer o confronto de estratégias que perfazem as relações vivas de poder.

Também nesse Capítulo 2, tratou-se das origens históricas da falácia naturalística, que exerce grande influência sobre a racionalidade moderna. Tomando como norte a análise de Lorraine Daston (2004) sobre os paralelos frequentemente impertinentes entre as ordens da natureza e da moral, procurou-se abordar a principal trilha percorrida pelas ideias e instituições que levaram à formação do jusnaturalismo filosófico. Nesse caminho, entre as Seções 2.2, 2.3 e 2.4, foram discutidos o desenvolvimento da racionalidade jurídica pela escolástica medieval, bem como as conturbações políticas e teológicas que precederam a revolução científica, com destaque para nominalismo voluntarista de Guilherme de Ockham. A Seção 2.5 tratou das discussões filosóficas que resultaram no nascimento do direito natural moderno, da nova escolástica a Hugo Grotius, e desse a Christian Wolff, lançando foco nas metáforas mecanicistas empregadas para ensaiar paralelos entre as ordens social e natural. Em sua última seção, o capítulo é encerrado com uma análise crítica, amparada nos estudos de Lorraine Daston, a respeito do uso enviesado de tais metáforas mecanicistas que propiciam a naturalização da ordem social tal qual ela se apresenta, podendo levar, em casos extremos, a uma tentativa de “*reencantamento*” mágico do mundo, suportado por crenças ilusórias na exatidão da técnica, na perfeição das máquinas e da infalibilidade dos sistemas algorítmicos. Tal fetiche pelo conhecimento *expert*, em verdade, acaba por excluir do âmbito do debate político a construção de mundos alternativos.

Na sequência, o Capítulo 3 persistiu no empreendimento de análise histórica, mas dessa vez concentrado nas condições a partir das quais brotaram os diferentes estilos de racionalidade do direito administrativo (tratados no Capítulo 1), entrelaçados no desenvolvimento de uma racionalidade própria ao exercício do poder pelo Estado. As seis seções desse capítulo retomaram os processos formativos das combinações de ideias e instituições que contribuíram para a formação dessa racionalidade governamental, e, também, para a assimilação dessa racionalidade pela prática e pela teoria jurídicas dos séculos XVI ao XVIII, sob a forma da *polícia*. A Seção 3.1 partiu da análise dos reflexos da revolução científica sobre a formação da ideia da legalidade geral, em meio ao declínio

da racionalidade pastoral, entendida como um tipo de relação fundamental entre Deus e os homens, representado pela metáfora de um pastor zeloso de seu rebanho. Sucedendo a *ratio pastoralis*, a Seção 3.2 abordou a invenção da razão de Estado enquanto nova arte de governar, adaptando teorias maquiavelianas ao nascente pensamento mercantilista. Em seguida, as Seções 3.3 e 3.4 trataram do desenvolvimento da *polícia* enquanto tecnologia de governo, apresentando também os fundamentos filosóficos da *ciência da polícia* e o surgimento dos consequentes embates entre correntes de pensamento identificadas com estratégias de dominação e de liberdade. A Seção 3.5 versou sobre nascimento do direito administrativo moderno, no refluxo do Estado de polícia, o que levou, segundo desenvolvido na Seção 3.6, ao aparecimento dos estilos de racionalidade jurídica empregados pelo direito administrativo contemporâneo em seu encontro com os conhecimentos vindos das demais disciplinas (*expertise*), tal como analisado no Capítulo 1.

Após revisitar, nos Capítulos 2 e 3, alguns dos longínquos processos históricos que contribuíram para a formação discursiva das racionalidades administrativistas atuais, o quarto e último capítulo, em seu início, dedicou-se a sintetizar o entendimento crítico desta pesquisa a respeito do direito administrativo contemporâneo, passando, em seguida, a apresentar sua própria proposta de racionalidade. Concluiu-se que o direito administrativo é hoje uma *tecnologia governamental* que, por abarcar racionalidades diversas (capazes de assimilar múltiplos e contraditórios insumos valorativos e programáticos), permite prover momentos de estabilidade em meio aos enfrentamentos frequentes e inerentes às relações de poder. Como, no mundo atual, os pontos de controvérsia disputados nos jogos estratégicos de poder ligam-se cada vez mais a uma esfera protagonizada pelo conhecimento técnico-científico, o problema central da racionalidade do direito administrativo encontra-se justamente em sua relação com a *expertise* extrajurídica. Na discussão empreendida, foi argumentado que o formalismo conceitualista das doutrinas administrativistas (racionalidade lógico-formal) propicia combinações casuístas (estratégicas) entre racionalidades substantivas que ora incorporam acríticamente e dogmaticamente as conclusões alegadamente técnico-científicas dos variados burocratas das áreas técnicas, ora substituem a opinião técnica do *expert* pela suposta exatidão da ponderação de princípios (racionalidade substantiva valorativa), guiados pelos valores ou programas políticos da predileção do administrativista de plantão (racionalidade substantiva instrumental). Assim, foi possível constatar que as teorias administrativistas hegemônicas não possuem preocupação, discursivamente

articulada, que objetive estabelecer conexões entre direito e expertise. Não existe, além disso, qualquer preocupação adicional sobre como o direito administrativo poderá analisar juridicamente políticas públicas decididas ou recomendadas por sistemas de inteligência artificial.

Diante da falta de alternativas com que se depara o administrativista irredimido com o dilema estéril entre posturas que fogem ao diálogo com a expertise, esta pesquisa buscou propor uma abordagem distinta em face do problema, até então abandonado, da criação de conexões entre o direito e a técnica. Uma atitude voltada para a construção de canais de comunicação entre juristas e técnicos-burocratas necessita de um esforço reflexivo sobre uma nova racionalidade para o direito administrativo, em seu desempenho analítico a respeito de políticas públicas. Nesse sentido, esta tese oferece sua contribuição em prol desse empenho de reimaginação da racionalidade administrativista, embasado em dois focos principais: (i) a problematização da expertise contida nas políticas públicas; e (ii) a imposição de requisitos que confirmam um caráter democrático a tal problematização. As reflexões sobre essa nova racionalidade foram antecedidas, na Seção 4.1, pela análise da literatura jurídica pré-existente a respeito da interseção entre direito e a produção de políticas públicas por sistemas de inteligência artificial. Em seguida, esta pesquisa passou às considerações sobre os dois mencionados focos de atenção de sua proposta de racionalidade alternativa, que designou de *racionalidade problemático-democrática*.

