

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

A influência do conhecimento técnico-científico no desenvolvimento da
atividade da Administração Pública

FELIPE BARBOSA DE FREITAS RIBEIRO

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

LISBOA

2017

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

A influência do conhecimento técnico-científico no desenvolvimento da
atividade da Administração Pública

FELIPE BARBOSA DE FREITAS RIBEIRO

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:

CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Dissertação final do Mestrado Científico da
Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa, como requisito à obtenção do título
de mestre em Direito na área de Ciências
Jurídico-Políticas – Ano letivo 2014/2015

Orientador: Sr. Dr. Professor Paulo Otero

LISBOA

2017

*Aos meus pais, Denir de
Freitas Ribeiro e Nair Palhano
Barbosa, e à pequena Helena Shaat
de Freitas Ribeiro.*

NOTA PRÉVIA

A presente dissertação foi escrita em português do Brasil e pautou-se no último acordo ortográfico firmado entre países de língua portuguesa.

Todas as referências a obras estrangeiras mantiveram o seu título na língua original.

Todas as citações a obras, precedentes judiciais ou a leis foram traduzidas para o português do Brasil.

AGRADECIMENTOS

Em agradecimento, nunca é demais lembrar daqueles que nos ajudaram a chegar até aqui. Primeiramente, minha gratidão ao meus pais, Nair Palhano e Denir de Freitas Ribeiro, que sempre me educaram através do exemplo de retidão e de honestidade; agradeço à minha adorável Helena, filha amada e fonte de eterna inspiração, que foi minha mais fiel parceira nesse projeto português; meu muito obrigado à Samira Torres que me acompanhou por dois anos em Portugal e, com lealdade, tem me ajudado a cumprir meu maior desafio: fazer de nossa filha uma pessoa bondosa, solidária e com valores humanísticos. Agradeço muito ao meu professor e orientador, Doutor Paulo Otero, pela confiança, generosidade e pelos conselhos sempre precisos. Com ele compreendi a beleza do direito e a necessidade do estudo e da dedicação nos trabalhos acadêmicos. Agradeço aos amigos de mestrado Luiz Neto, André Melo, Guilherme Pratti, Gláucio Castro, Tiago Martins e Vanda Coutinho, parceiros que, de alguma maneira, me inspiraram com suas ideias e pensamentos. Agradeço ao amigo luso-angolano José Miguel que me ensinou a amar Lisboa e a guardá-la no meu coração. Agradeço ao amigo e colega Carlos Bernardo pela generosidade nos momentos de dificuldade. Por fim, agradeço ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, minha segunda casa, que investiu no meu aprimoramento pessoal e profissional. Espero sinceramente poder ter a oportunidade de retribuir a todos os aqui citados por tudo que deles recebi.

ABREVIATURAS

ABNT: Associação Brasileira de Normas Técnicas

ANEEL: Agência Nacional de Energia Elétrica

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CE: COMISSÃO EUROPEIA

CE: Conselho do Estado da França

FCC: Food Chemicals Codex

FDA: Food and Drug Administration

ISO: Organização Internacional de Padronização

OMS: Organização Mundial de Saúde

STF: Supremo Tribunal Federal (brasileiro)

STJ: Supremo Tribunal de Justiça (português)

RESUMO

Às portas da 4ª Revolução Industrial, a técnica, enquanto causa do desenvolvimento socioeconômico, segue inquestionável. A era da neutralidade e especialização científicas mantém-se incólume à necessária e profunda reflexão sobre suas consequências sociais, sobretudo, no campo do direito. Este trabalho pretende, através do estudo do instituto da discricionariedade técnica, indicar os limites formais e materiais para o acolhimento pelo direito de conteúdos técnico-científicos nas práticas sociais. Sua abordagem mantém dois enfoques principais: o primeiro concentra-se na importância da lei enquanto representação da vontade geral e tradicional veículo de legitimação democrática; o segundo recai sobre os princípios jurídicos, normas com enorme descarga axiológica, fundamentais para a compreensão do direito como integridade. Conforme tentaremos demonstrar, saber se Administração Pública tem a prerrogativa ou não de promover escolhas técnicas discricionárias depende, em última análise, da resposta encontrada para o referido teste de juridicidade.

ABSTRACT

At the dawn of the 4th Industrial Revolution, the technology, as a cause of socioeconomic development, remains unquestionable. The era of scientific neutrality and specialization remains intact to the necessary and profound reflection of its social consequences, especially in the field of law. Through the study of the institute of technical discretion, this work intends to indicate the formal and material limits for the reception by the law of technical-scientific content in social practices. Its approach puts forward two main focuses: the first is the importance of law as a representation of the general will and traditional vehicle of democratic legitimation; The second falls on legal principles that have enormous axiological discharge and are fundamental for the understanding of law as integrity. As we will try to demonstrate, knowing whether Public Administration has the prerogative or not to promote discretionary technical choices depends, ultimately, on the response found for said test of juridicity.

SUMÁRIO

Apresentação.....	09
CAPÍTULO I - AS NORMAS TÉCNICAS E DAS NORMAS JURÍDICAS.....	12
1. A técnica, a ciência e o direito: noções iniciais e breve contextualização histórica... 12	12
1.1. A visão sobre a técnica e a ciência no tempo do Estado liberal.....	15
1.2. A visão sobre a técnica e a ciência no tempo dos Estados Sociais	19
1.3. O avanço do neoliberalismo e a retomada do pensamento técnico-liberal.....	23
1.4. A necessária independência entre produção científica e Estado.....	25
1.5. Ciência e técnica.....	27
2. Por que abandonamos a ideia de normas técnicas em sentido estrito?.....	31
2.1. As normas técnicas em sentido amplo.....	34
2.2. Conceito e características gerais.....	35
a) Origem em paradigmas científicos.....	35
b) Os agentes formuladores de normas técnicas.....	36
c) A objetividade das normas técnicas.....	39
d) A autonomia existencial das normas técnicas ou extrajuridicidade.....	41
e) A extraterritorialidade das normas técnicas.....	42
f) A aptidão prática das normas técnicas.....	44
g) A falta de aptidão das normas técnicas para produção de efeitos jurídicos.....	45
h) A provisoriedade das normas técnicas.....	46
i) O relativismo das normas técnicas.....	47
i.1) O que esperar do direito em caso de pluralidade técnica?.....	54
3. As normas técnicas e o problema da legitimidade democrática.....	58
3.1. A questão da deslegalização e o alegado déficit de legitimidade democrática.....	60
4. O direito, a técnica e a centralidade da pessoa humana.....	64
5. As normas técnicas e o regime jurídico técnico.....	67
6. Normas jurídicas versus normas técnicas.....	71
7. A elaboração de normas técnicas	72
8. Resumo do capítulo.....	76
CAPÍTULO II - A INSERÇÃO DE NORMAS TÉCNICAS NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	78
1. Considerações gerais.....	78
2. O fenômeno de incorporação de normas técnicas no Direito Administrativo.....	79
3. As normas jurídicas de conteúdo técnico-científico remissivas.....	81
3.1. Por que as normas remissivas são regras jurídicas?.....	81
3.1.1. Distinção entre regras e princípios.....	81
3.2. As regras jurídicas remissivas.....	84
3.2.1. As técnicas legislativas usadas pelas regras jurídicas remissivas.....	86

3.3. A incorporação de normas técnicas pelo legislador.....	93
3.4. As formas de incorporação de normas técnicas pela Administração Pública.....	95
a) A atuação normativa (<i>regulation</i>).....	96
b) A atuação concreta (<i>adjudication</i>).....	98
b.1) Espécies de condutas administrativas concretas.....	99
4. O regime jurídico técnico-científico.....	100
5. Controles formal e material.....	101
6. Resumo do capítulo.....	103

CAPÍTULO III - A INTERPRETAÇÃO DE REGRAS REMISSIVAS À LUZ DA LEGALIDADE (CONTROLE FORMAL).....

1. Considerações gerais.....	105
2. Critérios de verificação da validade formal das regras remissivas.....	106
2.1. Controle formal vertical.....	108
2.2. Controle formal procedimental.....	109
2.3. Controle formal horizontal.....	110
3. Discricionariedade ou vinculatividade administrativas em fase de controle formal?.....	111
4. Resumo do capítulo.....	113

CAPÍTULO IV - A INTERPRETAÇÃO DE REGRAS REMISSIVAS À LUZ DA JURIDICIDADE (CONTROLE MATERIAL).....

1. Considerações gerais.....	115
2. Controle material em matéria técnica.....	118
2.1. A funcionalidade dos princípios jurídicos.....	119
a) Princípio jurídico em sentido estrito (argumento de princípio).....	120
a.1) Os direitos fundamentais.....	122
a.2) A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....	124
b) Diretivas (argumento de política).....	129
c) Os princípios como critério para a definição da validade de uma atuação normativa.....	134
d) Os princípios em sentido amplo como critério para a definição da validade de uma atuação administrativa concreta.....	135
2.2. A discricionariedade da Administração em sede de controle material.....	137
2.2.1. A questão da discricionariedade em matéria técnico-científica.....	144
2.3. A recusa da Administração Pública em aplicar regime jurídico técnico: a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.....	148
3. Resumo do capítulo.....	151

CAPÍTULO V - O CONTROLE JUDICIAL EM MATÉRIA TÉCNICO-CIENTÍFICA.....	153
1. O princípio da separação dos poderes.....	153
2. Controle judicial da atividade administrativa.....	155
3. Controle judicial formal.....	156
4. Controle judicial material.....	158
4.1. O princípio da proporcionalidade no controle judicial.....	160
4.2. O controle judicial da atividade administrativa para proteger direitos fundamentais.....	167
4.3. Controle judicial da atividade administrativa para proteger a dignidade humana.....	170
4.4. Controle judicial da atividade administrativa para proteger diretivas.....	172
4.5. As peculiaridades da matéria técnico-científica.....	173
5. Alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.....	179
a) No direito europeu.....	179
b) Na América.....	186
6. Resumo do capítulo.....	189
CAPÍTULO VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	192
I - Premissas filosóficas.....	192
II – Premissas jurídicas.....	194
III – Conclusão.....	198
Referências bibliográficas.....	199

APRESENTAÇÃO

As sociedades técnicas têm, desde a Revolução Industrial, se acostumado a interpretar os avanços técnico-científicos com alguma reverência; a explosão tecnológica dos últimos dois séculos promoveu (e ainda promove) inegáveis conquistas no campo socioeconômico, tornando a vida social mais prática, funcional e confortável. Nosso olhar, essencialmente jurídico, sobre o fenômeno da incorporação de normas técnicas no âmbito dos atuais Estados democráticos de direito não envolve, em princípio, qualquer reflexão político-ideológica sobre o tema; tenta apenas compreender de que maneira a técnica e o direito se fundem, formando um complexo, e, por vezes, inflacionado, conjunto de normas jurídicas de conteúdo técnico-científico quase sempre incompreensível para intérpretes do direito.

O direito, na condição de responsável por regular a relação entre política e ciência, exerce papel fundamental para assegurar que o conhecimento científico seja posto a serviço das comunidades e dos seres humanos, e não o contrário. Hiroshima deu-nos um grande exemplo de como a técnica pode militar contra interesses humanos e, por isso, o direito, mais do que nunca, deve agarrar-se à ideia de dignidade humana para garantir, com o auxílio das instituições públicas democráticas, que temas técnico-científicos do interesse de todos sejam tratados à luz dos princípios e valores de cada comunidade, e não conforme interesses menos nobres.

De forma mais imediata, o presente trabalho tem por objetivo final refletir sobre o fenômeno da discricionariedade técnica. Para alcançar esta finalidade, pretende-se avaliar se a Administração Pública tem, por meio de sua atividade regulatória (*regulation*) ou pela prática de uma conduta administrativa concreta (*adjudication*), a prerrogativa de escolher, em alguma circunstância ainda que excepcional, normas técnicas segundo critérios de conveniência e oportunidade, sem que tal decisão possa ser validamente controlada pelo Poder Judiciário.

Tal objetivo sincroniza-se com a preocupação acima referida segundo a qual a técnica não deve estar imune a uma apreciação das instâncias democráticas, mas, ao contrário, ser “amiga” da política. Com esse foco, o trabalho envidará esforços para avaliar a viabilidade de o direito admitir a existência de zonas decisórias tecnocráticas de livre apreciação da Administração Pública, abrindo, a partir daí, uma fresta para que

conhecimentos técnicos penetrem na vida social através de agentes e órgãos administrativos tecnocráticos sem a mesma legitimidade democrática do parlamento.

Afinal, pergunta-se, o mérito administrativo, enquanto espaço de decisão imune ao controle judicial, pode incluir escolhas técnicas? É o que esperamos responder.

Dividimos o presente trabalho em seis grandes capítulos.

No capítulo inaugural, faremos uma abordagem jurídica e filosófica sobre a relação entre ciência, técnica e direito. Começaremos apresentando nossa visão sobre a forma como a ciência e a técnica foram incorporadas historicamente no direito pelas instituições jurídico-políticas existentes, desde a Era Medieval até o atual modelo de Estado regulador. Com o propósito de distinguir o conhecimento técnico-científico de sua apreciação jurídica, distinguiremos, na sequência, os espaços reservados à atividade estritamente técnica daqueles destinados à reflexão do direito; para tanto, nos concentraremos na análise sobre o que consiste uma norma técnica e suas principais características; objetiva-se, com isso, iniciar uma aproximação entre direito e técnica a partir da análise do papel da política na legitimação do fenômeno de incorporação jurídica de conteúdos técnicos.

No capítulo II, o trabalho passará a discorrer sobre as espécies de normas jurídicas capazes de autorizar a introdução de conteúdos técnico-científicos na ordem jurídica, bem como de que maneira tal fenômeno formaliza-se no Direito Administrativo. Com esse fim, trataremos dos tipos de técnicas legislativas aptas à inserção de normas técnicas no direito e as principais consequências práticas e jurídicas da adoção de cada uma delas.

Delimitadas as funções das regras jurídicas remissivas, nossa abordagem passará a recair sobre a contribuição da Administração Pública na formação do regime jurídico técnico pela edição de normas regulatórias (*regulation*) ou da prática de condutas administrativas de fim ou de meio (*adjudication*), ambas responsáveis pela inserção de normas técnicas na ordem jurídica.

No capítulo III, o trabalho passará a tratar da atividade interpretativa da Administração Pública, quer para editar normas regulatórias, quer para praticar uma conduta concreta. Trataremos, para fins didáticos, da primeira fase desse processo a qual denominamos de controle formal. Todos os nossos esforços serão concentrados no estudo dos critérios através dos quais poderemos delimitar o espaço máximo de alcance interpretativo da Administração Pública ou, em outras palavras, a zona de certeza

negativa dentro da qual toda e qualquer interpretação deve ser excluída por ofensa à legalidade administrativa. Nesta toada, trataremos dos critérios formais verticais, horizontais e procedimentais.

No capítulo IV, ampliaremos a abordagem anterior para tratarmos do momento em que Administração Pública terá inevitavelmente que considerar os princípios jurídicos de cada comunidade política com o fim de desvelar o sentido das regras jurídicas remissivas, numa fase interpretativa que denominamos de controle material. Na sequência, para que se possa compreender o alcance da influência dos princípios no processo hermenêutico, apresentaremos, com base na obra de Ronald Dworkin, as espécies de princípios envolvidos na instituição daquelas normas jurídicas, a saber: princípios jurídicos em sentido estrito e diretivas (*policies*). A partir de nossa interpretação sobre a influência dos princípios na instituição de regras remissivas, nos dedicaremos a analisar de que maneira o princípio da proporcionalidade contribui para o sopesamento entre direitos fundamentais, diretivas e suas conjugações, em especial no âmbito do Direito Administrativo. O capítulo encerra-se, enfim, com uma primeira abordagem sobre a importância dos princípios na redução dos espaços de discricionariedade da Administração, tanto em matéria regulatória, quanto adjudicatória.

No capítulo V, nos debruçaremos sobre o papel do Poder Judiciário no controle dos atos praticados pela Administração Pública em matéria técnica. Nossa reflexão se assentará na discussão sobre a possibilidade de os tribunais se imiscuírem ou não no mérito da decisão administrativa que promoveu a escolha técnica. No fundo, a questão central residirá em saber se a Justiça dispõe de mecanismos jurídicos para invalidar interpretações administrativas em temas técnico-científicos ou se, ao contrário, sua atuação se restringirá a uma análise meramente formal ou extrínseca das escolhas técnicas realizadas, sem se imiscuir numa avaliação do seu mérito. O capítulo encerrar-se com um apanhado de posicionamentos judiciais e doutrinários sobre o tema da discricionariedade técnica, seguidos de comentários sobre sua maior ou menor proximidade com a posição por nós assumida.

Por fim, o último capítulo está reservado para as considerações finais sobre o tema que, de forma sucinta, resumem-se a dizer se o fenômeno da discricionariedade técnica tem ou não viabilidade jurídica e, neste caso, quais os limites da atuação do Poder Judiciário na matéria.

