

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

JÉSSICA AMANDA FACHIN

AIRES JOSE ROVER

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aires Jose Rover; Frederico Thales de Araújo Martos; Jéssica Amanda Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-745-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança e novas tecnologias. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

Apresentação

O VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado em parceria com o Programa de Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" das Faculdades Londrina e a Faculdade de Direito de Franca (FDF), ocorreu nos dias 20, 21, 22, 23 e 24 de junho de 2023. O evento teve como temática central "Direito e Políticas Públicas na Era Digital". As discussões realizadas durante o encontro, tanto nas diversas abordagens tecnológicas como nos Grupos de Trabalho (GTs), foram de grande relevância, considerando a atualidade e importância do tema.

Nesta publicação, os trabalhos apresentados como artigos no Grupo de Trabalho "Direito, Governança e Novas Tecnologias I", no dia 23 de junho de 2023, passaram por um processo de dupla avaliação cega realizada por doutores. A obra reúne os resultados de pesquisas desenvolvidas em diferentes Programas de Pós-Graduação em Direito, abordando uma parte significativa dos estudos produzidos no âmbito central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas refletem intensas e numerosas discussões que ocorrem em todo o Brasil. Elas destacam o aspecto humano da Inteligência Artificial, os desafios para a democracia e a aplicação do Direito no ciberespaço, bem como reflexões atuais e importantes sobre a regulação das plataformas digitais e as repercussões das novas tecnologias em diversas áreas da vida social.

Esperamos que, por meio da leitura dos textos, o leitor possa participar dessas discussões e obter um entendimento mais amplo sobre o assunto. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e na organização do evento, cujas contribuições inestimáveis foram fundamentais, e desejamos uma leitura proveitosa!

Prof. Dr. Aires Jose Rover - Universidade Federal de Santa Catarina/SC

Profa. Dra. Jéssica Fachin - Faculdades Londrina/PR

Prof. Dr. Frederico Thales de Araújo Martos - Faculdade de Direito de Franca/SP e Universidade do Estado de Minas Gerais/MG

ENTRE A EXPERTISE E OS ALGORITMOS: UMA NOVA RACIONALIDADE PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI

BETWEEN EXPERTISE AND ALGORITHMS: A NEW RATIONALITY FOR ADMINISTRATIVE LAW IN THE 21ST CENTURY

Victor Epiácio Cravo Teixeira

Resumo

Partindo de uma perspectiva foucaultiana, a pesquisa considera que o cerne das políticas públicas formuladas pela ação governamental é apresentado mediante os vocabulários próprios da expertise, cujo hermetismo dificulta a compreensão de sua dimensão política e impõe obstáculos à construção de pontes entre o direito e a expertise. Diante da necessidade de estimular a criação de conexões entre o direito e a expertise, esta pesquisa 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 confirmam um caráter democrático a tal problematização. Ao propor a racionalidade problemático-democrática, esta pesquisa 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-chave: Direito administrativo, Racionalidade, Expertise, Inteligência artificial, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

Adopting a foucauldian perspective, the research considers that the core of public policies formulated by government action is presented through the vocabularies of expertise, whose hermeticism makes it difficult to understand its political dimension and imposes obstacles to building bridges between law and expertise. 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/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative law, Rationality, Expertise, Artificial intelligence, Democracy

1. Introdução

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 programáticos¹, o direito administrativo constitui-se em uma *tecnologia de governo* capaz de prover momentos de estabilidade (estados de dominação²) 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 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) 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 arbitadora 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

¹ 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.

² 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.

preocupação, discursivamente articulada, que objetive estabelecer conexões entre direito e expertise. A doutrina da discricionariedade técnica, por exemplo, não prescreve ao jurista que examine ou questione as minúcias da proposta técnica. De outro lado, teorias fundadas na ponderação de princípios falham em se relacionar com a expertise extrajurídica, porque trocam as possíveis vias de diálogo com os técnicos-burocratas pelo conforto proporcionado pelo domínio exclusivo da metodologia jurídica de que é porta-voz, e que, no final das contas, rivaliza com a expertise extrajurídica, ao desvalorizar seus métodos e conclusões.

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), contribui para agravar o problema da desconexão entre direito e *técnica*. A possibilidade iminente de que sistemas de inteligência artificial 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 algoritmicamente por ferramentas versáteis como o ChatGTP (OPENAI, 2023) 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 *discricionariedade técnica*, as conclusões da expertise costumam ser fetichizadas 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 sociedade.

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 outro³.

³ A esse respeito, Foucault (2004b, p. 38) falou de “*regimes de veridicação*”.