O primeiro pilar da racionalidade problemático-democrática, desenvolvido na Seção 4.2, corresponde a uma atitude problematizadora em face do mundo, inspirada na problemática foucaultiana. Nessa linha, em lugar de buscar respostas definitivas e únicas para os dilemas cotidianos, a racionalidade cogitada nesta pesquisa se preocupa com interrogar o conjunto dos fatos, das práticas e dos pensamentos relacionados a um dado objeto de investigação, com o propósito de apresentar perguntas à política. Em outras palavras, pode-se dizer que a racionalidade problemática procura enquadrar, mediante uma postura investigativa, aquilo sem o que nenhuma solução apresentada pela política poderá ser aceita. Aplicada ao direito administrativo, uma racionalidade ao estilo da problemática faria com que o jurista buscasse interrogar os pressupostos sobre os quais se levantam as certezas propagandeadas pelo conhecimento técnico, criando conexões antes inexploradas entre o direito e a expertise. Ao mesmo tempo, uma tal atitude eminentemente problematizadora coibiria os impulsos autoritários da própria prática jurídica, ao questionar igualmente as próprias metodologias jurídicas que prometem

entregar a exata equalização entre valores e interesses jurídicos disputados. Tal problematização alcançará melhores resultados se puder contar com metodologias empíricas que avaliem os efeitos concretos que políticas públicas, de um lado, e instituições jurídicas, de outro, podem produzir reciprocamente umas sobre as outras. Deverá ser exigido do jurista uma formação interdisciplinar, afeita a metodologias de pesquisa empírica como a Análise Jurídica da Política Econômica. Essa metodologia propõe fornecer ao jurista as ferramentas de que precisa para realizar uma apreciação crítica da realidade sensível, problematizando as intrincadas relações entre interesses materiais (como objetivos econômicas ou necessidades subsistenciais) e ideais (valores éticos ou religiosos, por exemplo).

Entretanto, esta pesquisa considera que a racionalidade problematizadora necessita de um vetor valorativo definido, que a impeça de se tornar uma racionalidade meramente instrumental, capaz mesmo de estar a serviço de estratégias de poder que visem a eliminação de oponentes como um fim último. Com o propósito de endereçar essa preocupação, à nova proposta de racionalidade foram acrescentados valores democráticos, filiados à tradição filosófica em torno da liberdade política, permitindo que se fale de uma *racionalidade problemático-democrática*.

A seção 4.3, por fim, enfatizou que é igualmente relevante investigar sob que moldes a política recebe, analisa e decide sobre as perguntas postas à sua frente. Ao procurar agregar um norte valorativo determinado à racionalidade problematizadora, pretendeu-se com essa proposta ajudar a superar e a combater tentações autoritárias que, por vezes, afligem as autoridades administrativas diante pressões por celeridade, precisão e ordem. A racionalidade problemático-democrática se filia, com esse propósito, à tradição política e filosófica que prestigia a liberdade como valor fundamental para a autodeterminação individual (enquanto sujeito titular de direitos) e social (como membro ativo de uma comunidade política) do ser humano. Em verdade, a racionalidade ora proposta se apropria de ideias, discursos e práticas elaborados em períodos passados e contextos diferentes, adaptando-os e combinando-os de forma a conferir contornos efetivamente democráticos às instituições governamentais.

Ao analisar juridicamente uma política pública estruturada em conhecimentos *experts*, seja ou não produto de sistemas algorítmicos, a racionalidade problemático-democrática deve não apenas problematizar os diversos aspectos materiais da proposta em exame, mas também questionar os atributos democráticos do processo decisório em si. Tão importante quanto desmistificar os alegados hermetismos da técnica é promover

a abertura das instituições burocráticas à experimentação de variadas formas de disputas agonísticas, moduladas por regras que ensejem transparência, acessibilidade e igual consideração. Vale recordar que a problematização não se propõe a encontrar respostas definitivas ou mesmo verdadeiras. Como seu propósito é alimentar o debate político por meio da investigação sobre os valores, interesses e possibilidades em jogo, a respeito de um dado assunto, a análise jurídica a respeito do caráter democrático do processo decisório em si não se compromete com estabelecer um grau ótimo de participação pública ou com a definição do que seria um processo administrativo democrático perfeito. Espera-se, portanto, que tal postura problematizadora impeça o jurista engajado na nova racionalidade de incidir na tentação das respostas fáceis, porém autoritárias, propagandeadas pelas metodologias fundadas na ponderação de princípios. Diferentemente, o papel da racionalidade problemático-democrática, nesse aspecto, é interrogar as autoridades decisórias sobre a efetividade democrática de seus processos decisórios, pressionando-as a constantemente revisitar suas próprias rotinas e práticas e experimentar novas formas de incrementar a participação pública significativa, com objetivo de concretizar empiricamente em sua praxe burocrática o valor da liberdade política.