CAPÍTULO I

DAS NORMAS TÉCNICAS E DAS NORMAS JURÍDICAS

1. A técnica, a ciência e o direito: noções iniciais e breve contextualização histórica

A técnica é, muito provavelmente, contemporânea ao surgimento do ser humano. A inteligência de homens e mulheres, sua curiosidade e sobretudo sua capacidade de relacionar-se com a natureza em proveito próprio são atributos imanes do homem desde os tempos mais remotos. Técnicas de agricultura, de estruturação de habitações, o artesanato, as cinco máquinas elementares dos gregos (roda e eixo, alavanca, cunha, roldana e parafuso)¹, a construção de moinhos, o uso de animais para o transporte etc., são apenas alguns exemplos de utilização da natureza para fins humanos existentes muito antes do alvorecer da ciência².

Com o apogeu do cristianismo, a técnica e o engenho humano receberam novo impulso, passando a assumir certo protagonismo no progresso econômico das sociedades. O fim da política escravagista imposta pela Igreja Católica na Idade Média tornou homens e mulheres mais dependentes da criação de técnicas de utilização de recursos da natureza para a substituição da mão de obra escrava e para a manutenção dos mesmos níveis de produção.

Os grêmios³, corporações que reuniam pessoas com as mais diferentes habilidades, são também considerados, enquanto embriões da pré-industrialização, fundamentais para o desenvolvimento da técnica que, naquela época, ainda não era vista como uma decorrência direta do pensamento científico⁴.

¹ Neste sentido, Jorge Calado, em “Limites da Ciência”, Editora Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, p. 17.

² Kurt Hubner, em “Crítica da razão científica”, O saber da filosofia, 1986, p. 234.

³ Neste sentido, Marc Tárres Vives, “Normas técnicas y ordenamiento jurídico”, tese de doutoramento, Facultad de Derecho, Universitat di Girona, 2001, p. 20.

⁴ Jorge Calado, em “Limites (...)”, obra citada, p. 124, lembra também que metais foram isolados na Antiguidade e que a máquina a vapor precede a Termodinâmica.

O tecnicismo, como decorrência direta da razão científica, é fenômeno mais recente. Só a partir do Renascimento e do Iluminismo, quando as ciências naturais passaram a ser consideradas, principalmente entre os séculos XVII e XIX, o único instrumento capaz de definir verdades científicas e desenvolver o conhecimento em prol do progresso, a técnica passou a ser vista, de maneira consolidada, como uma forma de aplicação da ciência⁵. Com a consolidação das bases do positivismo científico, sobretudo a partir da obra de Augusto Comte, a ciência afasta-se completamente do pensamento religioso e supersticioso⁶. Sem comprovação empírica, o conhecimento baseado na fé passa a ser considerado meramente especulativo e sem bases racionais⁷. É nesta quadra da história que técnica e ciência passam a caminhar lado a lado; os traumas da contaminação do pensamento racional pelo religioso durante a Idade Média e o uso da ciência para fins de dominação política pelos reis absolutistas ajudaram a desenvolver a crença de que somente a elaboração de métodos científicos – e sua capacidade ilimitada de distanciar o sujeito (e sua subjetividade) do objeto estudado – seria capaz de apresentar resultados cientificamente comprovados e possibilitar o aprimoramento da vida em sociedade por meio dos avanços técnicos anunciados pela racionalidade humana. A ciência, a técnica e a exatidão do pensamento racional passariam a ser vistos, a partir dali, como instrumentos do progresso econômico das comunidades⁸.

Apesar de não ser possível definir precisamente em qual momento da história deu-se início à relação entre o direito, a ciência e a técnica, sabe-se que o aprofundamento democrático desta convivência ocorre em período posterior à Era Medieval e aos Estados nacionais – apesar da influência dos grêmios na administração de algumas cidades medievais e dos Estados absolutos no fomento da atividade científica⁹ -, época em que

⁵ Sobre o avanço da técnica no Renascimento, Antônio Pedro Barbas Homem, “A lei da liberdade”, volume I, Principia, 2001, p. 128.

⁶ Neste mesmo sentido, Jorge Calado, “Limites (...)”, obra citada, p. 18.

⁷ Neste mesmo sentido, Bernard Feltz, “A ciência e o ser vivo. Filosofia das ciências e modernidade crítica”, Pensamento e filosofia, 2015, p. 173.

⁸ Neste sentido, Kurt Hubner, “Crítica (...)”, obra citada, p. 238.

⁹ Marc Tárres Vives, “Normas técnicas (...)”, obra citada, p. 24, noticia que os estatutos dos grêmios exerciam papel relevante na regulação da atividade dos comerciantes das cidades medievais, sobretudo as de maior porte, impedindo concorrência desleal, restrições à venda de certos produtos, fixação de preços, etc. Da mesma forma, no tempo da monarquia absolutista esclarecida, por volta do final do Século XVII e início do XVIII, algumas universidades já haviam sido criadas com o objetivo de unir ciência e técnica. São exemplos: Royal Society (1662), Academia de Ciências na França (1666), Academia de Ciências e Arte de Barcelona (1764), etc.

sequer havia um poder estatal¹⁰ na acepção modernamente empregada e na qual os avanços da ciência eram vistos pela influente Igreja Católica com enorme restrição e desconfiança¹¹ e pelos monarcas como forma de dominação política. Posto que a lei dos homens e da “ciência” no pré-Iluminismo mantinha seu caráter divino e a racionalidade científica como causa motriz do avanço civilizatório ainda não era uma realidade histórica¹², não havia espaço, naquele tempo, nem para fazer ciência com liberdade científica, tampouco para deliberar política e juridicamente sobre o seu papel e o da técnica na sociedade. Assim, antes do surgimento do Renascimento e da Era Iluminista, quando a razão passou a ser considerada, de forma disseminada, essencial para o desenvolvimento do homem e das sociedades¹³, a percepção dos contornos do que se tornaria a relação jurídica entre o conhecimento técnico-científico e a atividade jurídico-estatal não havia assumido, ainda, características muito claras. Qualquer inserção de cânones científicos na ordem jurídica dava-se, como era esperado, a partir de critérios definidos pela vontade exclusiva do monarca¹⁴, no caso dos Estados absolutistas, ou através das diversas estruturas decisórias da Idade Média, sempre por influência dos dogmas religiosos impostos pela Igreja.

Portanto, o florescer da ciência e da técnica coincide com o enfraquecimento do cristianismo – e do conhecimento religioso - e com o fortalecimento do Estado constitucional e das liberdades públicas. Em certo sentido, é a razão humana, considerada como essencial para a definição do homem e para sua distinção de outros seres e objetos sem vontade, sobretudo por Immanuel Kant, que abre flanco no pós-Iluminismo para o desenvolvimento de concepções jurídico-políticas preocupadas com a proteção, através

¹⁰ Neste mesmo sentido, Jorge Reis Novais, “Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa”, Coimbra Editora, 2014, p. 15.

¹¹ Não à toa o termo Lúifer, representação da figura do diabo cristão, significa “aquele que transporta a luz”. Paul Boghossian, em sua obra “O medo do conhecimento”, Filosofia Aberta, 2015, p. 79, conta um episódio que ilustra com perfeição a relação conturbada entre Igreja e Ciência durante a Idade Média: “Pelos seus esforços, Galileu foi convocado a Roma, em 1615, para defender suas ideias contra a acusação de heresia. A acusação do Vaticano esteve a cargo do infame Cardeal Belarmino, que, quando convidado por Galileu a olhar pelo seu telescópio para ver por si mesmo, teria recusado, dizendo que tinha uma fonte de prova muito melhor sobre a constituição dos céus, ou seja, as próprias Sagradas Escrituras.”

¹² Neste sentido, Luiz Roberto Barroso, em “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”, editora Saraiva, 5ª edição, 2016, p. 28.

¹³ Conforme adverte Luiz Roberto Barroso, em “Curso (...)”, obra citada, p. 28, os gregos, muito tempo antes, já haviam semeado a semente da razão e do conhecimento científico na civilização helênica.

¹⁴ Uma frase simbolizava esse tempo e foi atribuída ao monarca absoluto francês Luiz XIV: “L’Etat c’est moi”.

do direito, da liberdade (inclusive científica e técnica), da autonomia e da autodeterminação dos seres humanos.

A partir daí, dá-se início a um processo de reflexão (que dura até hoje) por meio do qual se atribui à ciência e à técnica a missão de contribuir para o progresso, sobretudo econômico, através da razão. O constitucionalismo, neste contexto, passa a representar, enquanto resultado da ideia de que o Estado nasce limitado pela vontade geral da lei – fruto agora da atividade racional e não mais divina -, um marco imprescindível para a guinada de um tempo em que avanços técnico-científicos não fazem parte, como regra, do debate político¹⁵, para outro em que a deliberação em assembleias torna-se um imperativo constitucional¹⁶ para a grande maioria dos povos ocidentais.

1.1. A visão sobre a técnica e a ciência no tempo do Estado liberal

Com a consolidação do constitucionalismo no século XIX, os Estados, no início, marcadamente liberais dos pontos de vista econômico e político, cujos desenhos institucionais nasceram em conjunturas distintas nos diversos países europeus e americanos,¹⁷ passam a se autolimitar legal e constitucionalmente, sobretudo no campo dos direitos individuais e da definição da repartição de competências entre poderes institucionalizados, como forma de evitar os arbítrios do passado recente; como consequência direta deste fenômeno, a inserção de descobertas científicas na ordem jurídica e sua regulação deixam de ser resultado do desejo discricionário de monarcas ou senhores feudais, passando a condicionar-se a uma prévia apreciação da política sempre na perspectiva dos direitos do homem e da proibição de uma atuação estatal abusiva.

A demarcação entre público (Estado) e privado (sociedade civil) contribui para o fortalecimento de direitos, especialmente os relacionados à proteção da propriedade

¹⁵ Mais uma vez, cabe aqui a ressalva anteriormente feita a Atenas, onde já na Antiguidade Clássica praticava-se um “governo de leis, e não de homens”. No mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso, em “Curso(...)”, obra citada, p. 30.

¹⁶ Sobre o assunto, convém citar, por ser muito elucidativo, o artigo 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem constituição.”

¹⁷ Na França e nos Estados Unidos, o modelo de Estado liberal surgiu no final do século XVIII; na Alemanha, no século XIX; na Inglaterra, no século XVII. Sobre a existência de mais de um modelo de Estado liberal, Paulo Otero, “Legalidade e Administração Pública, O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade”, Almedina, 2011, p. 92/93.

privada¹⁸ - os códigos civis eram vistos como “*condição para a realização do projeto liberal*”¹⁹. É a ideia de direitos individuais oponíveis ao Estado constitucional que inaugura um período em que as ciências, mesmo quando promotora de ganhos sociais e coletivos, passa a ter que se ajustar aos ideais democráticos liberais e aos valores defendidos pelas sociedades ocidentais em matéria de direitos. Com o desfecho dos processos revolucionários que puseram fim às arbitrariedades promovidas por regimes absolutistas, submetendo Estados a constituições, os assuntos de interesse da sociedade - nesta época, é bem verdade, representada pela burguesia - passam a ser obrigatoriamente submetidos a uma apreciação política; pela mesma razão, a incorporação de cânones científicos de interesse do direito também passa a pressupor uma reflexão pública, ainda que muito atrelada à ideia de progresso econômico.

Com efeito, a partir dos Estados constitucionais liberais ocidentais inaugura-se, em matéria científica, uma etapa da história do direito em que se passa a exigir de seus operadores uma apreciação acerca da conhecida tensão entre o bem comum promovido pela ciência e pela técnica e os limites desses avanços em matéria de direitos. Em termos históricos, enquanto o Iluminismo assegurou o papel de centralidade ao conhecimento científico em face da fé religiosa, o Estado liberal, de maneira geral, chamou a atenção para a necessidade de respeitar direitos individuais, mesmo quando em contraposição a interesses públicos concretizados com o auxílio de avanços científicos.

Obviamente, esta tensão entre direitos individuais em contraposição aos interesses do Estado desenvolveu-se (e desenvolve-se até hoje) de maneira distinta em cada comunidade ou modelo jurídico. Para fins didáticos, é possível dizer, contudo, que o Estado liberal ou mínimo, apesar das autolimitações constitucional e legal às quais estava submetido, prestava-se, naquele contexto inicial, a garantir, com fundamento em concepção ideológica burguesa, um rol menos extenso de direitos individuais - sobretudo aqueles relacionados à igualdade formal, às liberdades públicas, à propriedade privada de seus cidadãos²⁰ e à segurança²¹ -, assumindo, naquela quadra da história, uma postura

¹⁸ Neste sentido, António Barbas Homem, “A lei(...)”, obra citada, p. 183.

¹⁹ António Barbas Homem, “A lei(...)”, obra citada, p. 190.

²⁰ Neste mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 52. Idem, António Pedro Barbas Homem, “A lei da liberdade”, obra citada, p. 167/168.

²¹ Marc Tárres Viver, em “Normas(...)”, obra citada, p. 119, relata os primeiros casos de regulação técnica nos Estados Unidos. Tais exemplos dão a exata noção de que as maiores preocupações daquele tempo eram com a segurança dos indivíduos e de suas propriedades, em especial em relação aos riscos do processo de industrialização. O primeiro, ocorrido em Baltimore em 1909, surgiu a partir da entrega por um fabricante de mangueiras contra incêndios; o produto, que não

abstencionista (ou mínima) em relação à vida social, autorregulada em especial no campo da economia²². Desta forma, a inserção de soluções técnico-científicas no universo do direito, naquele contexto de exaltação das liberdades individuais²³, deve ser compreendida a partir de uma perspectiva patrimonialista²⁴, ou seja, a atuação estatal técnica dispunha de autorização para avançar desde que não interferisse exageradamente nas liberdades públicas do cidadão, dentro de um cenário de predominância formal de deveres estatais negativos e da sacralização do direito de propriedade²⁵. Tal entendimento possibilitava, em relação ao que se vê hoje, uma maior intervenção das ciências no mundo do direito, promovida em razão da menor dimensão protetiva de direitos fundamentais (mínimos) e da crença de que a técnica, enquanto resultado da razão científica, traria consigo o progresso socioeconômico²⁶. Os avanços científicos e tecnológicos penetravam no tecido social, quando respaldados na vontade da lei formal, com o propósito principal de desenvolver a economia e produzir as riquezas geradas pela industrialização; mas, quase sempre, esbarravam em poucas limitações em matéria de direitos. O pensamento predominante ainda era utilitarista, ou seja, o argumento de que o progresso científico sempre garante a felicidade de um maior número de pessoas era aceito sem grandes ressalvas. Mesmo as maiores violações aos direitos humanos (na forma que hoje as entendemos) podiam ser, naquele contexto de enorme liberdade, absolutamente naturalizadas em prol do progresso promovido pela ciência – trabalho infantil, degradante e exaustivo, poluição atmosférica ou crescimento desordenado de cidades são apenas

encaixava no hidrante, impôs enormes riscos à segurança da cidade. O segundo, ocorrido em Massachusetts, em 1910, decorreu de um incêndio de uma caldeira numa indústria local e que teria provocado a morte de mais de cinquenta pessoas.

²² Neste contexto, surgiu a expressão “mão invisível” do mercado, atribuída a Adam Smith.

²³ E.P. Thompson, em sua obra “A formação da classe operária inglesa”, Paz e Terra, 2011, p. 104, descreve o constitucionalismo do Século XVIII da seguinte maneira: “Esse constitucionalismo tingia as reações menos articuladas do “inglês livre de nascimento”. Ele reivindicava poucos direitos além do de ser deixado em paz.”

²⁴ Neste sentido, Jorge Reis Novais, “Os princípios(...)”, obra citada, p. 24. Idem, Rogério Soares, “Direito Público e sociedade técnica”, Editora Coimbra, 1969, p. 40. Sobre a concepção liberal-democrática, ensina Antônio Pedro Barbas Homem, “O justo e o injusto”, AAFDL, 2014, p. 58: “Os pressupostos da concepção liberal-democrática são claros: a) a identificação entre direito e lei; b) a lei como vontade majoritária declarada de modo solene; c) o papel dos juízes como aplicadores da lei; d) a lei como garantia dos direitos individuais contra o arbítrio do poder.”

²⁵ Conforme ensina Jorge Reis Novais, “Os Princípios(...)”, obra citada, p. 24: “No plano político, o resultado mais contundente desta concepção de prevalência absoluta do direito de propriedade no Estado de direito liberal era o fato de o direito de voto – e, conseqüentemente, os restantes de participação política – estarem reservados aos proprietários (sufrágio censitário), o que tinha enormes conseqüências políticas.” Sobre o desconforto da classe operária em relação à “formação de novos direitos de propriedade”, E.P. Thompson, “A formação(...)”, obra citada, p. 106.

²⁶ Neste sentido, Bernard Feltz, “A ciência(...)”, obra citada, p. 131.

alguns exemplos de como o processo de industrialização desenvolveu-se na Europa e na América do Norte sem maiores controvérsias. A técnica carecia de contextualização histórica. Era vista como insuperável, desprovida de qualquer conteúdo axiológico, neutra.