A via que permite escapar a esse dilema entre fetiches exige do administrativista irresignado, todavia, uma contrapartida. Requer não apenas uma resistência contra as pressões das variadas teorias que almejam, de uma maneira ou de outra, 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 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 (aqui chamada de *racionalidade problemático-democrática*), 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 confirmem um caráter democrático a tal problematização.

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)⁴, 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 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 pesquisa 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

⁴ 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.

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*⁵ 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 questionar a 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

⁵ O termo *mercado relevante* compreende um conjunto determinado de produtos ou serviços, comercializados numa dada área geográfica.

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. 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), cujo efeito é o encobrimento de prescrições valorativas com roupagens típicas das descrições naturais, amparadas por metodologias consideradas científicas por *experts*.

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 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 estratégica⁶; e (b) são também o resultado do trabalho de redes⁷ 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 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.

⁶ Com a alusão a *dispositivo*, Castro (2019, p. 13) faz referência ao pensamento de Michel Foucault, também amplamente empregado nesta pesquisa.

⁷ Ao utilizar o conceito de *redes de experts*, Castro (2019, p. 13) se reporta à teoria do *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.

A racionalidade problematizadora imaginada nesta pesquisa 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 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, 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 pesquisa 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 política⁸ 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*. 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* 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,

⁸ 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.

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 investigação sobre modelos de explicabilidade (*accountability*) de sistemas algorítmicos deve partir dos limites relacionados a esse ideal de transparência.

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).

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 deste trabalho, 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*.

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 governamentais.

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*⁹, 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

⁹ De acordo com Foucault, a outra via de que descenderia a liberdade seria a *via radical*

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 neste trabalho 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.

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 consequente 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 democráticas¹⁰. 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 vista¹¹. 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* 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.

¹⁰ 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* emerge do conflito entre esses múltiplos sistemas valorativos, bem como de sua incapacidade de subsistir em meio à racionalidade científica.

¹¹ 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.

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 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 reguladoras¹². 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,

¹² Para uma leitura abrangente sobre o tema da legitimidade democrática nas agências reguladoras e na administração pública em geral, ver Cravo (2010) e (2014).

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 deslocamento do centro de gravidade da exigência democrática¹³, 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 mezinhos¹⁴. 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 públicas¹⁵. 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 governados¹⁶. 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.

¹³ 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.

¹⁴ Rosanvallon (2015, p. 75) chama esse deslocamento da centralidade democrática de *presidencialização-personalização das democracias*.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

4. Conclusão

Esta pesquisa buscou abordar 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. Nesse sentido, concluiu que o direito administrativo precisa 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 visto, 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 guiarão os cálculos instrumentais dele derivados, o que necessariamente levaria em conta os insumos produzidos pelo debate plural institucionalizado.

Bibliografia

ANANNY, M.; CRAWFORD, K. Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. **New Media & Society**, p. 146144481667664, 2016.

BROUSSARD, M. **Artificial Unintelligence: How Computers Misunderstand the World**. Cambridge: MIT Press, 2018.

BUCHER, T. **If... Then: Algorithmic Power and Politics**. New York: Oxford University Press, 2018.

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. Policies, Technology and Markets: Legal Implications of Their Mathematical Infrastructures. **Law and Critique**, n. 0123456789, 2019.
- 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.
- 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. 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.
- FEENBERG, A. Subversive rationalization: Technology, Power, and Democracy. **Inquiry (United Kingdom)**, v. 35, n. 3–4, p. 301–322, 1992.
- FOUCAULT, M. Polémique, politique et problématisations. In: **Dits et écrits. vol. IV**. Paris: Gallimard, 1994.
- 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. **Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979**. Paris: Seuil Gallimard, 2004.
- HILDEBRANDT, M. Algorithmic regulation and the rule of law. **Philosophical Transactions of the Royal Society**, v. 376, n. 2128, 2018.
- 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, 2006. p. 95–173.
- KENNEDY, D. **A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy**. Princeton: Princeton University Press, 2016.
- LATOURETTE, B. **Reensamblar lo social: una introducción a la teoría del actor-red**. Buenos Aires: Manantial, 2008.
- MOUFFE, C. **THE DEMOCRATIC PARADOX**. New York: Verso, 2000.
- 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.
- OPENAI. **GPT-4 Technical Report**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<http://arxiv.org/abs/2303.08774>>.
- ROSANVALLON, P. **Le Bon Gouvernement**. Paris: Éditions du Seuil, 2015.
- 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.

UNGER, R. M. **Democracy Realized: The Progressive Alternative**. [s.l: s.n.]. v. 29

WEBER, M. **Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology**. Berkeley: University of California Press, 1978.