A concepção de racionalidade desenvolvida nesta tese não é oferecida como meio de subordinar acriticamente o direito à expertise, nem mesmo substituí-la pela ilusão de algum cálculo jurídico preciso. A racionalidade problemático-democrática, ao contrário, se propõe a enfrentar o problema central encontrado por esta pesquisa, ao investir diretamente no estabelecimento de conexões, antes inexploradas, entre os conhecimentos *técnicos* e os *jurídicos*. A mesma atitude problematizadora que essa racionalidade deseja aplicar às políticas públicas fundadas na expertise incidiria, ao mesmo tempo, sobre o próprio agir do jurista. Assim, ao questionar as certezas preconizadas pelas metodologias jurídicas baseadas em ponderação de princípios, o administrativista engajado na racionalidade problemático-democrática se voltaria para métodos empíricos interdisciplinares, não só capazes de conectar técnica e direito, mas também de orientar o aprofundamento da experiência democrática dentro da ação governamental. Problematização e democracia devem andar de forma concertada, de maneira a que a provocação constante às estratégias de dominação possa resultar sempre em uma mais intensa e produtiva vivência da cidadania. Em lugar de respostas certas, esta pesquisa espera ter apresentado boas perguntas e propostas condizentes com elas. Ao imaginar uma nova racionalidade para o direito administrativo, confia ter contribuído para movimentar

o debate em torno da insuficiência das doutrinas hegemônicas e incentivar a pluralidade de visões de mundo.

Referências

ADAMS, M. M. Universals in the early fourteenth century. In: KRETZMANN, N. et al. (Eds.). . **The Cambridge History of Later Medieval Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 411–439.

AHNERT, T. Introduction. In: **The Law of Nations Treated According to the Scientific Method**. Indianapolis: Liberty Fund, 2017.

AI NOW INSTITUTE; CENTER ON RACE INEQUALITY AND THE LAW; ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. **LITIGATING ALGORITHMS: CHALLENGING GOVERNMENT USE OF ALGORITHMIC DECISION SYSTEMS**. New York: [s.n.].

ALBROW, M. **Bureaucracy**. London: MACMILLAN PRESS, 1970.

ALBROW, M. LEGAL POSITIVISM AND BOURGEOIS MATERIALISM: MAX WEBER'S VIEW OF THE SOCIOLOGY OF LAW. **British Journal of Law and Society**, v. 2, n. 1, p. 14–31, 1975.

ALESSI, R. **Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970.

ALLEN, D. Burning The Fable of the Bees. In: **The Moral Authority of Nature**. Chicago: University of Chicago Press, 2004. p. 74–99.

ALPAYDIN, E. **Introduction to Machine Learning**. 2º Edition ed. London: The MIT Press, 2010.

ANANNY, M. Toward an Ethics of Algorithms: Convening, Observation, Probability, and Timeliness. **Science, Technology & Human Values**, v. 41, n. 1, 2015.

ANANNY, M.; CRAWFORD, K. Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. **New Media & Society**, p. 146144481667664, 2016.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 2ª Edição ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.

ARISTÓTELES. **Organon V:Tópicos**. 1ª Edição ed. Lisboa: Guimarães Editora, 1987a.

ARISTÓTELES. **Organon IV: Analíticos Posteriores**. 1ª Edição ed. Lisboa: Guimarães Editora, 1987b.

ARISTÓTELES. **Física**. Barcelona: Editorial Gredos, 1995.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

AUCOC, L. **Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées. Tome Premier.** Paris: Dunod, Éditeur, 1869.

BACH, R. LES PHYSIOCRATES ET LA SCIENCE POLITIQUE DE LEUR TEMPS. **Revue Française d'Histoire des Idées Politiques**, v. 20, n. 2, p. 5–35, 2004.

BACKHAUS, J. G. From Wolff to Justi. In: **The Beginnings of Political Economy: Friedrich Heinrich Gottlob von Justi.** Boston: Springer, 2009. p. 1–18.

BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, 2017.

BARROSO, L. R. Resposta a artigo de Conrado Hübner Mendes. **Folha de São Paulo**, 23 fev. 2018.

BARTHÉLEMY, H. Préface à l'édition française du Droit administratif allemand, de Otto Mayer. In: **Le droit administratif allemand.** Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.

BELLOMO, M. **The Common Legal Past of Europe: 1000-1800.** Washington: The Catholic University of America Press, 1995.

BENGIO, Y.; GOODFELLOW, I. J.; COURVILLE, A. **Deep Learning.** Cambridge: MIT, 2017.

BIELFELD. **Institutions Politiques, T. 2.** [s.l: s.n.].

BIGOT, G. **Introduction historique ao doirt administratif depuis 1789.** Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

BINENBOJM, G. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 2ª Edição ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIX, B. H. Natural Law: The Modern Tradition. In: JULES L. COLEMAN, KENNETH EINAR HIMMA, AND S. J. S. (Ed.). . **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law.** Oxford: [s.n.].

BIX, B. H. **Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory**Rechtstheorie. [s.l: s.n.].

BODIN, J. **Les Six livres de la Republique.** Genève: Étienne Gamonet, 1629.

BONGIOVANNI, G. Rechtsstaat and Constitutional Justice in Austria: Hans Kelsen's Contribution. In: **The rule of law.** [s.l.] Springer, Dordrecht, 2007. p. 293–319.

BONNARD, R. Le pouvoir discrétionnaire 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**, p. 363–392, 1923.

BOTERO, G. **Della Ragion di Stato.** Venetia: Nicolò Misserini, 1606.

BOVENS, M.; ZOURIDIS, S. From Street-Level to System-Level Bureaucracies : How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion

and The Issue : Discretionary Power of Civil. **Public Administration Review**, v. 62, n. 2, p. 174–184, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro., 1942.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, 1993.

BRASIL. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, 1997.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, 1999.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 2002.51.01.021097-6. Inteiro teor do Acórdão., 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.134.417-MG. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 2009.

BRASIL. Portaria nº 4.279, de 30 de dezembro de 2010, do Ministério da Saúde, 2010.

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 do Petróleo. Parecer nº 491/2015/PF-ANP/PGF/AGU, 2015b.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação. PARECER Nº 58/2015/ CONJUR-MEC/CGU/AGU, 2015c.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. NOTA 130/2015/CONEP/PFEIBAMASEDE/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, 2015e.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários. PARECER n. 00025/2015/NPD/PFANTAQ/PGF/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. p. 1–8, 2015g.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação. PARECER Nº 716/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU, 2015h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO CÍVEL

ORIGINÁRIA 2.865/RJ. Inteiro teor., 2016.