No campo da filosofia do direito, abriu-se caminho para o surgimento de teorias refratárias a concepções de direito natural, amparadas na ideia de que seria possível definir um método de aplicação de normas jurídicas dissociado de qualquer avaliação moral: era o positivismo jurídico. Por intermédio principalmente do esforço acadêmico de Hans Kelsen, direito e moral passam a ser vistos como terrenos absolutamente demarcados e a vontade geral da lei, definida pelas instâncias democráticas, a quintessência do justo. Preocupava-se mais com a dimensão política do que ética do funcionamento da sociedade; o direito era aquilo que as instituições jurídicas diziam que ele era, independente de qualquer apreciação moral²⁷; como consequência, sua aplicação por parte de seus operadores podia distanciar-se da moralidade política vigente, abrindo brechas não só para uma maior valorização do texto da lei em face de seu sentido axiológico, como também para a concessão de amplos poderes discricionários aos julgadores²⁸. Tal fenômeno, no campo da ciência e da técnica, contribui para uma menor intervenção do direito nesta matéria, já que qualquer apreciação ética e contextualizada dos efeitos sociais do tecnicismo estava restrita à política.

Em síntese, podemos dizer que uma postura liberal em face da ciência e da técnica confere um espaço menor para a defesa de direitos fundamentais em proveito do bem-estar coletivo prometido pelo progresso científico. Está claramente associada ao modo de produção capitalista - e ao processo de acumulação de riquezas impresso durante a Revolução Industrial - e comunga da crença de que o pensamento racional é a chave para o desenvolvimento das sociedades. No campo do direito, a valorização da lei e da forma,

²⁷ Neste sentido, Ronald Dworkin, “O império do direito”, Martins Fontes, 2007, p. 10.

²⁸ Neste sentido, Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 274. Sobre o positivismo, Ronald Dworkin, em “Levando os direitos a sério”, Martins Fontes, 2016, p. 28, ensina de que maneira tal concepção amplia o poder discricionário dos juízes: “(...) O conjunto de regras jurídicas é coextensivo com o “direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por alguma regra dessas (porque não existia nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo discernimento pessoal, o que significa ir além do direito na busca por algum tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra existente.”

sem qualquer apreciação ética ou de conteúdo, reforça a ideia de que a ciência deve avançar nos termos e limites impostos pela lei burguesa. Como reação, o século seguinte (século XX) está repleto de renomados autores, a exemplo de Habermas e Marcuse, que consideram a exaltação acrítica da técnica uma forma de expressão da ideologia burguesa-liberal construída, a partir do século XIX²⁹, com base no racionalismo científico.

1.2. A visão sobre a técnica e a ciência no tempo dos Estados Sociais

Com a crise do modelo de Estado de direito liberal e o aprofundamento do constitucionalismo moderno, sobretudo na Europa continental, promovidos pela exacerbação do positivismo jurídico³⁰ (cujos maiores exemplos foram o fascismo italiano

²⁹ Sobre a tecnocracia como ideologia, Calmon de Passos, “O futuro do Estado e do Direito do Estado: democracia, globalização e neonacionalismo”, em RBDP, p. 156. Citando Herbert Marcuse, Jürgen Habermas adverte, em “Técnica e ciência como “ideologia”, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2011, p. 46, que a noção em si de técnica pode ter origem ideológica: “Na sua crítica a Max Weber, Marcuse chega a esta conclusão: “O conceito de razão técnica é talvez também em si mesmo ideologia. Não só a sua aplicação, mas já a própria técnica é dominação metódica, científica, calculada e calculante (sobre a natureza e sobre o homem). Determinados fins e interesses da dominação não são outorgados à técnica apenas “posteriormente” e a partir de fora – inserem-se já na própria construção do aparelho técnico; a técnica é, em cada caso, um projecto histórico-social; nele se projecta o que uma sociedade e os interesses nela dominantes pensam fazer com os homens e com as coisas. Um tal fim de dominação é “material” e, neste sentido, pertence à própria forma da razão técnica.” E continua o mestre tedesco, “Técnica(...)”, obra citada, p. 48: “O aumento das forças produtivas institucionalizado pelo progresso técnico-científico faz explodir todas as proporções históricas. Daí tira o enquadramento institucional as suas oportunidades de legitimação. O pensamento de que as relações de produção pudessem medir-se pelo potencial das forças produtivas desenvolvidas fica cerceado pelo fato de que as relações de produção se apresentam como forma de organização tecnicamente necessária de uma sociedade racionalizada.” No mesmo caminho parece seguir o positivista ético Uberto Scarpelli, citado por Massimo Latorre, “Positivismo Giuridico”, Enciclopedia Del Diritto, Annali VI, Pubblicazione Fuori Commercio Giuffrè, 2013, p. 722. Entendendo, por outro lado, haver certo exagero nas teses supramencionadas, Paulo Otero, “Manual de Direito Administrativo”, volume I, Almedina, Lisboa, 2013, p. 458/459. Atribuindo o discurso tecnocrático vigente a um “modelo ideológico ateu”, Giovanni di Rosa, in “Dai principi alle regole, appunti do biodiritto”, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 24.

³⁰ Sobre a correlação entre positivismo e a ideia de Estado enquanto poder, Rogério Soares, “Direito Público(...)”, obra citada, p. 21 e seguintes e p. 167 e seguintes. Sobre o tema, Massimo La Torre, em “Positivismo Giuridico”, obra citada, p. 682: “Após a II Guerra Mundial, todos se perguntavam se o juspositivismo não havia contribuído para o fascismo e o nazismo do final dos anos trinta. Indaga-se se a neutralização do juízo moral e sua expulsão do âmbito conceitual e prático do direito não acabou por favorecer uma atitude de certa positividade “cega” em relação à autoridade estatal na sua forma mais perversa”. No mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 276.

e o nazismo alemão), pelo aparecimento da classe proletária³¹, pelas crises cíclicas do capitalismo (evidenciadas nas I e II Guerras Mundiais³² e nas intempéries econômicas subsequentes) e pelo avanço das ideologias socialista e social-democrata (influenciadas, respectivamente, pela revolução soviética e pelas constituições mexicana e de Weimar), surge uma nova concepção de Estado mais tributária às ideias de expansão e efetivação de direitos e de seu papel na indução deste processo: eis o Estado social³³.

Seu surgimento não resultou na ruptura do modelo anterior, mas na incorporação de novos valores considerados relevantes para as sociedades da época³⁴, como as ideias de justiça social, de igualdade material, de direitos fundamentais sociais etc.

Minimizada a visão segundo a qual a sociedade deve autorregular-se, mantendo-se, sempre que possível, livre da interferência estatal, o Estado, antes mínimo, passa a estruturar-se administrativamente com foco na prossecução do interesse público, na promoção da justiça social, na efetivação de uma quantidade mais elevada de direitos, inclusive os de conteúdo social³⁵, e na indução do progresso econômico. Mesmo em países com tradição mais liberal, o papel do Estado na regulação, inclusive técnica, de muitas matérias de interesse público migrou da “mão invisível” do mercado para a de entidades públicas, deflagrando, a partir daí, um fenômeno que resultou na ampliação

³¹ Neste sentido, Maria Sylvia Di Pietro, “Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988”, Editora Atlas, 2012, p. 15.

³² Sobre a desmistificação do “valor garantístico” da tutela dos direitos humanos pelo Estado até o Pós-Segunda Guerra, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 573.

³³ Sobre o assunto, Vasco Pereira da Silva, “Para um contencioso administrativo dos particulares - esboço de uma teoria subjectivista do Recurso Directo de Anulação”, Almedina, 1989, p. 41, ensina: “O Estado, durante muito tempo apenas preocupado com o domínio político, parece descobrir uma nova vocação. (...) “A questão social” e as “crises cíclicas do capitalismo”, dos finais do século XIX e inícios do século XX, vieram colocar novos desafios ao poder político, chamando o Estado a desempenhar novas funções de tipo econômico e social. Por um lado, pede-se ao Estado a criação de legislação e de instituições que permitem pôr termo às condições de “miséria operária”, e que assegurem um mínimo de sobrevivência a todos os cidadãos: por um lado requer a intervenção do Estado na vida econômica como forma de correção das disfunções do mercado.”

³⁴ Neste sentido, Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra citada, p. 167.

³⁵ Neste sentido, ensina Luiz Roberto Barroso, em “Curso(...)”, obra citada, p. 66: “Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõem-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.” E.P. Thompson, em “A formação(...)”, obra citada, p. 107, descreve o ambiente em torno do surgimento das pretensões da classe trabalhadora inglesa: “(...)Além disso, não só a liberdade em relação a ingerências do Estado, mas também a crença na igualdade de ricos e pobres perante a lei constituíam uma fonte de verdadeira satisfação popular.”

administrativa das instâncias estatais³⁶. Em razão deste aumento da burocracia estatal, o novo modelo passou a ser batizado de “Estado providência” ou “Estado administração”³⁷, designações indicativas do agigantamento da máquina administrativa promovido pelas instâncias políticas para melhor cumprir os novos desafios impostos pelo século XX³⁸.

Tal fenômeno contribuiu claramente para uma aproximação ainda maior entre direito e ciência. Isto porque a passagem de um modelo de Estado de direito liberal, fundado nas ideias de intervenção estatal restrita ao essencialmente necessário para garantir a liberdade dos cidadãos, o cumprimento da lei formal³⁹, a proteção da propriedade privada, a manutenção de um ambiente de total segurança jurídica (“Estado guarda noturno”)⁴⁰ e o progresso econômico, para um modelo de Estado social preocupado com a efetividade de direitos cada vez mais numerosos, contribuiu, diante da necessidade de uma postura estatal mais proativa, em temas antes relegados à iniciativa privada, para o alargamento das competências constitucionais estatais e para a necessidade de criação de novos entes por meio de uma efetiva descentralização administrativa⁴¹.

Novas ideias no campo da filosofia passam a questionar os malefícios sociais dos avanços tecnológicos, passando a observá-los de forma mais contextualizada, tendo em conta todas as suas consequências sociais. Como resultado destas concepções, a ciência passa a ser mais fortemente regulada política e juridicamente; os debates sobre a técnica

³⁶ Sobre o assunto, ensina Rogério Soares, “Direito Público(...)”, obra citada, p. 86: “O processo inicia-se quando as exigências da técnica, tornadas evidentes pela revolução industrial, lançam sobre a Administração o encargo de realizar atividades até aí confiadas aos particulares e que agora se reconhecem de interesse público. Não se trata de nada de novo(...).Concorrendo com os particulares ou monopolizando as tarefas, o Estado aumenta gradualmente o catálogo dos serviços públicos.”

³⁷ Terminologia mencionada por Jorge Reis Novais, “Os princípios(...)”, obra citada, p. 31.

³⁸ Sobre o progressivo alargamento de tarefas a cargo do Estado social, Paulo Otero, “Legalidade...”, obra citada, p. 149, e Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 90.

³⁹ Sobre a desconfiança do modelo liberal clássico sobre tudo que “se não apresentava imbuído de legitimidade democrática”, Antônio Pedro Barbas Homem, “O justo(...)”, obra citada, p. 55 e seguintes.

⁴⁰ Neste sentido, Jorge Reis Novais, “Os princípios(...)”, obra citada, p. 32. Sobre a viragem de uma concepção individualista de sociedade para uma sociedade de massas, ensina Rogério Soares, “Direito(...)”, obra citada, p. 83, a saber: “O mais significativo desta viragem é que os grupos, econômicos ou não, descobrem o potencial que representam e vão utilizá-lo numa tentativa de articularem os seus interesses com os valores fundamentais do grupo político. Ao procurarem essa legitimação transforma-se em grupos ativamente políticos. Então a sociedade não pode continuar a ser concebida como a esfera em que os homens agem como privados: é ela mesma um cenário político.”

⁴¹ Neste sentido, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 450.

e seus efeitos interiorizam-se nas instâncias públicas, que passam a tratar do tema de forma mais crítica se comparada com o tempo do liberalismo.

Novas preocupações, como a necessidade de intervir nos mercados para evitar assimetrias injustas e satisfazer candentes demandas sociais, consubstanciada na previsão de direitos de segunda e terceira gerações, acabaram por exigir do Estado a satisfação de novas necessidades que no modelo abstencionista anterior simplesmente não existiam – ou, se existiam, não faziam parte do rol de preocupações estatais⁴². Em virtude destas novas atribuições, os Estados sociais passam a ter que criar, com o objetivo de tornar mais efetivos os direitos, em especial os de natureza social, centros político-administrativos capazes de, do ponto de vista técnico-científico, racionalizar, financeira e administrativamente, seu processo decisório⁴³, importando para o interior da ordem jurídica, ao menos em tese, apenas conteúdos técnico-científicos de interesse do corpo social. Deste aparelhamento burocrático-científico resultou uma maior cientificidade das decisões estatais, sobretudo, as de natureza administrativa, que passam a contar, no seu interior, com estruturas tecnocráticas.

No campo da filosofia do direito, o advento dos Estados sociais ajudou, de alguma maneira, a promover, com a redução do prestígio da escola positivista e de sua visão excessivamente formalista, a reaproximação entre a moral e o direito por meio da institucionalização da primeira em textos constitucionais através de uma plêiade de princípios jurídicos dotados de enorme carga axiológica⁴⁴. Como consequência deste processo, definitivo em matéria hermenêutica, os textos legais passam a ser compreendidos não só a partir de seus limites formais-semânticos, mas segundo seu conteúdo material, inspirado na moralidade refletida em normas principiológicas. Tal

⁴² Como sustenta Angel Latorre, “Introdução ao direito”, Almedina, 2002, p. 223: “O direito administrativo da época liberal contemplava a ordem social como um facto consumado e não se impunha a tarefa de o modificar. A atividade administrativa estava contida em certos limites estreitos, devia respeitar os direitos dos cidadãos, que se consideravam em princípio independentes dessa administração e cujas relações com ela eram relativamente escassas.”

⁴³ Neste sentido, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 159 e seguintes.

⁴⁴ Denominando de pós-positivismo o movimento filosófico que superou o jusnaturalismo e o positivismo clássico para ressignificar, sob esta nomenclatura genérica, a importância dos valores e dos princípios de justiça de uma comunidade para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, Luiz Roberto Barroso, “O curso(...)”, obra citada, p. 282: “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Neste contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” Neste mesmo sentido, Manuel Atienza, “O direito como argumentação”, Escolar Editora, 2014, p. 72/73.

fenômeno, de extrema importância para a definição da relação entre direito e técnica, contribuiu, conforme veremos mais à frente, para o incremento de um maior controle dos atos estatais - como os praticados pela Administração Pública – por meio da necessidade de interpretar e aplicar textos normativos, não só segundo à legalidade, mas também conforme a integridade do direito e a juridicidade vigente. O debate “direito vs. técnica”, antes legalista, torna-se também ético e moral.

1.3. O avanço do neoliberalismo e a retomada do pensamento técnico-liberal

Do final do século XX até os dias atuais, o modelo de Estado social sofreu, aqui e ali, alguns reveses e adaptações. O aumento da dívida pública, casos de corrupção estatal, colonização de partidos e grupos de pressão em áreas marcadamente técnicas, dificuldades econômicas em assegurar a efetivação de um rol cada vez mais extenso de direitos fundamentais, sobretudo os de conteúdo social, e a retomada do pensamento liberal (ou neoliberal) – que, por natureza, reverencia a técnica - têm contribuído para a desregulação⁴⁵ paulatina das funções do Estado⁴⁶, especialmente no campo da economia e dos serviços públicos. Passa-se, portanto, a entender majoritariamente que o Estado, antes intervencionista no campo econômico (player econômico), deve preocupar-se apenas em regular tecnicamente assuntos de interesse público, sobretudo em matéria econômica, corrigindo imperfeições e assimetrias, sem, contudo, participar diretamente deste processo. Surge o Estado regulador e com ele a privatização de atividades até então consideradas tipicamente estatais.

Na esteira deste processo de transformação do Estado proliferam-se as chamadas agências reguladoras ou independentes, cuja atribuição principal consiste em incorporar ao ordenamento jurídico interno normas técnicas produzidas pela comunidade científica, regulando-as juridicamente. Depositadas todas as expectativas na neutralidade e especialização técnicas⁴⁷, as chamadas entidades independentes, que já existiam

⁴⁵ Em certo sentido, conforme adverte Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, p. 171 e ss, a passagem do modelo de Estado social para o de Estado regulador resulta na “desregulação” da atividade econômica, já que representa uma menor participação nela do Estado, com uma conseqüente maior intervenção do setor privado.

⁴⁶ Sobre o processo de “emagrecimento estatal” na Espanha, Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra citada, p. 171.

⁴⁷ Neste sentido, Paolo Salvatore, “Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica nell’ordinamento italiano”, em “Il controllo del giudice amministrativo sulla

sobretudo nos Estados Unidos, surgem, de forma mais disseminada, com a missão de ajudar a delimitar o espaço entre política e técnica, por meio de regras jurídicas abstratas. A independência destas entidades em relação à influência política seria, dentro da lógica neoliberal, a garantia de que certos assuntos passariam a ser decididos com base no pensamento racional técnico-científico⁴⁸, livre da colonização político-partidária. Em busca da sonhada neutralização da política pela técnica, as legislações dos diversos países passaram a dotar tais entidades dos instrumentos legais necessários para assegurar sua não captura por parte de políticos e do grande capital privado, como por exemplo garantias de estabilidade nos cargos de direção (mandatos), transparência de debates técnicos, participação dos interessados e cidadãos, poderes sancionatórios e decisórios etc.