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 Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Parecer nº. 00315/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, 2017b.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Federal junto à Agência Nacional do Cinema. PARECER n. 00165/2017/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU, 2017c.

BRASIL. Portaria nº 208, de 17 de janeiro de 2017, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, 2017d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão Plenário nº TC 033.263/2008-1. Relator: Min. Benjamin Zymler, 2018a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão Plenário nº TC 008.692/2018-1. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 2018b.

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, 2018c.

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. ESTRATÉGIA BRASILEIRA PARA A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL. E-DIGITAL. Brasília: [s.n.].

BRASIL. Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018, 2018f.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, 2018g.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Federal junto à Agência Nacional do Petróleo. PARECER n. 00033/2019/PFANP/PGF/AGU, 2019a.

BRASIL. Edital 01, de 18 de abril de 2019 Brasília Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, , 2019b.

BRETT, A. Later Scholastic Philosophy of Law. In: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Dordrecht: Springer Netherlands, 2015. p. 335–375.

BROUSSARD, M. Artificial Unintelligence: How Computers Misunderstand the World. Cambridge: MIT Press, 2018.

BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. 1997.

BUCCI, M. P. D. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.

Ebook ed. São Paulo: Editoria Saraiva, 2013.

BUCHER, T. **If... Then: Algorithmic Power and Politics**. New York: Oxford University Press, 2018.

BULLINGER, M. A discricionariedade da Administração Pública. **Revista de Ciência Política**, v. 30, n. 2, p. 3–23, 1987.

BURDEAU, F. **Histoire du droit administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

CAMMEO, F. **Commentario delle Leggi sulla Giustizia Amministrativa, vol. I**. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, 1911.

CASTRO, M. F. DE. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147–156, 1997.

CASTRO, M. F. DE. VIOLÊNCIA, MEDO E CONFIANÇA: DO GOVERNO MISTO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. **Revista Forense**, v. 382, p. 157–180, 2005.

CASTRO, M. F. DE. Análise jurídica da política econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 3, n. 1, p. 1–49, 2009.

CASTRO, M. F. DE. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2012.

CASTRO, M. F. DE. Economic development and the legal foundations of regulation in Brazil. **Law and Development Review**, v. 6, n. 1, p. 61–115, 2013.

CASTRO, M. F. DE. Globalização, Democracia e Direito Constitucional: Legados Recebidos e Possibilidades de Mudança. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. (Eds.). . **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 697–719.

CASTRO, M. F. DE. Introdução: Perspectivas sobre as relações entre direito e processos econômicos. In: CASTRO, M. F. DE; FERREIRA, H. L. P. (Eds.). . **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos direitos na economia global**. Curitiba: CRV, 2018.

CASTRO, M. F. DE. Policies, Technology and Markets: Legal Implications of Their Mathematical Infrastructures. **Law and Critique**, n. 0123456789, 2019a.

CASTRO, M. F. DE. **DEMOCRACIA, ECONOMIA POLÍTICA E A ATUAL CRISE DO DIREITO NO BRASIL**. Brasília: [s.n.].

CIRNE, M. B. **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**. [s.l.] Universidade de Brasília, 2019.

CITRON, D. K. TECHNOLOGICAL DUE PROCESS. **Washington University Law Review**, v. 85, n. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, p. 1249–

1313, 2007.

CITRON, D. K.; CALO, R. **The Automated Administrative State.**

COASE, R. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1–44, 1960.

COGLIANESE, C.; LEHR, D. Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era. **Georgetown Law Journal**, v. 105, n. 1147, 2017.

COLLINGWOOD, R. G. **The Idea of Nature.** Londres: Oxford University Press, 1945.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: **A política pública como campo multidisciplinar.** São Paulo: Editora Unesp, 2013.

CRAVO, V. AGÊNCIAS REGULADORAS E O MITO DA INDEPENDÊNCIA: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR DOS MECANISMOS INSTITUCIONAIS DE INTERAÇÃO NO ÂMBITO DA ANATEL. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2331–2340.

CRAVO, V. **Poder Regulamentar e Legitimidade Democrática.** Curitiba: Prismas, 2014.

CRAVO, V. O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária? **Journal of Law and Regulation / Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 1, n. 2, p. 243–257, 2015.

CRAWFORD, K. Can an Algorithm be Agonistic? Ten Scenes from Life in Calculated Publics. **Science, Technology & Human Values**, v. 41, n. 1, 2016.

DASTON, L. **Classical probability in the Enlightenment**New JerseyPrinceton University Press, , 1988.

DASTON, L. I. The Morality of Natural Orders: The Power of Medea; II. Nature's Customs versus Nature's Laws. In: PETERSON, G. B. (Ed.). **The Tanner Lectures on Human Values. Vol. 24.** Salt Lake City: Univ. of Utah Press, 2004. p. 373–411.

DELAMARE, N. **Traité de la Police, Tome I.** Paris: Jean & Pier E Cot, 1705.

DESCARTES, R. **Philosophical Essays and Correspondence.** Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2000.

DESROSIÈRES, A. **The Politics of Large Numbers: a history of statistical reasonig.** Cambridge: Harvard University Press, 1998.

DESROSIÈRES, A. **L'argument statistique. I, Pour une sociologie historique de la quantification.** Paris: Presses des Mines, 2008.

DIAKOPOULOS, N. Algorithmic Accountability. **Digital Journalism**, n. February 2015, p. 1–18, 2015.

DOMAT, J. **Les quatre livres du droit public.** Paris: Firmin Didot Père et Fils, 1829.

DOMO. **Data Never Sleeps 7.0**. [s.l.: s.n.].

DU PONT DE NEMOURS, P. S. **Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain**. Paris: Chez Marlin, Librairie, 1768.

DU PONT DE NEMOURS, P. S. **De l'origine et des progrès d'une science nouvelle**. Paris: Librairie Paul Geuthner, 1910.

DUGUIT, L. **Les transformations du droit public**. 1913.

DUNGEN, P. VAN DEN. THE ABBÉ DE SAINT-PIERRE AND THE ENGLISH “IRENISTS” OF THE 18TH CENTURY (PENN, BELLERS, AND BENTHAM). **International Journal on World Peace**, v. 17, n. 2, p. 5–31, 2000.

ENGIN, Z.; TRELEAVEN, P. Algorithmic Government: Automating Public Services and Supporting Civil Servants in using Data Science Technologies. **Computer Journal**, v. 62, n. 3, 2019.

ERRERA, A. The Role of Logic in The Legal Science of The Glossators and Commentators. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2007. p. 79–156.

FEENBERG, A. Subversive rationalization: Technology, Power, and Democracy. **Inquiry (United Kingdom)**, v. 35, n. 3–4, p. 301–322, 1992.

FEENBERG, A. **Technosystem. The social life of reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

FIEL, A. A. Integração vertical no agronegócio e novos mercados agrícolas: reflexões para um desenvolvimento rural brasileiro. In: CASTRO, M. F. DE; FERREIRA, H. L. P. (Eds.). . **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos direitos na economia global2**. Curitiba: CRV, 2018. p. 221–246.

FINK, K. Opening the government's black boxes: freedom of information and algorithmic accountability. **Information Communication and Society**, v. 21, n. 10, 2018.

FOUCAULT, M. **L'archéologie du savoir** Paris Gallimard, , 1969.

FOUCAULT, M. Polémique, politique et problématisations. In: **Dits et écrits. vol. IV**. Paris: Gallimard, 1994a.

FOUCAULT, M. L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté. In: **Dits et écrits. vol. IV**. Paris: Gallimard, 1994b.

FOUCAULT, M. La technologie politique des individus. In: **Dits et écrits. vol. IV**. Paris: Gallimard, 1994c. p. 813–828.

FOUCAULT, M. The Subject and Power. In: FAUBION, J. (Ed.). . **Power. The Essential Works of Foucault, 1954-1984, Vol. 3**. New York: The New Press, 2001.

FOUCAULT, M. **Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)**. Paris: Seuil Gallimard, 2004a.

FOUCAULT, M. **Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979**. Paris: Seuil Gallimard, 2004b.

FRANKISH, K.; RAMSEY, W. M. **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

FRANKLIN, S. History, motivations, and core themes. In: **The Cambridge handbook of artificial intelligence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

FREITAS, J. A. DE. **A INVENÇÃO DA CIDADE INTELIGENTE RIO: UMA ANÁLISE DO CENTRO DE OPERAÇÕES RIO PELA LENTE DAS MOBILIDADES (2010-2016)**. [s.l.] Fundação Getúlio Vargas, 2018.

GALILEI, G. **Il Saggiatore**. E-book ed. [s.l.] Liber Liber, 1997.

GALILEI, G. **The Essential Galileo**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2008.

GARBER, D. Remarks on the Pre-history of the Mechanical Philosophy. In: **The Mechanization of Natural Philosophy**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013. p. 3–26.

GASSER, U.; ALMEIDA, V. A. F. A Layered Model for AI Governance. **IEEE Internet Computing**, 2017.

GAUDEMAR, M. Leibniz (1646-1716): une philosophie chrétienne du bien public. In: CAILLÉ, ALAIN; LAZZERI, C.; SENELLART, M. (Ed.). **Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique**². Paris: La Découverte, 2001.

GERBER, C. F. VON. **Diritto pubblico**. [s.l.] Giuffrè, 1971.

GIACOMONI, M. P.; VARGAS, A. Z. Foucault, a Arqueologia do Saber e a Formação Discursiva. **Veredas**, v. 2, p. 119–129, 2010.

GIANNINI, M. S. **Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione: concetto e problemi**. Milano: Giuffrè, 1939.

GIGERENZER, G. et al. **The Empire of Chance: how probability changed science and everyday life**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

GRANT, E. The effect of the condemnation of 1277. In: KRETZMANN, N. et al. (Eds.). **The Cambridge History of Later Medieval Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 537–539.

GRASSHOFF, G. Natural Law and Celestial Regularities from Copernicus to Kepler. In: **Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy**. London: Routledge, 2016. p. 155–174.

GROTTI, A. D. M. A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. **Revista Direito**

UFMS, v. Edição Esp, p. 165–185, 2015.

HACKING, I. Biopower and the Avalanche of Printed Numbers. In: CISNEY, V. W.; MORAR, N. (Eds.). . **Biopower, Foucault and Beyond**. Chicago: The University of Chicago Press, 2016.

HAURIOU, M. De la formation du droit administratif français depuis l’An VIII. **Revue générale d’administration**, 1892a.

HAURIOU, M. Précis de droit administratif et de droit public général. 1892b.

HAURIOU, M. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929. Tome troisième**. Paris: Recueil Sirey, 1929.

HENRIQUE, A. C. A administração financeira na previdência complementar sob a ótica da análise jurídica da política econômica - AJPE. In: CASTRO, M. F. DE; FERREIRA, H. L. P. (Eds.). . **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos direitos na economia global**. Curitiba: CRV, 2018. p. 247–286.

HILDEBRANDT, M. Algorithmic regulation and the rule of law. **Philosophical Transactions of the Royal Society**, v. 376, n. 2128, 2018.

HILL, R. K. What an Algorithm Is. **Philosophy and Technology**, v. 29, n. 1, 2016.

HIRSCHMAN, D.; BERMAN, E. P. Do economists make policies? On the political effects of economics. **Socio-Economic Review**, v. 12, n. 4, p. 779–811, 2014.

HOUAISS, A. **Grande Dicionário Houaiss**. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

JACKSON, M. The eighteenth century antecedents of bureaucracy, the Cameralists. **Management Decision**, v. 43, n. 10, p. 1293–1303, 2005.

JANSSEN, M.; KUK, G. The challenges and limits of big data algorithms in technocratic governance. **Government Information Quarterly**, v. 33, n. 3, 2016.

JARDINE, L. Humanism and the Teaching of Logic. In: KRETZMANN, N. et al. (Eds.). . **The Cambridge History of Later Medieval Philosophy**. [s.l.] Cambridge University Press, 1982. p. 797–807.