No plano legislativo, as normas jurídicas tornaram-se mais abertas e vagas por meio da inclusão em seus textos de conceitos jurídicos indeterminados de natureza técnica ou não. Com isso, parte da função de interpretação da lei desloca-se das instâncias administrativas tradicionais, teoricamente mais suscetíveis às ingerências políticas, para entidades públicas técnicas que, por via da atividade regulatória ou *regulation*, passam a editar regras jurídicas de caráter técnico⁴⁹ complementares à atividade legislativa.

É deste caldeirão de novas ideias e novos paradigmas que o Estado regulador assume sua forma de ser. Da mesma forma que a passagem do modelo de Estado liberal para social não gerou uma drástica ruptura em seus fundamentos, o avanço do Estado regulador mantém de certa maneira as bases do regime democrático fundado em direitos. As conquistas provenientes dos avanços promovidos em matéria de direitos fundamentais no pós-Segunda Guerra permanecem mais vivas do que nunca, o que têm provocado, não sem consequências, a construção de um modelo que aparentemente conjuga maior participação estatal em matéria de direitos e menor intervenção do Estado no plano econômico. Os resultados desta conjugação têm mostrado-se mais ou menos conclusivos nos diversos países, não nos competindo fazer aqui uma análise política dos acertos e

discrezionalità tecnica e, in particolare sugli atti delle autorità indipendenti”, Giuffrè Editore, 2009, p. 30. Sobre a importância da ideia de neutralidade técnica no modelo de agências reguladoras americanas, Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Discrezionalità (...)”, obra citada, p. 111.

⁴⁸ Neste sentido, Paolo Salvatore, “Il controllo(...)”, obra citada, p. 31, rodapé. Idem, Ricardo Enrique Sancho, “Control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica”, em “Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare sugli atti delle autorità indipendenti”, Giuffrè Editore, 2009, p. 94.

⁴⁹ Neste sentido, Paolo Salvatore, “Il controllo(...)”, obra citada, p. 31:

equivocos deste modelo, mas sim, partindo de sua existência incontroversa, avaliar suas consequências jurídicas no campo da técnica. Certo mesmo é que a alteração da configuração estatal tem contribuído ainda mais para a interiorização do debate técnico no seio do Estado e, por consequência, no aparecimento de instâncias públicas responsáveis pela incorporação de novas técnicas no universo do direito. É deste ponto que seguiremos⁵⁰.

1.4. A necessária independência entre produção científica e Estado

A fim de evitar mal-entendidos, afigura-se necessário, já neste momento inicial do trabalho, abrir um pequeno parêntese sobre o tema tratado nos dois tópicos anteriores. Embora possa haver certa correlação, do ponto de vista histórico-político, entre os modelos de Estado social e regulador e o aumento da estrutura pública tecnocrática⁵¹, fenômeno natural diante do agigantamento das funções estatais e da “interiorização” da discussão sobre o papel da ciência na sociedade, o desenvolvimento técnico-científico, conforme será visto mais detalhadamente adiante, deve conduzir-se independente da vontade dos entes públicos, não sendo admissível supor, salvo em regimes autoritários, a existência de comunidade científica que siga capturada por agentes e estruturas estatais⁵². Ou seja, em que pese as administrações públicas terem incrementado tecnicamente seu aparato a partir do surgimento do modelo de Estado social (principalmente a partir do avanço do neoliberalismo), a formação do pensamento científico deve manter-se independente em relação ao funcionamento da política estatal, sendo esta uma marca desde o período Iluminista, quando o pensamento racional passou, em contraposição ao religioso, a ganhar terreno na vida pública e privada. Neste contexto, o Estado deve permanecer limitado pela liberdade científica e de pensamento⁵³! Portanto, o fenômeno

⁵⁰ Neste sentido, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 450.

⁵¹ Neste sentido, Marc Tarrés Vives, “Las Normas técnicas en el Derecho Administrativo”, em *Revista de Documentación Administrativa*, n° 265/266, 2003, p. 152.

⁵² Sobre isto, ensina Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 453/454: “As decisões de natureza científica, assim como o próprio exercício da liberdade científica, não se encontram, nem se podem encontrar, submetidas ao jogo das regras da democracia, trata-se de um “campeonato” diferente, somente passível de estar sujeito a regras políticas à luz de um modelo totalitário de Estado: o avanço da ciência não “depende de decisões obtidas através de eleições””.

⁵³ Sobre a garantia da liberdade científica, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 457: “A garantia constitucional da liberdade científica, englobando a tutela da liberdade de cátedra – apesar de nela não se esgotar –, constitui pressuposto constitucional de reconhecimento de um

que se quis retratar aqui, ou seja, o incremento do aparato tecnocrático no interior de Estados, não representou, em absoluto, qualquer autorização para interferências indevidas na ciência, mas apenas contribuiu para que uma maior presença de instâncias tecnocráticas, importadoras de conhecimentos científicos, no interior do Estado e de suas estruturas administrativas, tornasse o fenômeno da incorporação de conhecimento científico na prática pública ainda muito mais presente.

Neste ponto reside outro aspecto de extrema relevância: como compatibilizar um modelo de Estado que respeite e assegure a independência das instâncias científicas, evitando, com isso, uma exagerada influência política sobre decisões técnico-científicas, sem criar, contudo, um sistema de atuação administrativa despolitizado, conduzido por centros decisórios sem qualquer legitimidade democrática? Se a existência de órgãos administrativos tecnocráticos apenas justifica-se quando suas decisões guardam tal natureza, como assegurar que estas, livres da colonização de partidos políticos, não acabem por contribuir para a despolitização do Estado⁵⁴, tornando-o “escravo” de uma tecnocracia totalitária⁵⁵? Havendo mecanismos de compatibilização entre o “técnico” e o “político”, quais as bases de um modelo administrativo tecnocrático que seja garantidor de direitos fundamentais e que não seja partidário das noções hegelianas⁵⁶ e neorrepublicana⁵⁷, segundo as quais, em nome de abstrações como “interesse público” ou “bem público”, seriam admissíveis violações aos princípios jurídicos instituidores de uma ordem jurídica? Em suma, é possível a existência de um modelo cuja dominação técnico-

inerente poder técnico-científico, habilitando a edificação de uma Administração que encontra sua legitimação fora da representatividade político-democrática.”

⁵⁴ Com a mesma preocupação, Rogério Soares, “Direito Público(...)”, obra citada, p. 113. Idem, Antônio Pedro Barbas Homem, “O justo(...)”, obra citada, p. 89, nota de rodapé.

⁵⁵ Sobre a especialização técnica e os riscos de redução de legitimidade democrática, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 295.

⁵⁶ Neste sentido, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 80 e seguintes.

⁵⁷ Sobre a prevalência do “bem comum” em detrimento da dignidade humana, Paulo Otero ensina, em artigo denominado “Pessoa Humana e Constituição: Contributo para a concepção personalista do Direito Constitucional”, publicado na obra intitulada “A pessoa humana e o direito”, coordenação de Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato, Almedina, 2009, p. 355/356: “Neste sentido, qualquer concepção que, centrando a essencialidade do fenômeno constitucional numa ideia ética de “bem comum” da coletividade ou comunidade, identificada com a prevalência do interesse público ou a virtude cívica subjacente à tradição aristotélica estoica – recuperada pela escolástica tomista e por Maquiavel – e hoje objeto de acolhimento pelo discurso neorrepublicano, faça deslocar para um componente axiológico diferente do valor da pessoa humana e da sua dignidade a edificação da essência constitucional, mostra-se metodologicamente inadequada.”

científica da natureza não resulte na dominação do próprio homem?⁵⁸ É o que se pretende responder até o final deste trabalho.

1.5. Ciência e técnica

Ciência e técnica, embora sejam terminologias comumente utilizadas como sinônimas, têm, como já antecipamos, significados distintos. Enquanto a primeira é a expressão da avaliação de fenômenos científicos à luz de critérios considerados válidos pela comunidade científica, a segunda visa designar a aplicação prática da ciência a fim de atender objetivos humanos. Refere-se à “utilização das forças naturais para fins humanos”⁵⁹. Tem, portanto, preocupações externas e práticas⁶⁰, e não teóricas ou abstratas. Ciência é teoria; técnica é prática⁶¹. Fruto desta distinção, surge o termo “ciência aplicada”, designativo da atividade técnica fundada na razão científica⁶².

Tradicionalmente, o uso da técnica sempre foi associado à ciência natural. Isto porque era da natureza que o homem extraía recursos, primeiro, para sobreviver e, depois, para acumular riquezas e promover o progresso econômico. Além disso, durante grande parte da história da ciência, entendeu-se que a matemática era, na verdade, a linguagem por meio da qual o conhecimento científico se expressava. Qualquer paradigma científico

⁵⁸ No campo da literatura, a preocupação com a instrumentalização do homem por meio dos avanços científicos foi magistralmente retratada no livro “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley. Em 1946, ao prefaciar, após 30 anos, a referida obra, Aldous sentenciou: “Na verdade, a menos que preferamos a descentralização e o emprego da ciência aplicada, não como o fim a que os seres humanos deverão servir de meios, mas como meio de produzir indivíduos livres, teremos apenas duas alternativas: ou diversos totalitarismos nacionais militarizados, tendo como raiz o terror da bomba atômica e como consequência a destruição da civilização (...); ou então um totalitarismo supranacional suscitado pelo caos social resultante do progresso tecnológico, e em particular da energia atômica, totalitarismo esse que se transformará, ante a necessidade de eficiência e estabilidade, na tirania assistencial da Utopia. É escolher.” (Aldous Huxley, Admirável Mundo Novo, editora Biblioteca Azul, tradução Lino Vallandro e Vidal Serrano, 21ª edição, 2013, p. 19). No cinema, a mesma preocupação da escravização do homem pela técnica acabou retratada por Charles Chaplin em “Os tempos Modernos”. No direito, com a mesma preocupação, Paulo Otero, “A democracia totalitária”, editora Principia, 2015, p. 179/180: “O totalitarismo surgirá aqui através da instrumentalização da pessoa humana, transformada por efeito do progresso tecnológico e científico de fim em simples meio, subvertendo-se a tradicional distinção entre pessoa e coisa e colocando ao homem uma verdadeira “encruzilhada existencial.”.

⁵⁹ Kurt Hubner, em “Crítica(...)”, obra citada, p. 233.

⁶⁰ Neste sentido, Thomas S. Kuhm, “A estrutura das revoluções científicas”, Guerra e paz, 2009, p. 42/43.

⁶¹ Bernard Feltz, em “A ciência(...)”, obra citada, p. 90.

⁶² Kurt Hubner, em “Crítica(...)”, obra citada, p. 234.

que não estivesse “matematizado” não poderia ser visto como ciência⁶³. Com o positivismo científico de Augusto Comte, intensificou-se ainda mais o pensamento segundo o qual somente através da definição de um método científico, apto a isolar o objeto de investigações, seria possível alcançar verdades genuinamente científicas. Ciência, portanto, era entendida como o conhecimento “validado empiricamente”⁶⁴ e a técnica sua consumação prática. Qualquer objeto de conhecimento que não pudesse ser observado por alguém com neutralidade era visto, neste tempo, como meramente especulativo e, por esta razão, deveria ser estudado pela filosofia, e não pela ciência⁶⁵.

A partir do século XX e com o enfraquecimento da lógica positivista, o conhecimento científico deixou de ser monopólio das ciências naturais, passando a expressar-se não só por meio da matemática, mas também através de outras formas de linguagem. Surgem as chamadas ciências históricas ou sociais, responsáveis por analisar fenômenos das humanidades, com destaque para a sociologia, a antropologia, o direito, a economia etc. No início, tais ciências eram vistas como meramente especulativas e incapazes de produzir conhecimento científico. Foi, sobretudo, a partir de Heidegger e Gadamer⁶⁶ que a ideia de método científico e a busca por uma verdade empírica nos

⁶³ Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 18.

⁶⁴ Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 20.

⁶⁵ Neste sentido, Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 19: “Quando uma parcela de saberes se organiza matematicamente em ciência, sai da filosofia. Mas o conhecimento científico apenas abarca uma parte muito reduzida das coisas que interessam à humanidade. O resto é especulação filosófica.”. Entendendo que as ciências da natureza são, em contraposição às ciências do espírito, “permanentes, fixas, eternas”, Paulo Bonavides, “Ciência Política”, Malheiros, 2013, p. 37.

⁶⁶ Citando Gadamer, Jean Grondin, em “Hermenêutica”, tradução Marcos Marcionilo, editora Parábola, 2014, explica que “(...)o propósito inicial de Gadamer é justificar a experiência das ciências humanas (e do entendimento em geral) partindo da concepção “participativa” do entendimento. Ela é constitutiva daquilo que ele chama, na primeira linha de sua obra, de “o problema hermenêutico”. Mas esse “problema” fora encoberto, segundo ele, pela concepção excessivamente metodológica da hermenêutica proposta por Dilthey. A ideia de Gadamer é que Dilthey sucumbe a uma concepção da verdade inspirada na metodologia das ciências exatas, que declara anátema todo envolvimento da subjetividade (p. 63)(...)O próprio Gadamer começará sua análise, muito já se insistiu nisso, enfatizando o processo de revisão constante que caracteriza o esforço de interpretação: uma interpretação justa deve se precaver contra o arbítrio dos preconceitos e voltar seu olhar para as próprias coisas. Portanto, assim como Heidegger, Gadamer não é inimigo da ideia de adequação. O que ele especialmente questiona é o ideal, proveniente do Iluminismo, de um entendimento que seria inteiramente desprovido de pré-juízos.”. O mesmo autor, fazendo referência ao pensamento de Heidegger, prossegue à p. 49: “O entendimento é dotado de uma tríplice estrutura que vem a ser esclarecida naquilo que Heidegger chama de *Auslegung* ou “interpretação explicitante”. Todo entendimento possui: a) um “pré-saber”, um horizonte a partir do qual ele entende; b) uma pré-visão, porque ele se efetua em uma certa intenção ou uma certa visada; c) uma “pré-apropriação”, dado que ela se desdobra no seio de uma conceitualidade que antecipa o que há para ser entendido e que talvez não seja inocente.”

moldes iluministas deixaram de ser um empecilho para se considerar as ciências históricas como ramo da ciência.

A verdade científica das ciências históricas revela-se de forma diferente, histórica, ontológica. Dentro desta perspectiva, sua identificação depende, não da definição de um método científico isolante e neutro, mas da compreensão da linguagem e da tradição de cada comunidade no seu tempo histórico⁶⁷. Assim, enquanto para as ciências naturais a prévia existência de um método científico válido já seria capaz de descontaminar o sujeito que investiga de suas pré-compreensões, possibilitando que se desvende a verdade científica, nas ciências históricas, tal descoberta dependeria do entendimento adequado das tradições.

São ciências, portanto, que não proclamam leis universais⁶⁸, como a física e a matemática, mas baseiam-se em contextos históricos. Todo intérprete que se debruça sobre um objeto científico próprio das ciências históricas envolve-se com ele, é parte da engrenagem social em que se encontra inserido e, por esta razão, sua interpretação sobre fenômenos sociais passa a depender não de um método isolante, mas da compreensão do

⁶⁷ Ainda sobre Gadamer, Jean Grondin, “Hermenêutica”, obra citada, esclarece à p. 69: “A sutileza da análise de Gadamer é mostrar que essa obsessão com pré-juízos procede de um pré-conceito não questionado, especialmente de um “pré-conceito” contra pré-juízos”. A cruzada iluminista contra os pré-juízos alicerça-se, efetivamente, sobre a ideia segundo a qual só pode ser reconhecido como verdadeiro aquilo que foi fundado na razão com base em uma primeira certeza. É esse o princípio que leva o Iluminismo a desvalorizar todo conhecimento fundado na tradição e na autoridade. Mais isso é desconhecer que também podem existir “pré-juízos legítimos”, pré-juízos fecundos que nos são legados pela tradição. Gadamer acredita que a oposição entre a razão e a tradição é abstrata, ela mesma é tributária de uma tradição, cartesiana, que rechaça toda verdade que tenha sido fundada da maneira última...Gadamer não está pensando aqui em uma tradição definida (o que faria dele um “tradicionalista” que ele não é); ele está pensando especialmente no “trabalho da história”, que vai sendo tramado acima do entendimento. Desse modo a tradição representa o que não é “objetivável” em um entendimento, mas que determina imperceptivelmente (p. 69) (...) “Essa constante mediação do passado e do presente está na raiz da ideia gadameriana de “fusão de horizontes”. Entender o passado não é sair do horizonte do presente, e de seus pré-juízos, para se transpor para o horizonte do passado. É, na realidade, traduzir o passado na linguagem do presente, onde se fundem os horizontes do passado e do presente.” No campo do direito, Ronald Dworkin, em “O império(...)”, obra citada, parece seguir o mesmo caminho, p. 274: “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais e objetivos práticos dos políticos que primeiro criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.”.

⁶⁸ Sobre a independência das leis universais da natureza sobre o contexto e a cultura, Bernard Feltz, “A ciência(...)”, obra citada, p. 98.

contexto em que o objeto de pesquisa está inserido⁶⁹. Rompe-se com a tradicional relação do tipo sujeito-objeto para fundir os horizontes do sujeito-investigador e do sujeito-investigado⁷⁰. A partir do entendimento sobre a tradição, evita-se que as pré-compreensões e pré-juízos do sujeito-investigador contaminem sua avaliação do fenômeno, tornando possível que a verdade científica exsurja livre de sua subjetividade. As ciências históricas preocupam-se, portanto, com a revelação do ser contido na linguagem; são essencialmente ontológicas.