JUSTI, H. G. VON. **Éléments généraux de police, démontrés par des raisonnemens fondés sur l’objet & la fin qu’elle se propose**. Paris: [s.n.].

KANT, I. **Théorie et pratique**. Paris: PhiloSophie, 2019.

KENNEDY, D. 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**, v. 55, p. 1031–1076, 2004.

KENNEDY, D. The “Rule of Law,” Political Choices, and Development Common Sense. In: TRUBEK, D. M.; SANTOS, A. (Eds.). . **The New Law and Economic Development**.

Cambridge: Cambridge University Press, 2006a. p. 95–173.

KENNEDY, D. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, D. M.; SANTOS, A. (Eds.). . **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006b. p. 19–73.

KENNEDY, D. Critical Legal Studies: Duncan Kennedy. In: HACKNEY JR., J. R. (Ed.). . **Legal Intellectual in Conversation: reflections on the construction of contemporary american legal theory**. New York: New York University Press, 2012. p. 19–45.

KENNEDY, D. **A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

KEOHANE, N. O. **Philosophy and the State in France: the Renaissance to the Enlightenment**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

KERTH, B. V. DE C. Regulamentação trabalhista: uso de indicadores e a flexibilização de direitos no Brasil. In: CASTRO, M. F. DE; FERREIRA, H. L. P. (Eds.). . **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos direitos na economia global**. Curitiba: CRV, 2018. p. 287–316.

KITCHIN, R. The real-time city? Big data and smart urbanism. **GeoJournal**, v. 79, n. 1, p. 1–14, 2014.

KRUGMAN, P.; WELLS, R. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LABAND, P. **Le Droit Public de l'Empire Allemand, Tome II**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.

LABORIER, P. La «bonne police». Sciences caméras et pouvoir absolutiste dans les États allemands. **Politix**, v. 48, p. 7–35, 1999.

LAFERRIÈRE, É. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Tome Second**. Deuxième É ed. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1896.

LARRÈRE, C. In Search of the Newton of the Moral World: The Intelligibility of Society and the Naturalist Model of Law from the End of the Seventeenth Century to the Middle of the Eighteenth Century. In: **Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy**. London: Routledge, 2016. p. 261–276.

LATOUR, B. **Reensamblar lo social: una introducción a la teoría del actor-red**. Buenos Aires: Manantial, 2008.

LEIBNIZ, G. W. **Leibniz: Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

LEPSIUS, O. L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS SUR LA DOCTRINE JURIDIQUE ALLEMANDE. **Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique**, v. 24, p. 205–227, 2004.

LIPSKY, M. **Street-Level Bureaucracy: dilemmas of the individual in public**

services. New York: Russell Sage Foundation, 2010.

LISSKA, A. J.; TIERNEY, B. Philosophy of Law in the Later Middle Ages. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence.** Dordrecht: Springer Netherlands, 2015. p. 311–333.

LOYSEAU, C. **Les cinq livres du droits de offices.** Lyon: La Compagnie de Libraires, 1701.

LUSCOMBE, D. E. Natural morality and natural law. In: KRETZMANN, N. et al. (Eds.). **The Cambridge History of Later Medieval Philosophy.** Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 705–720.

MALEBRANCHE, N. DE. **Traité de la Nature et de la Grâce.** [s.l.] Daniel Elsevier, 1680.

MALEBRANCHE, N. DE. **Traité de Morale.** Paris: Ernest Thorin, 1882.

MANDEVILLE, B. **The Fable of the Bees or Private Vices, Publick Benefits. Vol. 2.** Indianapolis: Liberty Classics, 1988.

MAQUIAVEL, N. **O príncipe.** 2ª Edição ed. São Paulo: Jardim dos Livros, 2013.

MARENBOON, J. The Rise of Scholastic Legal Philosophy. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence.** Dordrecht: Springer Netherlands, 2015. p. 267–283.

MATTEUCCI, F. **IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI TECNICODISCREZIONALI.** [s.l.] UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”, 2013.

MAYER-SCÖNBERGER, V.; CUKIER, K. **Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think.** New York: Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company, 2013. v. 53

MAYER, O. **Le droit administratif allemand, Tome I.** Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.

MCGRADY, A. S. **The Political Thought of William of Ockham.** Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MEDINA, E. Rethinking algorithmic regulation. **Kybernetes**, v. 44, n. 6/7, p. 1005–1019, 2015.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro.** 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, C. A. B. DE. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, v. 7, p. 961–970, 1995.

MELLO, C. A. B. DE. **Discricionariedade e Controle Judicial.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, C. A. B. DE. **Curso de Direito Administrativo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, O. A. B. DE. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 1^a Edição ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

MILTON, J. R. The origin and development of the concept of the 'laws of nature'. **European Journal of Sociology**, v. 22, n. 2, p. 173–195, 1981.

MOHNHAUPT, H. 'Lex certa' and 'ius certum': The Search for Legal Certainty and Security. In: **Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy**. London: Routledge, 2016. p. 85–100.

MONNIER, R. Montesquieu et le langage républicain l'argumentaire de l'Esprit des lois. **La Révolution française. Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française**, n. 5, 2013.

MONTCHRÉTIEN, A. DE. **Traicté de l'oeconomie politique: dédié en 1615 au Roy et à la Reyne mère du Roy**. Paris: Plon, Nourrit & Cia, 1889.

MONTESQUIEU. **Oeuvres Complètes de Montesquieu**. Paris: L. de Bure, Libraire, 1834.

MONTESQUIEU. **Montedite, Édition critique des Pensées de Montesquieu**. Disponível em: <www.unicaen.fr/services/puc/sources/Montesquieu/>. Acesso em: 14 out. 2019.

MOROZOV, E. The rise of data and the death of politics. **The Guardian**, 20 jul. 2014.

MOUFFE, C. **THE DEMOCRATIC PARADOX**. New York: Verso, 2000.

NAPOLI, P. **Naissance de la police moderne: pouvoir, normes, société**. Paris: La Découverte, 2003.

NATURE. Digital intuition. **Nature**, v. 529, n. 7587, p. 437–437, 27 jan. 2016.

NAUDÉ, G. **Considérations politiques sur les coups d'Etat**. Rome: [s.n.].

NAUTA, L. Lorenzo Valla and the rise of humanist dialectic. In: HANKINS, J. (Ed.). . **Toward Modern Philosophy - Part II**. Massachusetts: Cambridge University Press, 2007. p. 193–210.

NEW YORK CITY. **NYC Analytics**. Disponível em: <<https://www1.nyc.gov/site/analytics/index.page>>. Acesso em: 17 set. 2019.

NOBRE JÚNIOR, E. P. Há uma discricionariiedade técnica? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 25, n. 28, p. 107–148, 2016.

NOVECK, B. S. Crowdlaw : Collective Intelligence and Lawmaking 1 Introduction : The Need for Smarter Institutions. **Analyse & Kritik**, v. 40, n. 2, p. 359–380, 2018.

- O'REILLY, T. Open data and algorithmic regulation. In: **Beyond transparency: Open data and the future of civic innovation**. [s.l: s.n.]. p. 289–300.
- OAKLEY, F. Christian Theology and the Newtonian Science: The Rise of the Concept of the Laws of Nature. **Church History**, v. 30, n. 4, p. 433–457, 1961a.
- OAKLEY, F. Medieval theories of natural law: William of Ockham and the significance of the voluntaristic tradition. **Natural Law Forum**, v. 6, p. 65–83, 1961b.
- OAKLEY, F. **The mortgage of the past : reshaping the ancient political inheritance (1050-1300)**. New Haven: Yale University Press, 2012.
- PADOVANI, A. The Metaphysical Thought of Late Medieval Jurisprudence. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2007. p. 31–78.
- PAGE, E. C. The Origins of Policy. In: **The Oxford Handbook of Public Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- PARK, K.; DASTON, L. Introduction: The Age of the New. In: PARK, K.; DASTON, L. (Eds.). . **The Cambridge History of Science**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1–18.
- PASQUALE, F. **THE BLACK BOX SOCIETY**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- PASQUINO, P. Police spirituelle et police terrienne. D. Reinkingk et V. L. von Seckendorff. In: LAZZERI, CHRISTIAN; REYNIÉ, D. (Ed.). . **La raison d'Etat: politique et rationalité, "Recherches politiques"**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 83–115.
- PEETERS, R.; SCHUILENBURG, M. Machine justice: Governing security through the bureaucracy of algorithms. **Information Polity**, v. 23, n. 3, 2018.
- PIETRO, M. S. Z. DI. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª Edição ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PONTES, M. Discurso do Ministro Marcos Pontes. In: **Ministro defende protagonismo em inteligência artificial para o país**. Brasília: Agência Brasil, 2019.
- PRESUTTI, E. **I LIMITI DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ**. Milano: Società Editrice Libreria, 1911.
- PUFENDORF, S. **The Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence**. Indianapolis: Liberty Fund, 2009.
- REISMAN, D. et al. **ALGORITHMIC IMPACT ASSESSMENTS: A PRACTICAL FRAMEWORK FOR PUBLIC AGENCY ACCOUNTABILITY**. 2018.
- REYNIÉ, D. Le regard souverain: statistique sociale et raison d'État du XVIe au XVIIIe siècle. In: **La Raison d'État: politique et rationalité**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 43–82.

RILEY, P. The Legal Philosophy of Hugo Grotius. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009a. p. 365–377.

RILEY, P. The Legal Theory of Pufendorf. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009b. p. 421–431.

RILEY, P. Leibniz on Justice as “The Charity of Wise”. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009c. p. 433–462.

RILEY, P. Malebranche and “Cartesianized Augustinianism”. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009d. p. 463–490.

ROSANVALLON, P. **Le Bon Gouvernement**. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

ROUSSEAU, J.-J. **Oeuvres politiques de J.-J. Rousseau, Tome III**. Paris: Mme. Veuve Le Petit, Libraire, 1821.

ROUSSEAU, J.-J. **Contrat social ou Principes de droit politique**. Paris: Librairie Garner Frères, 1923.

ROUX, S. Les lois de la nature à l’âge classique: la question terminologique. 2013.

ROUX, S. Controversies on Nature as Universal Legality (1680–1710). In: **Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy**. London: Routledge, 2016. p. 211–226.

SABEL, C. Dewey, Democracy, and Democratic Experimentalism. **Contemporary Pragmatism**, v. 9, n. 2, p. 35–55, 2012.

SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, J.; TOMLINS, C. (Eds.). **Searching for Contemporary Legal Thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

SAHD, L. F. N. DE A. E S. ROUSSEAU E A ADMINISTRAÇÃO DOS BENS. **Trans/Form/Ação**, v. 26, n. 1, p. 141–159, 2003.

SAINT-PIERRE, C.-I. C. DE. **Discours sur la polysynodie**. Amsterdam: Chez du Villard & Changuion, 1719.

SAINT-PIERRE, C.-I. C. DE. **Ouvrages de politique**. Paris: Beman, Jean Daniel; Rotterdam, A, 1733. v. 5

SAINT-PIERRE, C.-I. C. DE. **Ouvrages de politique**. Paris: Beman, Jean Daniel; Rotterdam, A, 1734. v. 6

SAINT-PIERRE, C.-I. C. DE. **Nouveau Plan de gouvernament des états souverains**. 2a. ed. Paris: Beman, Jean Daniel; Rotterdam, A, 1738.

SAMPAIO, P. S. Microcrédito, desenvolvimento e superação da pobreza: uma análise jurídica do programa nacional de microcrédito produtivo orientado. In: CASTRO, M. F.

DE; FERREIRA, H. L. P. (Eds.). . **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos direitos na economia global**. Curitiba: CRV, 2018. p. 195–220.

SARNOWSKY, J. Concepts of Impetus and the History of Mechanics. In: **Mechanics and Natural Philosophy Before the Scientific Revolution**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2008. p. 121–145.