Nada obstante, é importante asseverar que, mesmo com a consolidação das ciências históricas como ramo da ciência, o pensamento tecnicista, em voga desde do Iluminismo, manteve-se influente na ciência como um todo. No mundo atual, há técnicas em todas as áreas do conhecimento. Embora não seja absolutamente correto transportar para as chamadas ciências históricas as bases filosóficas das ciências naturais, aptas, por essência, a definir leis universais aplicáveis do Japão ao Brasil, o tecnicismo das sociedades técnicas não impediu a propagação de modelos técnicos para campos do saber menos matemáticos. Uma proliferação de normas técnicas tem sido editada por associações privadas de normalização em terrenos que não são propriamente atinentes às ciências exatas, como nas áreas da economia, contabilidade, medicina, linguística, gestão etc.

Nota-se, portanto, que a sociedade técnica atual mantém, com todo entusiasmo, mesmo no ramo das ciências históricas - que, como vimos, têm uma capacidade irrisória de criar leis universais, pois dependem essencialmente de uma avaliação do contexto em que o objeto de investigação se encontra inserido -, sua preferência pelo tecnicismo e pela padronização ou “standardização” de modelos técnicos para a resolução de problemas da vida prática. Até mesmo no campo das artes, a valorização da técnica quase sempre

⁶⁹ Neste sentido, Ronald Dworkin, “O império(...)”, obra citada, p. 78, nota de rodapé: “Habermas observa que a ciência social difere da ciência natural exatamente por esta razão. Afirma que, mesmo quando descartamos a concepção newtoniana da ciência natural como explicação dos fenômenos teoricamente neutros, em favor da concepção moderna de que a teoria de um cientista determinará aquilo que ele vê como dados, ainda assim continua existindo uma importante diferença entre a ciência natural e a social. Os cientistas sociais já encontram seus dados pré-interpretados. Devem compreender o comportamento do modo como este já é compreendido pelas pessoas que têm tal comportamento; um cientista social deve ser pelo menos um participante “virtual das práticas que pretende descrever.”

⁷⁰ Neste sentido, Richard E. Palmer, em “Hermenêutica”, Saber da Filosofia, 2015, p. 247. No campo do Direito Administrativo, Luiz Filipe Colaço, “A Ciência jurídica Administrativa”, Almedina, 2016, p. 309.

sobrepõe-se ao conteúdo artístico das obras: não faltam concursos para avaliar “tecnicamente” trabalhos artísticos, enquadrando-os em moldes tecnicistas.

Assim, se antes a técnica, enquanto ciência aplicada das ciências da natureza, estava a serviço apenas de um melhor aproveitamento dos recursos naturais e da promoção do progresso por meio do aumento da riqueza, nos tempos atuais, o emprego da técnica tem também prestado-se a outras finalidades, conforme as preocupações definidas pelas ciências históricas. Tal fenômeno muitas vezes mais confunde do que esclarece; isto porque a padronização das ciências históricas jamais estará livre das armadilhas instaladas por encaminhamentos político-ideológicos travestidos de tecnicismo⁷¹. A promiscuidade entre sujeito e objeto nas ciências históricas, um risco real segundo Gadamer e Heidegger, tem sido vista, por muitos, com perigosa naturalidade, o que tem possibilitado o surgimento de “*standards*” científicos que, quando dissociados do entendimento da tradição e da história, acabam por apenas dar vazão a pré-juízos políticos, religiosos, ideológicos etc. Registre-se que, por detrás de estudos técnicos substanciosos, podem esconder-se projetos político-ideológicos inconfessáveis.

Por todas essas razões e diante da complexidade que se tornou o mundo técnico, o papel do direito, sobretudo do Direito Administrativo, na seleção de normas técnicas de ciência natural ou histórica que melhor representem seus princípios e valores tornou-se essencial para a sobrevivência das sociedades e para se impedir a instrumentalização do homem pela técnica. Para tanto, será preciso lançar um olhar para ela menos idealizado; reconhecer que a comunidade técnica diverge sobre assuntos cruciais e que, ao contrário do que se imaginava, a sociedade caminha muito mais na direção da pluralidade e diversidade do conhecimento científico do que de sua infalível unidade.

2. Por que abandonamos a ideia de normas técnicas em sentido estrito?

Preliminarmente, é importante dizer que não seguiremos a visão sustentada por parte da doutrina administrativista segundo a qual a Administração Pública, em matéria técnico-científica, pratica suas decisões respaldada em “normas técnicas”, compreendidas em seu sentido mais estrito.

⁷¹ Admitindo a existência de ciência técnica de natureza inexata, Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Discrecionalidade(...)”, obra citada, p. 118.

Em sentido estrito, normas técnicas relacionam-se às padronizações técnicas definidas por instituições públicas ou privadas que exercem atividade de normalização ou “estandardização”, sobretudo em matérias como o meio ambiente, produção industrial, consumo, alimentação, logística etc. (autorregulação social)⁷².

Segundo definição consensual oferecida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, a atividade de normalização consiste em estabelecer, “*em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto. Consiste, em particular, na elaboração, difusão e implementação de normas. A normalização é, assim, o processo de formulação e aplicação de regras para a solução e prevenção de problemas, com a cooperação de todos os interessados, e, em particular, para a promoção da economia global. No estabelecimento dessas regras recorre-se à tecnologia como instrumento para estabelecer, de forma objetiva e neutra, as condições que possibilitem que o produto, processo, sistema, pessoa, bem ou serviço atendam às finalidades a que se destinam, sem se esquecer dos aspectos de segurança*”⁷³.

É importante ressaltar que quando usarmos a terminologia “norma técnica” não estaremos necessariamente fazendo referência à atividade de normalização ou padronização técnicas. Nosso conceito, conforme veremos no próximo tópico, será mais abrangente, em sentido amplo; alcançará toda e qualquer solução técnico-científica apta a auxiliar o direito na resolução técnico-jurídica de suas questões mais relevantes, ainda que não formalmente catalogada no formato acima descrito. Isto porque, embora a

⁷² Esse é o entendimento adotado por Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra citada, p. 242. No mesmo sentido dispõe o artigo 1.4 da Diretiva europeia n. 98/34/CE: “(...) uma especificação técnica aprovada por um organismo reconhecido de atividade normativa para aplicação repetida...”

⁷³ Marc Tárres Vives, em sua tese de doutoramento “Normas(...)”, obra citada, p. 121 e ss, esclarece genericamente o perfil do modelo de normalização técnica adotado por cada país: o governo alemão, em matéria técnica, optou por celebrar contrato com a entidade reguladora privada “Deutsche Institut für Normung”, ente responsável pela normatização técnica em todo o país, mantendo a representação de órgãos públicos no interior dos seus centros decisórios. Na Itália, o artigo 12 do Código Civil italiano garante personalidade jurídica de direito privado às entidades que produzem normas técnicas. Nos Estados Unidos, parte da normatização técnica é feita por ente privado (American National Standards Institute) e outra parte por ente público (National Institute of standards technology), este último ligado ao departamento do comércio. Na Inglaterra, o British Standards Institution, embora privado, goza de caráter público. Na Espanha, a Associação Espanhola de Normalização e Certificação, de natureza privada, exerce a função de criação de normas técnicas. Em Portugal, o trabalho de normalização técnica é feito pelo Instituto Português de Qualidade. No Brasil, a maior parte das normas técnicas é produzida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, entidade de natureza privada.

quantidade de assuntos técnicos “normatizados” ou “normalizados” seja muito grande, fruto, inclusive, da liberdade constitucional de pessoas ou grupos associarem-se para os fins lícitos de regulação técnica de certas atividades, o direito, enquanto ciência aplicada que se propõe a resolver ilimitadamente problemas concretos, não deve restringir seu papel, em matéria técnica, à utilização apenas de normativas escritas que, como regra, representam padrões consensuais sobre alguns temas técnicos. Tal visão vincularia o trabalho da ciência e da técnica aos assuntos padronizados por tais associações, fazendo crer que o modelo de inserção de soluções técnico-científicas no Direito Administrativo se reduziria à utilização robótica desses padrões por parte da Administração Pública⁷⁴. Ao nosso sentir, a ciência e a técnica são mais abrangentes e complexas do que os mencionados “*standards*”; como consequência, não obstante sua inegável contribuição para a solução dos problemas práticos da vida, parece-nos fundamental ampliarmos a discussão para além da atividade de padronização técnica de modo a tornar possível reinsserir na “cultura do tecnicismo” o debate sobre os efeitos sociais da técnica, evitando, com isso, a cristalização, nos espíritos dos membros das atuais sociedades técnicas, da crença de que o conhecimento técnico goza de dose irresistível de neutralidade e inevitabilidade.

Ademais, é importante registrar que o tema da discricionariedade técnica que se quer tratar aqui não pode ser compreendido apenas a partir do fenômeno da normalização técnica, sob pena de jogar para debaixo do tapete a real dimensão do problema. É que em situações que envolvem matérias já “normalizadas”, sobre as quais, na maior parte das vezes, não reside qualquer controvérsia técnica, nenhum desafio teórico será imposto à Administração Pública que, diante do consenso, apenas importará a solução apresentada de forma vinculada. Se fosse possível imaginar a repetição deste fenômeno em qualquer contexto, não haveria razão plausível para se cogitar da existência da chamada discricionariedade técnica em favor da Administração, já que, quanto aos aspectos técnicos, não subsistiria qualquer margem de escolha administrativa. Como consequência, restaria mascarado o problema do pluralismo de soluções técnicas para que se continue a dar sequência, mesmo em temas não consensuais, a um processo acrítico de incorporação técnica ao direito, resultado da aplicação, em casos especiais, do mesmo espírito padronizador. Por isso, entendemos ser fundamental inserir o problema da

⁷⁴ Talvez, inclusive, seja essa a razão pela qual tem-se entendimento majoritariamente que a Administração Pública não realiza, em realidade, escolhas técnicas.

discricionariedade técnica em um ambiente mais vasto do que aquele a que nos acostumamos a estudá-la, tão vasto e complexo quanto o tamanho real da ciência e da técnica, livre da cultura da especialização técnica padronizada, de forma a entender se, em caso de multiplicidade de soluções técnicas, a Administração terá ou não autorização para agir com autêntica discricionariedade.

2.1. As normas técnicas em sentido amplo

A fim de compreender de que maneira os conteúdos técnico-científicos integram-se a uma determinada ordem jurídica, interferindo nas diversas situações da vida cotidiana, apresentaremos, a partir de agora, uma proposta ampla do conceito de normas técnicas, à qual faremos referência ao longo de toda nossa exposição.

Em razão da vastidão e da complexidade das diversas concepções sobre a ideia de ciência e suas aplicações nos mais diversos ramos - o que, por si só, já inviabilizaria a formulação de um conceito unívoco ajustado à realidade de cada uma das áreas científicas aplicadas -, este trabalho assumirá como ponto de partida para a definição de conteúdos técnico-científicos as peculiaridades básicas que os diferenciam das normas jurídicas abstratas que, ao final do processo hermenêutico, serão aplicadas por administrações públicas empiricamente. Nossa definição estará, portanto, circunscrita aos aspectos que diferenciam tais conteúdos das normas jurídicas, já que entender o fenômeno da incorporação das primeiras no Direito Administrativo importa saber, antes de tudo e para os fins específicos deste trabalho, diferenciar conteúdos produzidos por entes desprovidos de legitimidade democrática daqueles que são criados após deliberação política dos cidadãos. O mundo da técnica opera sob condições ambientais diferentes das do universo jurídico, muitas vezes, sem maiores reflexões sobre os efeitos de suas decisões no corpo social; por isso, saber delimitar o espaço de deliberação da técnica do espaço de deliberação da arena jurídica constitui tarefa essencial para que o direito cumpra sua função de “socializar” a técnica de acordo com seus valores.

Por razões didáticas, optamos por apresentar primeiro o referido conceito para só depois aprofundar o significado de cada uma de suas características.

2.2. Conceito e características gerais

As normas técnicas, para os fins deste trabalho, são soluções técnico-científicas, fundadas em paradigmas científicos reconhecidos dentro ou fora de um mesmo sistema jurídico, formuladas por pessoas de forma objetiva e pretensamente neutra, sem caráter jurídico, que visam resolver demandas humanas de natureza prática, sem prejuízo de eventual provisoriedade ou relativismo de seus cânones.

A fim de auxiliar a compreensão do conceito de normas técnicas acima proposto, segue abaixo suas características principais:

j) Origem em paradigmas científicos

Toda norma técnica, enquanto norma de ciência aplicada, baseia-se em paradigmas científicos conhecidos e reconhecidos como válidos pela comunidade científica. São, sobretudo, normas de aplicação do conhecimento científico estabelecido pelas ciências naturais ou históricas. Exemplificando, normas técnicas no campo da engenharia, para serem tratadas como tal, devem ter por base, direta ou remotamente, leis universais da matemática e da física; técnicas cirúrgicas devem fundar-se em paradigmas definidos pelas ciências médicas; técnicas para redução do processo inflacionário devem respeitar estudos econômicos ou, ainda, técnicas de aplicação de questionários para pesquisas socioeconômicas devem ser empregadas por sociólogos e antropólogos sempre que pretenderem traçar um perfil da comunidade que investigam.

Grosso modo, para uma norma técnica ser considerada como de ciência aplicada e, por consequência, válida, deve ter lastro em paradigmas reconhecidos pela comunidade científica da qual faz parte. Do contrário, o Estado, ao incorporá-las para atender às necessidades públicas, sujeitar-se-ia a um experimentalismo perigoso, derivado da inexistência de qualquer referencial científico minimamente seguro. O direito deve prestigiar a ciência enquanto forma de expressão das potencialidades humanas e, em matéria técnica, importar apenas conhecimentos tecnicamente comprovados⁷⁵, ainda que

⁷⁵ Em sentido aparentemente semelhante, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 458/459: “Se as matérias têm um componente técnico-científico ou são, elas em si, integralmente técnico-científicas, naturalmente quem tem habilitações periciais nesse mesmo setor se encontra

existam divergências identificadas pela própria comunidade científica. Tal conclusão decorre do fato de que o direito reconhece à ciência o poder de definir o que deve ou não ser considerado tecnicamente válido, sendo-lhe vedado interferir na liberdade científica dos cidadãos para “fazer ciência” ou acolher soluções que, à luz das regras científicas, não têm qualquer comprovação. Em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501, proposta pela Associação Médica Brasileira, o Ministro Marco Aurélio de Melo determinou, em caráter liminar, a suspensão de um dispositivo legal da Lei Federal nº 13.219/2016, que autorizava o uso da substância fosfoetanolamina sintética, utilizada para tratar pacientes com câncer. A referida decisão judicial teve por fundamento exatamente a ausência de paradigma científico de estudos técnicos que apontassem as características curativas da referida substância; como a circulação e comercialização de medicamentos no Brasil deve sempre basear-se em normas técnicas admitidas pela ANVISA, agência reguladora do setor de vigilância sanitária⁷⁶, o que, no caso, não havia acontecido, a corte constitucional brasileira, de forma acertada, suspendeu a distribuição de qualquer medicamento fabricado com base na fosfoetanolamina sintética.

k) Os agentes formuladores de normas técnicas

Agentes formuladores de normas técnicas são pessoas que, isoladamente ou reunidas em grupos, produzem conteúdos técnico-científicos a partir do estudo e da investigação científicos. Enquanto resultado do pensamento racional, as normas técnicas são, antes de qualquer coisa, formulações humanas. Ou seja, homens e mulheres, após debruçarem-se sobre objetos de apropriação científica, esforçam-se por apresentar soluções técnico-científicas sobre os mais diversos problemas, submetendo-as, em seguida, ao controle de entidades públicas ou privadas vocacionadas ao fomento da produção do conhecimento. Ainda que se possa reconhecer a tais entidades, enquanto

preparado a decidir, à luz de uma boa e eficiente administração pautada pelo princípio da adequação dos meios – trata-se de uma exigência ditada pelos princípios da prossecução do interesse público, da imparcialidade e da proporcionalidade (...) Existe aqui, visto de um ângulo diferente, uma paralela e inerente regra natural de exclusão decisória de todos aqueles que, sem tais especificações habilitadas técnicas e científicas, não reúnem os requisitos “opinativos” ou decisórios.”

⁷⁶ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>

peças jurídicas, um papel relevante no processo de “oficialização” das descobertas científicas, não devemos, contudo, perder de vista que, em última instância, o pensamento científico decorre da razão: é, portanto, um fenômeno, nos moldes kantianos, tipicamente humano⁷⁷.

Com a evolução da vida em sociedade, sobretudo com o surgimento de instituições públicas e privadas dotadas de personalidade jurídica para representar os interesses de pessoas humanas, o pensamento científico despiu-se de seu caráter essencialmente amador, passando a sujeitar-se a um controle científico exercido por pessoas jurídicas, como universidades, conselhos profissionais, sociedades civis, empresas privadas voltadas para pesquisas científicas etc. Nos dias atuais, a “institucionalização” das ciências parece ser um caminho sem volta, sendo difícil apontar, com precisão, um único modelo de organização dos trabalhos e pesquisas científicas adotados mundo afora. Por esta razão, apesar de uma aparente hegemonia das entidades privadas na elaboração de normas técnicas, não nos parece possível afastar a possibilidade de entidades públicas formularem, com o idêntico prestígio, “verdades” científicas, desde que respeitados critérios definidos pela ciência. Inexistem óbices jurídicos, dentro das diversas formas de organização política dos Estados, que impeçam que organismos estatais também sejam produtores e desenvolvedores de conteúdos científicos. Tudo dependerá do desenho institucional de cada sistema normativo⁷⁸.

Sem entrar no mérito sobre a conveniência da formulação de normas técnicas através da iniciativa pública ou privada, parece-nos, contudo, importante ressaltar que, em qualquer caso, tais normas, para que preservem seu tecnicismo, deverão sempre manter-se fieis a critérios científicos previamente definidos, inclusive normativamente, pela comunidade científica, sob pena de se afastarem de seu caráter necessariamente técnico, com graves repercussões nos planos da legalidade e da legitimidade.

⁷⁷ Ao menos, enquanto a tecnologia não desenvolver em larga escala a chamada inteligência artificial. Sobre as preocupações em se desenvolver a inteligência artificial, Jorge Calado, “Limites(...)”, obra citada, p. 155 e seguintes.

⁷⁸ Segundo Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 112, dois terços das pesquisas e investigações científicas em países desenvolvidos, segundo a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), são realizadas pela indústria, vinte por cento pelas universidades e dez por cento pelo Estado. Sobre a existência, na Espanha, da existência de organismos de normatização técnica no interior da estrutura administrativa espanhola, Marc Tarrés Vives, “Las normas(...)”, obra citada, p. 158.

Ainda sobre os autores de normas técnicas, não devemos confundir os órgãos estatais que as incorporam juridicamente ao direito e os entes, públicos ou privados, que as formulam. Entidades públicas como as chamadas agências reguladoras (ou independentes), cuja função primordial consiste na importação, via norma jurídica, de normas técnicas criadas fora do direito (extramuros) para solucionar assuntos de interesse jurídico (intramuros), nada tem a ver, em princípio, com aqueles que produzem conteúdos técnico-científicos. Estas últimas, que podem ser públicas ou privadas⁷⁹, formulam normas técnicas antes mesmo de cogitar da sua aderência pelo direito, sem ter, como regra, qualquer poder para incorporá-las a uma norma jurídica, papel este a ser desempenhado por órgãos legislativos (em sentido amplo), governamentais ou pela própria Administração Pública⁸⁰. Assim, embora uma agência reguladora ou independente trate, no exercício de suas atividades, de assuntos absolutamente técnicos, a forma como o faz tem contornos essencialmente jurídicos, voltados principalmente para a regulação técnico-jurídica (*regulation*) de situações da vida, e não para a formulação de conteúdos técnico-científicos voltados para a academia. Portanto, tais entes expressam-se através de normas e atos jurídicos dirigidos em especial à regulação dos direitos dos administrados, ainda que possam acolher componentes técnicos produzidos por outras entidades; diferentemente, as normas técnicas a eles subjacentes resultam de um trabalho que se desenvolve anteriormente e em outros foros; têm conotação extrajurídica, cujo fenômeno de incorporação ao direito apenas surge circunstancialmente após seu acolhimento político pela ordem jurídica, sobretudo por meio de normas jurídicas. Retomando ao exemplo da decisão judicial do STF brasileiro, a solução “técnica” resultante de pesquisas desenvolvidas com a substância química fosfoetanolamina não foi acolhida pela ANVISA que, na ocasião, deixou de incorporá-la ao direito brasileiro por falta de comprovação científica. A formulação do conteúdo técnico-científico advindo da referida pesquisa nada tinha a ver com a atividade da citada agência reguladora, cujas

⁷⁹ Segundo Marc Tarrés Vives, “Las normas(...)”, obra citada, p. 158, a normatização técnica, na Espanha e na maior parte dos países europeus, é realizada exclusivamente por organismos privados.

⁸⁰ Sobre o assunto, Marc Tarrés Vives, “Las normas (...)”, obra citada, p. 160, alerta que, em alguns países europeus, como França e Bélgica, normas técnicas formuladas por organismos privados podem ser consideradas verdadeiros atos administrativos, o que contribui para a acumulação perigosa de funções típicas de órgãos de normatização técnica e de órgãos públicos responsáveis pela recepção jurídica das mesmas.

atribuições consistiam, não em “fazer ciência”, mas sim em incorporar ou não conhecimento técnico já produzido por agentes da comunidade científica.

c) A objetividade das normas técnicas

As normas técnicas têm a pretensão de contribuir, por meio da aplicação prática da razão científica, para a solução de problemas concretos. Seus autores gozam de reconhecimento científico e, presumivelmente, creem que as soluções por eles apresentadas dispõem de condições técnicas para dar cabo das necessidades humanas. Têm, portanto, uma pretensão de neutralidade sempre que disponibilizam à comunidade uma solução capaz de aprimorá-la⁸¹; ainda que encoberta por alguma intencionalidade humana, tais soluções não deixam de assumir caráter objetivo⁸², resultado do processo argumentativo racional que as diferenciam, em substância e forma, de outros tipos de manifestações humanas, como aquelas que se desenvolvem em ambientes artísticos ou religiosos. Exclusivamente sob este ponto de vista, pouco importa se determinada norma técnica foi elaborada com base em interesses ou vontades inconfessáveis, legítimos ou não; seu conteúdo sempre terá, na forma, aparência neutra e objetiva, apresentando-se para todos como uma solução técnica apta a resolver questões práticas relevantes. É importante registrar que não estamos com tal afirmativa conferindo, em absoluto, neutralidade ao pensamento científico, tampouco o desqualificando por completo como se não houvesse qualquer distinção substancial entre o conhecimento técnico e outra forma de expressão humana, como a fé por exemplo. Se por um lado não há como ignorar o fato de que a formulação do conhecimento técnico depende da intervenção de homens e mulheres, que nem sempre surge desacompanhada de pré-compreensões das mais diversas matrizes, por outro, parece-nos equivocado atribuir certo irracionalismo ao conhecimento técnico-científico, como se não houvesse distinções substanciais entre as diversas formas de expressão humana. Por exemplo, uma determinada entidade científica pode decidir, maliciosamente, com o fim exclusivo de beneficiar uma indústria qualquer,

⁸¹ Neste sentido, Marc Terrés Vives, “Las normas(...)”, obra citada, p. 155: “Ademais, o pretendido caráter neutro da norma técnica deve ser relativizado. A experiência demonstra que a normatização não é uma tarefa estritamente técnica, existindo outras ponderações, sobretudo de caráter econômico.”

⁸² No mesmo sentido, Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra citada, p. 242.

que os níveis de sódio da água mineral vendida à população devem ter padrões técnicos acima dos razoáveis. Ainda que se consiga demonstrar a fraude, a estrutura das normas técnicas elaboradas a partir daquela decisão jamais deixará de revelar uma “pretensão de neutralidade” ou de apresentar contornos objetivos. A sentença “*os níveis máximos de sódio em águas minerais para consumo humano são 800 mg/L*” sempre terá, ainda que equivocada, caráter pretensamente neutro, sendo descabida qualquer confusão com outras formulações de natureza não científica. Mesmo no campo das ciências históricas, as normas técnicas delas decorrentes apresentam-se de forma objetiva e não vacilante: economistas desenvolvimentistas de matriz keynesiana e liberais da chamada Escola de Chicago sempre apresentarão para as sociedades soluções técnicas diferentes; entretanto, mesmo neste campo, as normas técnico-científicas decorrentes do pensamento de cada uma dessas visões da economia não deixarão de pretender (e aparentar) uma neutralidade científica, ainda que “mascaradas” por crenças ideológicas diferentes⁸³. Embora tais soluções sofram clara influência de concepções morais, políticas, ideológicas etc., formuladas por seus defensores, a natureza pretensamente neutra de ambas permanece inalterada, ainda que se possa apontar um enorme abismo entre elas do ponto de vista técnico. É o “tecnicismo” destas ideias, expresso de forma tão objetiva quanto cartesiana, que garante que o pensamento racional continue a influenciar as decisões públicas, sem que se instaure um ambiente de irracionalismo absoluto tão prejudicial à sociedade quanto a vetusta “absolutização liberal” da técnica.

Em suma, não será necessário ignorar o fato de que não há ciência ou técnica sem pessoas, como não há objeto científico sem um sujeito que o intérprete, para reconhecer que, independentemente desta óbvia constatação, todo pensamento científico apresenta-se ao mundo com necessária objetividade, ínsita a qualquer ideia que pretende ser racional. Assim, apesar das diferenças existentes nos diversos campos das ciências - já abordadas anteriormente -, o resultado técnico aprovado pela comunidade científica sempre gozará, para confundir-se com uma razão científica, de forma objetiva. Sem tal

⁸³ Em recente obra publicada, o ex-ministro da economia grega do partido Syriza, Yanis Varoufakis, em “Quando a desigualdade põe em risco o futuro”, Planeta, 2015, p. 180, escreveu, em tom de crítica ao “tecnicismo” dos Liberais no campo da economia: “Desde há bastante tempo que os manuais de economia, a forma dominante da teoria econômica, os suplementos econômicos da imprensa e os comentadores de assuntos econômicos que aparecem na mídia tentam convencer-nos de que as questões econômicas são demasiado técnicas para que os simples mortais tenham uma opinião acerca delas (por isso é melhor que as deixemos para os banqueiros, tecnocratas e “peritos”).”.

premissa, sepultaríamos a racionalidade científica com o propósito de desconstruir o atual modelo de sociedade até reduzi-lo ao nada, como numa espiral niilista/irracionalista.

d) A autonomia existencial das normas técnicas ou extrajuridicidade

As normas técnicas gozam, ainda, de autonomia existencial em relação ao direito, característica comum a todas elas e que decorre do fato de as mesmas aperfeiçoarem-se antes de qualquer validação ou inserção jurídica. Possuem, desta forma, existência própria e independente, cujo reconhecimento deve ser conferido pela comunidade científica ou técnica da respectiva área ou campo de pesquisa, independentemente de sua incorporação ou chancela por determinado sistema normativo. Assim, ainda que se possa admitir, no momento de sua elaboração, uma eventual preocupação com seu reconhecimento por parte de determinada ordem jurídica, tal fenômeno não deve ser visto como suficiente para desnaturar sua natureza técnico-científica ou extrajurídica, cuja existência e validade técnica precedem eventual declaração pelo direito. Reconhecer a possibilidade de a ordem jurídica conferir, ela própria, validade técnico-científica às normas técnicas – ou de alterar seu conteúdo - resultaria na transferência indesejável de poder às fontes normativas para que estas, e não a técnica, criassem conhecimento científico, definindo o que se constituiria como verdadeiro ou falso em matéria técnica, ainda que a opção tomada pelo operador do direito não tivesse qualquer compromisso técnico-científico, o que, por óbvio, resultaria numa intromissão intolerável e promíscua da ordem jurídica nas ciências⁸⁴. Imaginemos a hipótese grosseira em que determinada norma legal estabeleça que todos os projetos de engenharia de determinado Estado passem a ignorar qualquer norma técnica que faça referência às leis matemáticas, passando a se pautar em parâmetros propostos aleatoriamente pelo legislador. Obviamente que tal legislação cometeria o “pecado original” de incorporar conteúdo “técnico-científico” ao direito, sem qualquer respaldo na ciência, fato impeditivo da formação válida de uma futura norma jurídica com traços técnicos.

Espécies de norma extrajurídica, as normas técnicas prestam-se a solucionar problemas de natureza técnico-científica debatidos em foros próprios, cujas verdades,

⁸⁴ Neste contexto, Adolf Hitler não teria maiores dificuldades para comprovar cientificamente a superioridade da raça ariana.

ainda que plurais, estabelecem-se segundo critérios técnicos definidos pelo ramo da ciência envolvido num dado contexto histórico. Desta assertiva extrai-se outra: as normas técnicas, mesmo depois de inseridas no universo jurídico, mantêm-se no mesmo figurino técnico-científico, devendo ser disciplinadas pelo direito sem alteração de sua substância; do contrário, a última palavra nesta matéria seria concedida, não às ciências ou à técnica, mas ao sistema normativo, realidade que, se admissível, transfiguraria as normas técnicas em algo cuja essência não se poderia atribuir qualquer caráter técnico-científico, já que modificada pelas mãos estranhas (e políticas) do legislador. Exemplificando, técnicas empregadas na confecção de fertilizantes menos agressivos ao meio ambiente, definidas a partir de padrões técnico-científicos desenvolvidos em pesquisas acadêmicas reconhecidas cientificamente, não se despem de seu conteúdo técnico tão somente por que determinada ordem jurídica, ao incorporá-las, passou a disciplinar, via subsídios governamentais previstos em lei, seu manejo por agricultores nacionais. Os resultados de tais pesquisas, quando acolhidos cientificamente, convertem-se em normas técnicas, preservando este estado mesmo após sua importação para um ordenamento jurídico qualquer. Somente a partir desta premissa torna-se possível diferenciar aquilo que é científico daquilo que é jurídico, evitando-se que a política exerça função criadora de padrões científicos.

e) A extraterritorialidade das normas técnicas

Outra característica comum às normas técnicas é a possibilidade de serem inseridas em qualquer ordem jurídica, independentemente da nacionalidade daqueles que as formularam. Podem ter, portanto, natureza supranacional.

Decorrência direta da universalidade e da autonomia do conhecimento técnico-científico, a extraterritorialidade das normas técnicas produzidas mundo afora possibilita sua importação, em tese, por ordens jurídicas estrangeiras com o intuito de disciplinar seus assuntos internos. No fundo, tal supranacionalidade deflui de sua autonomia existencial, cultivada pela independência do pensamento técnico-científico em relação às normas jurídicas, gerando, como consequência, a possibilidade de sua apropriação ou aproveitamento por qualquer sistema jurídico. Desta forma, não será necessária nenhuma autorização em favor de um ordenamento jurídico para que este possa disciplinar, no

campo normativo ou administrativo, determinada situação da vida a partir da incorporação de novas descobertas técnico-científicas publicadas no exterior, desde que admissíveis juridicamente. Todo conhecimento científico resultante deste processo tem natureza transnacional, podendo ser utilizado nos mais diversos territórios conforme o direito de cada Estado. Tal cenário, aliás, tem encontrado terreno fértil no âmbito da União Europeia, onde países membros têm valido-se de normas técnicas formuladas em outros Estados para a resolução de questões nacionais⁸⁵. Exemplo interessante pode ser extraído da Lei espanhola nº 32/2003, chamada de Lei Geral de Telecomunicações, que, em seu artigo 11, estabelece que “*o Ministério da Indústria, Energia e Turismo fomentará o uso das normas e especificações técnicas identificadas pela Comissão Europeia com o objetivo de fomentar a harmonização das redes de comunicações eletrônicas(..)*”. Ou seja, a lei espanhola admite que órgão da União Europeia selecione, dentro ou fora da Espanha, qualquer norma técnica para resolver questões internas atinentes a telecomunicações.

Na atualidade, um exemplo de norma técnica de caráter estrangeiro (Estados Unidos) que influencia os órgãos reguladores de todo mundo em matéria alimentar é o chamado *Food Chemicals Codex* (FCC). Criado em 1966, o FCC fornece critérios para determinar a qualidade de diversos tipos de ingredientes alimentares e substâncias químicas, como vitaminas e suplementos alimentares, em todo o mundo. No Brasil, por exemplo, há muitos casos de suspensão da venda de suplementos vitamínicos pela ANVISA, agência reguladora responsável, baseada no não reconhecimento de certas substâncias pelo FCC⁸⁶. Outros exemplos de normas técnicas supranacionais são aquelas editadas pela Organização Internacional de Padronização (ISO) e pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que têm sido largamente acolhidas em todo mundo ocidental em diversos temas.

Sobre o tema da supranacionalidade de normas técnicas, deve-se ressaltar, contudo, as hipóteses em que as soluções apresentadas tenham alcance apenas local ou, quando fizerem parte das ciências históricas, não tenham pertinência em todo e qualquer contexto social. Como dissemos anteriormente, as ciências sociais apresentam, por natureza, resultados contextualizáveis, ou seja, que consideram as tradições e a cultura de cada

⁸⁵ Sobre a natureza supranacional das normas técnicas, Marc Tarrés Vives, “Las normas(...)”, obra citada, p. 158.

⁸⁶ www.g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/02/anvisa-suspende-suplementos-vitaminicos-e-diclofenaco-potassico.html

ambiente, razão pela qual certo direcionamento técnico pode servir globalmente ou apenas a certos ambientes. Naturalmente, não se está dizendo, em absoluto, que estudos técnicos de ciência histórica aplicada, desenvolvidos no exterior, não possam ser absorvidos em âmbito nacional, mas tão somente que, em relação a essas pesquisas, serão necessárias maiores cautelas de natureza científica. Construir hidrelétricas não pode ser visto como o mesmo que entender pessoas ou comunidades.