SAVIGNY, F. K. VON. **De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho**. Madrid: Carlos III University of Madrid, 2015.

SAYRE, K. M. Cybernetics. In: SHANKER, S. G. (Ed.). . **Routledge History of Philosophy Volume IX Philosophy of the English-Speaking World in the Twentieth Century 1: Science, Logic and Mathematics**. New York: Routledge, 2004.

SCATTOLA, M. Models in History of Natural Law. In: **Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte, XXVIII**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2001. p. 91 – 159.

SCATTOLA, M. Scientia Iuris and Ius Naturae: The Jurisprudence of the Holy Roman Empire in the Seventeenth and Eighteenth Centuries. In: **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009. p. 1–41.

SCHROEDER, R. Disenchantment and its discontents: Weberian perspective on science and technology. **The Sociological Review**, p. 227–250, 1995.

SEELAENDER, A. C. L. A “Polícia” e as funções do Estado. Notas sobre a “Polícia” do Antigo Regime. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, v. 49, n. 0, p. 73–87, 2009.

SENELLART, M. La raison d’Etat antimachiavélienne. Essai de problématisation. In: LAZZERI, CHRISTIAN; REYNIÉ, D. (Ed.). . **La raison d’État: politique et rationalité**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 15–42.

SENELLART, M. Machiavel (1469-1527) : l’ethos politique de grandeur et de liberté. In: CAILLÉ, A. (Ed.). . **Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique**. Paris: La Découverte, 2001a. p. 217–226.

SENELLART, M. La science de la police et l’État de bien-être (Wohlfahrtsstaat) en Allemagne. In: CAILLÉ, ALAIN; LAZZERI, C.; SENELLART, M. (Ed.). . **Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique**. Paris: La Découverte, 2001b.

SENELLART, M. **As artes de governar**. São Paulo: Editora 34, 2006.

SEPPEL, M. **Cameralism in Practice: State Administration and Economy in Early Modern Europe**. Woodbridge: The Boydell Press, 2017.

SERENE, E. Demonstrative science. In: KRETZMANN, N. et al. (Eds.). . **The Cambridge History of Later Medieval Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 496–518.

SILVA, L. A. D. E. Uso de técnicas de inteligência artificial para subsidiar ações de controle. **Revista do TCU**, v. 137, 2016.

SKOTNICKI, A. Law, Judgment, and Catholic Social Ethics. **Journal of Catholic Higher Education**, v. 27, n. 1, p. 117–135, 2008.

SLATKIN, L. M. Measuring Authority, Authoritative Measures. In: **The Moral Authority of Nature**. [s.l.] University of Chicago Press, 2004. p. 25–49.

STOLLEIS, M. **Public law in Germany, 1800-1914**. New York: Berghahn Books, 2001.

STOLLEIS, M. The Legitimation of Law through God, Tradition, Will, Nature and Constitution. In: **Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy**. London: Routledge, 2016. p. 57–68.

STRICKLAND, L. **Leibniz's Monadology: A New Translation and Guide**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2014.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. INTERPRETATION AND INSTITUTIONS. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885–951, 2003.

THIERER, A.; SULLIVAN, A. C. O.; RUSSELL, R. **Artificial Intelligence and Public Policy**. Arlington: [s.n.].

THOMAS, W. Algorithms : From Al-Khwarizmi to Turing. In: G., S.; STRAHM, T. (Eds.). . **Turing's revolution: The impact of his ideas about computability**. Heidelberg: Springer International Publishing, 2015. p. 29–42.

TIERNEY, B. **The idea of natural rights : studies on natural rights, natural law, and church law, 1150-1625**. [s.l.] William B. Eerdmans, 2001.

TIERNEY, B. **Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150-1650**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

TOTARO, P.; NINNO, D. The Concept of Algorithm as an Interpretative Key of Modern Rationality. **Theory, Culture & Society**, v. 31, n. 4, 2014.

TRIBE, K. **STRATEGIES OF ECONOMIC ORDER. German economic discourse, 1750-1950**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

UNGER, R. M. **O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1979.

UNGER, R. M. **Democracy Realized: The Progressive Alternative**. [s.l: s.n.]. v. 29

VAN DEN BERG, H. Wolff and kant on scientific demonstration and mechanical explanation. **Archiv fur Geschichte der Philosophie**, v. 95, n. 2, p. 178–205, 2013.

VISUAL CAPITALIST. **How Much Data is Generated Each Day?** [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://www.visualcapitalist.com/wp-content/uploads/2019/04/data-generated-each-day-wide.html>>. Acesso em: 12 set. 2019.

WEBER, M. **Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology**. Berkeley: University of California Press, 1978.

WEBER, M. **The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism**. London: Routledge, 2005.

WEBER, M. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEISHEIPL, J. A. The interpretation of Aristotle's Physics and the science of motion. In: KRETZMANN, N. et al. (Eds.). . **The Cambridge History of Later Medieval Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 519–536.

WIEACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª Edição ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WIRTZ, B. W.; WEYERER, J. C.; GEYER, C. Artificial Intelligence and the Public Sector—Applications and Challenges. **International Journal of Public Administration**, v. 42, n. 7, 2019.

WOLFF, C. **PRINCIPES DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS, Tome troisième**. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1756a.

WOLFF, C. **PRINCIPES DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS, Tome premier**. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1756b.

YEUNG, K. Algorithmic regulation: A critical interrogation. **Regulation and Governance**, v. 12, n. 4, 2017.

ZANATTA, R. A. F. **Pontuação de Crédito e Direitos dos Consumidores: o desafio brasileiro**. [s.l: s.n.].

ZUBOFF, S. New Worlds of Computer- Mediated Work. **Harvard Business Review**, n. September, 1982.

ZUBOFF, S. Automate / Infomate: The Two Faces of Intelligent Technology. **Organizational Dynamics**, v. 14, n. 2, p. 5–18, 1985.

ZUBOFF, S. Big other: Surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, n. 1, 2015.