No fundo, o que se quer dizer com extraterritorialidade é apenas que a ciência e a técnica se desenvolvem mundialmente, ao passo que as decisões de cada Estado repercutem em espaços territoriais delimitados pela política e pela sua soberania; nestes espaços, escolhas técnicas poderão ser realizadas a partir do cardápio existente, conforme critérios definidos, em regra, pelo direito. Resta-nos apenas saber se no campo do Direito Administrativo pode haver margem para que tais escolhas se deem de maneira discricionária.

f) A aptidão prática das normas técnicas

As normas técnicas oriundas das ciências naturais ou históricas têm natureza prática, isto é, prestam-se a resolver, a partir de uma avaliação técnico-científica, os problemas da vida cotidiana, e não a apresentar soluções puramente teóricas (ciência pura) e/ou especulativas (filosofia). Daí a origem do interesse que despertam nas sociedades atuais e nos respectivos sistemas jurídicos⁸⁷. São, como dissemos, normas de ciência aplicada que, em razão de sua importância prática, acabam por ser importadas para determinado ordenamento jurídico para disciplinar aspectos da vida humana. Não tivessem esta natureza, pouco ou quase nenhum proveito produziriam a favor do direito e de seus destinatários⁸⁸. Assim, ainda que se possa admitir o caráter científico de determinadas áreas do conhecimento, ao direito interessa soluções técnico-científicas que possam contribuir para a resolução de situações factuais que, segundo juízo valorativo de entes estatais, mereçam ser juridicamente disciplinadas⁸⁹. Voltando ao exemplo do FCC,

⁸⁷ Neste sentido, Thomas S. Kuhm, “A estrutura(...)”, obra citada, p. 42/43.

⁸⁸ Sobre a necessidade de se compreender o direito como uma ciência que cuida de questões práticas, Marcello Caetano, “Manual de Direito Administrativo”, volume I, Almedina, 1984, p. 73/74.

⁸⁹ Sobre o interesse do direito pelos fatos, Angel Latorre, “Introdução(...)”, obra citada, p. 115 e seguintes.

pouco importariam as soluções técnicas extraídas das diversas monografias publicadas na referida coletânea americana se não fosse a utilidade prática dos padrões técnicos ali definidos e o interesse do direito de, por meio de uma regulação jurídica, evitar que pessoas ingiram substâncias nocivas à saúde.

g) A falta de aptidão das normas técnicas para produção de efeitos jurídicos

Outro traço distintivo das normas técnicas consiste na sua incapacidade de, per si, produzir efeitos jurídicos, isto é, regular conflitos sociais com o mesmo grau de imperatividade e coercibilidade atribuído às normas jurídicas⁹⁰. Ou seja, as normas técnicas destinam-se a produzir efeitos em universo científico ou tecnológico; por situarem-se no plano estritamente técnico, não dispõem de aptidão para disciplinar juridicamente a vida em sociedade, traço característico que as distingue das normas elaboradas pelo universo jurídico e que promovem sua inserção no direito.

Tal característica é fundamental para diferenciar as normas técnicas dos textos normativos produzidos pelo direito. As primeiras possuem normatividade restrita ao campo da ciência e da técnica da qual fazem parte, passando a produzir efeitos jurídicos tão somente quando incorporadas ao ordenamento jurídico por meio dos textos normativos, que as complementarão juridicamente sem, contudo, subverter sua essência técnico-científica.

Com efeito, é preciso compreender que as normas técnicas são soluções de caráter técnico-científico que surgem em contexto extrajurídico; não se submetem a uma avaliação política, necessária em regimes democráticos. Por esta razão, não há como considerá-las cogentes ou imperativas do ponto de vista jurídico, como nos casos das normas jurídicas, sem antes incorporá-las ao direito por meio das instituições democráticas. Se, por um lado, a política não tem aptidão para criar ciência ou técnica, por outro, estas últimas não se impõem coercitivamente em regimes democráticos sem

⁹⁰ Sobre o assunto, ensina Galvão Telles, “Introdução ao Estudo do Direito”, F.D.L, 1952-1953: “O direito coloca face a face dois sujeitos. A um impõe um dever, a outro atribui uma faculdade. Ora, impor um dever significa comandar, imperar. O direito não se limita, pois a afirmar, a observar factos ou situações – dá ordens. O modo próprio do Direito não é indicativo, é imperativo: “faze isto”, “faze aquilo””.

sua prévia apreciação político-jurídica. Do contrário, as sociedades estariam submetidas a uma ditadura técnica.

h) A provisoriedade das normas técnicas

Sobre sua provisoriedade, é importante destacar que as normas técnicas, como resultado da incessante atividade de pesquisa técnico-científica, submetem-se a um contínuo controle de validade técnica que pode, na medida em que os contextos históricos mudam, tornar inválidos ou parcialmente prejudicados paradigmas antes universais. A ciência, como uma matrioska⁹¹ – a boneca russa de madeira que contem em seu interior outras tantas bonecas -, não cansa de surpreender a humanidade com novos conhecimentos e novas técnicas, muitas delas derivadas de verdades científicas anteriores, que acabam sendo aprimoradas⁹² ou reformuladas completamente⁹³.

As ciências, mesmo as naturais, desenvolvem-se, deste modo, de forma contínua e permanente, sempre com o objetivo de superar seu atual estágio científico. Como adverte Jorge Calado, “o que pode ser descoberto ou inventado depende, em cada instante, do que poder ser construído”⁹⁴ e, por esta razão, há sempre algo novo a ser descoberto. Neste eterno caminhar, surgem, como consequência natural, mutações - ou até a refutação, em casos extremos - de normas técnicas anteriormente elaboradas. Apesar de atualmente a forma mais eficaz de tratamento médico do câncer ser a quimioterapia (técnica), estudos desenvolvidos pela comunidade científica sobre a doença (ciência) podem vir a criar, em futuro próximo, novas formas de medicações e tratamento capazes de curar ou minimizar

⁹¹ Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 45.

⁹² Sobre o desenvolvimento das ciências a partir de paradigmas definidos no passado, Thomas S. Khum, em “A estrutura(...)”, obra citada, p. 31/32 e 49: “A investigação científica normal é antes dirigida à clarificação dos fenômenos e teorias que o paradigma já fornece.”

⁹³ Chamando de revolução científica as hipóteses em que a comunidade científica rompe com paradigmas anteriores, Thomas S. Kuhm, “A estrutura(...)”, obra citada, p. 35. Sobre a importância científica de se romper paradigmas científicos, Floriano de Azevedo Marques Neto, em “A superação do ato administrativo autista”, texto publicado em “Os caminhos do ato administrativo”, Revista dos Tribunais, 2013, p. 90/91.

⁹⁴ “Limite(...)”, obra citada, p. 24: “Galileu só pôde fazer as suas descobertas astronômicas depois de dispor de um telescópio razoavelmente poderoso, que aumentava cerca de vinte ou trinta vezes o que encontrava no seu campo de observação. Igualmente, o estabelecimento da conservação da massa requeria balanças muito precisas, tal como a demonstração da conservação da energia necessitava de termômetros mais fiáveis do que à décima de grau. O microscópio permitiu o desenvolvimento da biologia, tal como o engenho pneumático (bomba de vácuo) o estudo dos gases e a garrafa (condensador) de Leiden a investigação da eletricidade.”

os efeitos colaterais da doença de forma mais eficiente, com menos sacrifícios para os pacientes. Concretizados tais avanços técnico-científicos, novas normas técnicas poderão ser elaboradas, lançando para o ostracismo antigas e festejadas concepções. Quem não se lembra do tempo em que amigdalites apenas eram curadas com a extração das amígdalas?

Portanto, em que pese a possibilidade do reconhecimento de certa imutabilidade científica a determinados fenômenos, especialmente no campo das ciências naturais, não podemos descartar a possibilidade da mutação de entendimentos técnico-científicos consolidados no tempo, ainda que isto nos pareça, à luz do atual desenvolvimento científico, completamente improvável. Entre 1690 e 1781, tempo em que renomados astrônomos acreditavam que Urano não passava de uma estrela, pouca gente podia imaginar as consequências para a ciência advindas da descoberta, por Lexell, da presença de mais um planeta no sistema solar. O rompimento do paradigma consensual anterior possibilitou sua substituição por outro e, por consequência, a descoberta, a partir de 1801, de novos planetas de estrelas⁹⁵.

Diante da inquietude do espírito humano, que, neste momento, pode estar a desmontar “verdades” há muito consolidadas, as atuais concepções técnico-científicas não gozam certamente de um caráter definitivo ou peremptório. Qualquer conhecimento científico ou técnico, neste cenário, pode cair na obsolescência, muitas vezes, de forma absolutamente fortuita⁹⁶.

i) O relativismo das normas técnicas

Além de manter em seu conteúdo cláusula implícita de provisoriedade, as normas técnicas, vistas agora no mesmo contexto histórico, podem gozar, aos olhos do direito, de certo relativismo.

⁹⁵ Thomas S. Khum, “Estrutura(...)”, obra citada, p. 164/165.

⁹⁶ Um termo muito utilizado no campo das ciências é “serendipidade”, que exprime a ideia de que várias verdades científicas surgem fortuitamente. Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, cita alguns exemplos, entre os quais o de Friedrich Wohler: “Em 1828, ao tentar preparar um composto inorgânico (cianeto de amônio) a partir da reação entre dois compostos inorgânicos, Friedrich Wohler verificou que tinha, afinal, sintetizado um composto orgânico, a ureia, presente na urina dos mamíferos(...)Wohler provou que as substâncias fabricadas pelos organismos vivos podiam ser obtidas no laboratório por meios estritamente químicos.”.

Como primeiro ponto de abordagem, é importante consignar que uma solução técnica sempre será o meio através do qual se resolvem problemas práticos. A técnica tem, portanto, natureza instrumental. Por esta razão, independentemente da discussão epistemológica sobre a existência ou não de mais de uma verdade científica sobre um mesmo tema, não há como descartar, de plano, que mais de uma solução técnica possa ser apresentada para a resolução de uma questão concreta de origem científica. Um médico pode, por exemplo, controlar o diabetes de um paciente ministrando-lhe medicações ou recomendando-lhe exercícios físicos; pode tratar um cliente com dores de cabeça através de analgésicos ou acupuntura; pode promover o nascimento de uma criança por parto normal ou cesariana. Um ambientalista pode sugerir, como fonte renovável de energia, a eólica ou a solar; um farmacêutico pode prescrever mais de uma opção medicamentosa; em suma, haverá, em diversas circunstâncias, mais de uma técnica para um mesmo problema prático.

Na sequência, faz-se necessário ainda ressaltar que, apesar da sacralização iluminista do pensamento racional, a atividade técnico-científica, especialmente no campo das chamadas ciências históricas (mas também das naturais⁹⁷), desenvolve-se sob a supervisão de seres humanos, naturalmente sujeitos a falhas e às mais diversas influências profissionais, morais, ideológicas⁹⁸, políticas, culturais, sociais, econômicas⁹⁹, etc., que acabam por sedimentar pré-compreensões mentais que, ao final,

⁹⁷ Thomas E. Khum, em “Estrutura(...)”, obra citada, p. 204, admite que, mesmo no campo das ciências naturais, pode haver a formação daquilo que ele denominou de “paradigmas rivais”, decorrentes de observações diferentes de um mesmo fenômeno da natureza.

⁹⁸ Um caso emblemático de uso da ciência natural a serviço de uma ideologia é contado por Jorge Salgado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 70 e seguintes. Conta o autor que um cientista russo chamado Trofim Lysenko, à época do regime de Stalin, teria afastado-se das leis da genética de Gregor Mendel para sustentar a possibilidade de alterar as características genéticas das sementes de cereais por meio de um tratamento especial pelo frio – a vernalização – com o propósito de duplicar a colheita e a produção de alimentos. Seu propósito, como ficou demonstrado, era o de servir ao ditador russo, preocupado em difundir a ideia (falsa) de que reduziria a fome de seu povo. Marvin B. Rosenberry, em “Administrative Law and the Constitution”, em “The American Political Science Review”, volume 23, n. 1, 1929, p. 44, adverte, quando trata dos modelos americanos de agências reguladoras, sobre os riscos de uma única agência impor suas próprias teorias econômicas mesmo quando minoritárias, revelando não só uma preocupação, como também sua constatação de que há muito mais pluralidade de posições técnicas do que se presume existir.

⁹⁹ Neste mesmo sentido, Jorge Calado, “Limites(...)”, obra citada, p. 53: “Os verdadeiros limites da ciência são de natureza ética, social, econômica, financeira e política. Em parte, também, porque a ciência e as aplicações técnicas são praticadas por homens e mulheres, com as suas fés, ideologias, qualidades e defeitos, para outros homens e mulheres.”.

poderão interferir ou não decisivamente no resultado de uma pesquisa científica¹⁰⁰. Não por outra razão, é possível encontrar sobre o mesmo assunto as mais diversas posições científicas e técnicas em matérias que supostamente exigiriam maior nível de consenso racional, todas validadas pela respectiva comunidade técnico-científica¹⁰¹. Seguindo este mesmo raciocínio, Thomas S. Khum lança dúvidas sobre a neutralidade das pesquisas científicas, passando a questionar as razões pelas quais cientistas do mundo sempre relutaram em romper com paradigmas científicos sedimentados pelas gerações anteriores. O celebrado autor, em “*A estrutura das revoluções científicas*”¹⁰², chama a atenção para o fato de que os cientistas de uma maneira geral não envidam esforços, por motivações essencialmente humanas, entre as quais a de não ser rotulado por seus pares como um *outsider*, para romper com os paradigmas científicos existentes. Subjacente aos seus argumentos está a ideia de que os resultados apresentados pela ciência podem estar sendo dirigidos por motivações pouco nobres, tipicamente mundanas. E o que dizer sobre a tese, encampada por parte da comunidade científica, de que as ciências naturais são menos lineares e previsíveis do que sempre imaginaram as escolas mais tradicionais e que, por conta disso, o nível de certeza quanto ao comportamento da natureza seria mais baixo do que se supunha¹⁰³?

Pelo exposto, a esperada neutralidade técnico-científica - que será, como temos defendido, mera “pretensão de neutralidade” – apresenta-se, muitas vezes, ao direito de maneira vacilante e instável, na forma de uma pluralidade às vezes extensa de posições divergentes e até rivais. As instâncias públicas, estupefatas com a indecisão científica e técnica, são instadas a dizer qual posicionamento científico final deve ser adotado, quase sempre sem ter condições técnicas e atribuições políticas para fazê-lo. Todos passam a duvidar da chamada neutralidade técnico-científica, tão anunciada nos tempos do positivismo científico, tornando-se reticentes em relação a diversos temas da mais alta importância para as sociedades, como por exemplo sobre os efeitos danosos da radiação, do tabaco, de certos tipos de medicamentos ou vacinas, do uso de fontes energéticas

¹⁰⁰ Neste sentido, Miguel Prata Roque, “A dimensão transnacional do Direito Administrativo”, AAFDL, 2014, p. 918: “A coberto de um manto de tecnicidade, esses “padrões técnicos globais” afastam o administrado (e os próprios decisores públicos) de um perfeito e completo conhecimento acerca das opções valorativas neles contidas.”.

¹⁰¹ Sobre a constante labuta entre cientistas “conservadores” e “inovadores”, Floriano de Azevedo Marques Neto, em “A superação(...)”, obra citada, p. 91

¹⁰² Já referenciada.

¹⁰³ Sobre a existência de fenômenos caóticos na natureza, James Gleick, em “Caos. A construção de uma nova ciência”, Ciência aberta, 2013.

“sujas” e “limpas” ou, ainda, sobre a utilização adequada de técnicas de despoluição de rios e mares, descarte correto de resíduos sólidos e políticas econômicas mais ou menos liberalizantes; estas controvérsias apenas servem para demonstrar que a certeza técnico-científica, em muitos casos, não pode ser tratada pelas instâncias políticas senão como uma mera pretensão de neutralidade; mesmo a discussão científica e técnica em torno do marco inicial da vida humana encontra-se, como é sabido, carregada de subjetivismos e pré-juízos morais, éticos e religiosos¹⁰⁴.

Em apertada síntese, podemos, a partir de agora, apresentar algumas razões interconexas que podem ser apontadas como causa para a pluralidade de normas técnicas sobre o mesmo problema: a) divergências técnicas quanto aos resultados de uma pesquisa científica decorrentes de pré-compreensões, legítimas ou ilegítimas, incompatíveis entre si; b) apresentação de técnicas diferentes para o mesmo resultado prático, c) limitação da ciência para refutar todas as normas técnicas existentes sobre um mesmo assunto; d) revoluções científicas; e) erro humano; e f) fraude.

No primeiro caso, é possível que subsistam, no mesmo tempo histórico, divergências quanto às técnicas a serem empregadas para a solução de alguma situação da vida que se pretende ver resolvida pela ciência e pelo direito. Como já dissemos anteriormente, ainda que não exista (embora também possa haver) divergência quanto aos paradigmas científicos existentes - no campo das ciências, naturais ou históricas -, pode ser que subsistam dissidências, baseadas em pré-juízos (legítimos ou não), quanto à melhor técnica usada para a aplicação de tal conhecimento científico¹⁰⁵.

Tal situação de divergência técnica poderá ser ainda mais intensa caso não exista consenso sequer sobre tais paradigmas teóricos. Nessas hipóteses, a divergência quanto

¹⁰⁴ Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 61/62, dá um panorama técnico sobre esta discussão no mundo acadêmico: “Quando começa a vida de um ser humano? Há dois momentos singulares: o da fertilização do óvulo pelo espermatozoide e o do parto. Pelo meio ficam nove meses de estados intermediários que evocam toda uma gama de probabilidades entre as certezas do sim e do não, características da mecânica quântica.”

¹⁰⁵ Thomas S. Khum, em “A estrutura(...)”, obra citada, p. 74/75: “Os cientistas podem concordar quanto ao fato de Newton, Lavoisier, Maxwell ou Einstein, terem produzido uma solução, aparentemente permanente, para um grupo de problemas extraordinários, e discordarem, não obstante, muitas vezes sem disso terem consciência, no que toca as características abstratas específicas que explicam o caráter permanente dessas soluções(...)Quer dizer, os cientistas podem estar de acordo quanto à identificação de um paradigma e não estarem de acordo quanto a uma completa interpretação ou racionalização do mesmo ou sequer quanto à intenção de procurar interpretá-lo ou racionalizá-lo.”

aos fundamentos científicos a serem seguidos certamente também provocará, por consequência, divergências quanto à aplicação deste conhecimento por intermédio da técnica. Presume-se que para cada paradigma exista, ao menos, uma solução técnica. Havendo mais paradigmas aceitos, mais soluções técnicas apresentar-se-ão. Tal fenômeno será extremamente recorrente no campo das ciências históricas, mais expostas ao contágio de pré-juízos (de fundo ideológico, religioso, cultural, social, político etc.) e a uma descontextualização intencional. No campo da macroeconomia, não faltarão divergências quanto às soluções técnicas para fenômenos como inflação, crescimento econômico, redução de índices de pobreza, política tributária etc.

No segundo caso, as soluções técnicas, na condição de instrumentos para a resolução de problemas práticos à luz da razão científica, podem apresentar os mesmos resultados, sem que se possa perceber substanciais diferenças científicas ou valorativas entre elas. Enquanto meio instrumental, mais de uma técnica pode ser executada sem maiores consequências do ponto de vista do resultado técnico a ser alcançado, para solucionar um problema prático. Como dissemos em outra passagem, uma certa orientação científica pode ser aplicada de mais de uma forma, sem que se consiga identificar maiores diferenças, em termos de eficiência, entre as propostas técnicas.

No terceiro caso, algumas técnicas podem surgir com base em conhecimentos científicos reconhecidos, entretanto, dúvidas fundadas poderão subsistir, em virtude da incapacidade de a ciência refutar tecnicamente todas as soluções apresentadas quanto à tecnologia mais adequada na aplicação de paradigmas científicos estabelecidos¹⁰⁶. Nesses casos, nota-se a presença de paradigmas aceitos para o desenvolvimento de norma técnica sem que a ciência, contudo, reúna condições para refutar todas as soluções apresentadas. Em cenário como esse, parece-nos forçoso reconhecer a legitimidade da pluralidade de soluções técnico-científicas, já que não inteiramente afastadas pela ciência. Exemplificando, durante muitos anos o desenvolvimento de telhas de amianto para uso em habitações populares e indústrias foi visto como uma solução barata e tecnicamente eficaz no âmbito da engenharia civil. Foram precisos alguns anos para a própria ciência refutar esta opção técnica, comprovando seus malefícios à saúde humana. Como negar que, enquanto não havia um veredito da ciência, mais de uma solução técnica coexistiu no mercado da construção? O caso dos efeitos da radiação em relação à saúde humana é

¹⁰⁶ Entendendo que a refutação exaustiva é uma utopia, Jorge Calado, “Limites...”, obra citada, p. 69.

também emblemático neste sentido. Afinal, a radiação que emana de antenas de telefonia, aparelhos telefônicos, computadores e fornos de micro-ondas causa malefícios à saúde humana ou não? Provavelmente, há uma única resposta a esta indagação: sim ou não; entretanto, o estágio atual da ciência não é capaz de apontá-la de forma incontestável, ainda que se possa identificar os interesses por trás de todo o debate. Outro caso importante de divergência no campo das ciências farmacológicas é o do medicamento para artrite crônica Vioxx, droga que entre 1999 e 2004 permaneceu no mercado, com a chancela da *Food and Drug Administration* (FDA)¹⁰⁷. Tal remédio, que gerou uma receita de 2,5 bilhões de dólares ao seu fabricante, provocou mais de cem mil ataques cardíacos e sessenta mil mortes. Ou seja, a ciência, por longos cinco anos, não reuniu condições, mesmo estando no terreno das ciências biológicas, para refutar cientificamente as bases teóricas que levaram à aprovação do produto para o mercado consumidor pelo órgão técnico americano mais importante nesta matéria, período em que mais de uma solução técnica para o tratamento de artrite crônica coexistiu nos mundos prático e do direito. Por fim, as próprias nanotecnologias, tão festejadas, ainda não foram absolutamente testadas e, no entanto, são largamente utilizadas em diversos setores da indústria. Enquanto a ciência não apresentar resultados seguros quanto aos efeitos de sua utilização, não se saberá se as soluções técnicas baseadas nesta tecnologia devem ou não ser rechaçadas¹⁰⁸.

É possível, ainda, que ocorra o que se convencionou chamar de revolução científica. A história está repleta de casos em que cientistas simplesmente rompem com os paradigmas científicos anteriores, passando a questionar os resultados de pesquisas precedentes em face daqueles apresentados por eles à comunidade científica. Como lembra Paul Boghossian¹⁰⁹, muitas revoluções científicas marcaram a história da ciência e merecem, por esta razão, ser lembradas e celebradas: a passagem do sistema ptolomaico para o heliocêntrico copernicano, a substituição das teorias de Aristóteles sobre o movimento dos corpos pelas de Newton e a ruptura com a mecânica newtoniana a partir da teoria da relatividade de Albert Einstein são exemplos clássicos de quebra de paradigma científico. Durante o tempo de crise destes paradigmas e enquanto houver dúvidas fundadas, reconhecidas pela ciência, a respeito da credibilidade dos novos

¹⁰⁷ Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 77/78.

¹⁰⁸ A existência de controvérsias científicas insanáveis encontra-se inclusive formalizada num documento elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) denominado “Diretrizes para o desenvolvimento de medidas preventivas em áreas de incertezas científicas.”.

¹⁰⁹ “O Medo(...)”, obra citada, p. 146.

conhecimentos científicos, inegavelmente haverá coexistência de técnicas sobre um mesmo assunto¹¹⁰. Neste período de sombras e incertezas, o direito não terá condições de dizer, do ponto de vista da ciência, quais paradigmas devem ser seguidos.

Por fim, importante ainda consignar que eventuais controvérsias técnicas podem advir simplesmente do erro¹¹¹ ou da fraude¹¹². A Revolução Industrial, que trouxe muito progresso econômico às nações, transformou inegavelmente a relação do homem com a ciência, tornando-a, muitas vezes, incestuosa. O tempo em que apenas a curiosidade movia as mentes de cientistas, quase sempre oriundos das classes mais abastadas ou financiados por elas, já faz parte de um passado romântico e distante. Com a consolidação do capitalismo, a técnica passou à condição de mercadoria mensurável economicamente. As pesquisas científicas passaram a ser financiadas por grandes corporações, públicas e privadas, e a ser publicadas em prestigiadas revistas internacionais. Deu-se início a uma verdadeira corrida aos financiamentos de pesquisas, cada dia mais sujeitos à lógica de mercado. Patentes passaram a valer verdadeiras fortunas e seus registros a gerar ansiedade e cobiça num novo tipo de homem: o cientista-inventor¹¹³. Por tudo isso, a cada dia torna-se mais comum presenciar debates acadêmicos nas áreas mais diversas da ciência e que perduram por muito tempo até que se possa identificar tecnicamente tais fraudes e erros crassos¹¹⁴. Enquanto a ciência não reúne condições para identificar erros e fraudes,

¹¹⁰ Thomas S. Khum, em “A Estrutura(...)”, obra citada, p. 122, descreve o cenário da comunidade científica diante de uma revolução científica: “(...)Um fator ainda mais importante de mudança é a natureza divergente das numerosas soluções parciais que resulta do fato de a atenção dada ao problema se ter agora generalizado. Os primeiros ataques ao problema recalcitrante seguirão de perto as regras do paradigma. Mas com a contaminação da resistência, mais e mais dos ataques que lhe são dirigidos implicarão ligeiros, ou não tão ligeiros, reajustamentos do paradigma, nenhum deles igual aos outros, cada um saindo-se parcialmente bem, mas nenhum suficientemente bem-sucedido de modo a poder ser aceito como paradigma pelo grupo(...)Mesmo soluções para problemas consolidados começam a ser postas em questão.”

¹¹¹ Admitindo o erro na ciência, Karl Popper, “O mito do contexto. Em defesa da ciência e da racionalidade”, Biblioteca de filosofia contemporânea, 2015, p. 202.

¹¹² Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 76, cita um caso, ocorrido na Inglaterra, no qual um médico-cirurgião chamado Andrew Wakefield publicou um estudo sobre uma suposta relação entre autismo e a vacina tripla contra sarampo-caxumba-rubéola. Tratava-se pura e simplesmente de uma fraude, motivada pelo interesse de seu autor de patentear uma outra vacina contra o sarampo. Ocorre que, até a fraude ser identificada, vigorou no mundo acadêmico mais de uma visão técnica sobre os efeitos da mencionada vacina. Ao final, o cientista acabou acusado de doze crimes.

¹¹³ Um caso emblemático é o da patente dos DNAs BRCA1 e BRCA2, cujas mutações correlacionam-se ao câncer de ovários e mama. A Suprema Corte americana negou seu registro por entender que não constituía “invenção”, mas apropriação de bem da natureza.

¹¹⁴ Jorge Calado, em “Limites(...)”, obra citada, p. 93, chama a atenção para os casos de retratações de artigos científicos publicados em revistas renomadas como *Science* e *Nature* em temas biomédicos. Segundo o autor, no ano de 1976, apenas três artigos foram retirados. Em

normas técnicas diversas poderão coexistir no mundo das ciências sem que qualquer instância, técnica ou não, possa adotar qualquer ação que a impeça.

Com efeito, outras causas para a pluralidade de saídas técnicas para problemas reais poderão surgir. A complexidade do mundo e a riqueza dos fatos não nos autorizam a enumerar, em *numerus clausus*, as hipóteses em que mais de uma norma técnica irá se candidatar a resolver assuntos de ciência aplicada. Importante mesmo, para os fins deste trabalho, é registrar a existência deste fenômeno para, a partir dele, refletir sobre suas consequências no campo do Direito Administrativo, sobretudo, sobre a possibilidade de a Administração ser instada a escolher uma solução técnica num cardápio mais extenso de opções.

i.1) O que esperar do direito em caso de pluralidade técnica?

É importante registrar que, ao mencionar o tema da pluralidade de soluções técnicas, central quando tratarmos da discricionariedade técnica, não estamos rejeitando a existência de uma única verdade científica, como parece apontar o relativismo de Thomas Khum e Bernard Feltz¹¹⁵, tampouco defendendo a existência de neutralidade racional, como Karl Popper¹¹⁶. Não. Esta discussão, de cunho filosófico e epistemológico, não está posta neste trabalho e não pretendemos trazê-la à baila. Nossa intenção é apenas refletir sobre o papel do direito diante da indefinição científica sobre temas que, ao final, desembocarão na formulação de normas técnicas de interesse jurídico.

Explico a razão deste posicionamento: para o direito, enquanto não fonte de conhecimento científico que não seja jurídico, importa apenas a mera constatação da existência de uma pluralidade de normas técnicas para a resolução do mesmo problema empírico. Nada mais. A resolução de conflitos entre teorias científicas de alta sofisticação

2009, esse número subiu para oitenta e três artigos, um aumento de dez vezes. Tudo isso para demonstrar que, mesmo no campo das ciências biomédicas, podem existir fortes controvérsias.

¹¹⁵ Em “A ciência(...)”, obra citada, p. 84: “Numa perspectiva pós-kantiana, a par de uma racionalidade epistêmica, que visa o conhecimento da realidade, falamos de racionalidade hermenêutica, que visa o significado da realidade. E o registro do significado é ele próprio habitado pela racionalidade, mas de uma maneira diferente da racionalidade epistêmica. No domínio dos significados, a racionalidade desemboca num irreduzível pluralismo, o que conduz à distinção entre processo racional e processo razoável.”

¹¹⁶ Karl Popper, em “O mito do contexto(...)”, obra citada.

não deve ser objeto do direito, que não pode assumir a função de “tribunal das ciências”. Por isso, o relativismo à qual estamos nos referindo, independente de sua existência ou não no plano epistemológico, é meramente jurídico. O direito (e as instituições que o interpretam) não reúne condições para, política ou juridicamente, dirimir dúvidas de ordem científica. A tarefa de buscar desvelar verdades científicas ocultas compete à comunidade científica, e não ao direito; por esta razão, as instâncias estatais que o interpretam devem apenas constatar e respeitar a existência desta divergência enquanto realidade fática e decidir qual norma técnica será aplicada, não com base em argumentos científicos, mas exclusivamente jurídicos ou políticos. O direito, ainda que comprometido com sua verdade científica, não pode ser instado a desvelar a verdade científica de outras ciências. O rechaçamento pelo direito de normas técnicas apenas torna-se possível quando a própria comunidade técnica as rejeita com fundamentos científicos, como parece ter sido o caso da substância fosfoetanolamina no julgamento liminar do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Noutras situações, a avaliação de conteúdos técnico-científicos deve considerar apenas seu ajustamento a regras e princípios do direito, e não da ciência. Enquanto ciência histórica aplicada, o direito tem a sua própria maneira de argumentar, que não pode ser vista como conglobante em relação a todas as outras ciências.

Destarte, ao direito importa saber, sem entrar no mérito científico das discussões iniciadas em outros foros, se para um mesmo contexto existe mais de uma norma técnica aplicável. Em caso positivo, terá que acionar seus mecanismos de defesa a fim de encontrar aquela(s) solução(ões) que melhor se ajuste(m) às suas regras, princípios e valores. Entendimento diverso, obrigaria, no caso do Direito Administrativo, a Administração Pública e, na sequência, os tribunais, a perquirirem, eles próprios, a verdade universal subjacente ao debate científico que culminou com o surgimento de uma pluralidade de soluções técnicas, o que destituiria estas instâncias estatais de seu papel constitucional de meros operadores do direito, transformando-as em agentes produtores de conhecimento científico. Por exemplo, sabe-se que há várias posições acerca do instante exato em que a vida se inicia. Para uns, desde a concepção; para outros, a partir da nidação ou do nascimento. Pergunta-se: cabe ao direito entrar no mérito da discussão científica? Desenvolver estudos técnicos para, enfim, proclamar a verdade? Segundo temos sustentado, não. A solução a ser dada pelo direito deve ser eminentemente jurídico-política, isto é, diante da pluralidade de opções, cada Estado, por meio de seus poderes,

deve anunciar sua posição jurídica entre as existentes com base em argumentos, não científicos, mas político-jurídicos. O que não nos parece possível será a proclamação, via política, da verdade científica por detrás do debate técnico-científico. É que o direito, embora tenha autorização para controlar os avanços da ciência, não tem por missão “fazer ciência” ou “dizer ciência”, sob pena de se tornar uma instância supracientífica.

Em resumo, não obstante sua formulação objetiva, entendemos que as normas técnicas devem ser consideradas, para serem tidas como reais instrumentos técnicos de aprimoramento da vida em sociedade, não mais de forma idealizada, como se seu conteúdo, infalível e neutro, tivesse que ser acolhido ingenuamente pela comunidade política como resultado de uma realidade inexorável e inevitável, mas sim de forma crítica, cidadã e, principalmente, contextualizada. Para nós, a pluralidade de soluções técnicas deve ser vista com naturalidade e sem mistificações. Ignorar o componente humano que permeia a aplicação do conhecimento científico seria o mesmo que negar a possibilidade de concepções morais (ou imorais), ideológicas, culturais, religiosas, etc. influenciarem, por conta da liberdade científica de cada um, a atividade interpretativa de homens e mulheres. Seres humanos, além de falíveis, estão situados no contexto político em que vivem e, por esta razão, estão eternamente condenados à divergência, ao erro e à fraude. O direito deve saber reconhecer esta realidade e, dentro dos seus limites de atuação, zelar por suas regras e princípios, promovendo a contextualização social da técnica. Apesar da força que o tecnicismo imprime nas sociedades de hoje, ao direito cabe contextualizar historicamente as soluções técnicas apresentadas e incorporar apenas aquelas que se revelarem compatíveis com cada comunidade. Não se trata de sacralizar ou demonizar¹¹⁷ a técnica, o que seria ingênuo, mas de garantir um uso constitucionalmente adequado de padrões tecnocráticos, que, como já se ventilou, têm potencial escravizador. Em sentido semelhante, Kart Hubner¹¹⁸ alerta para a importância de situar a técnica no seu âmbito cultural. Com isso, o filósofo alemão sublinha a

¹¹⁷ Como parece fazê-lo o modelo pós-moderno, que nega a autonomia da ciência, passando a tratar o discurso científico como meramente retórico. Neste sentido, Bernard Feltz, “A ciência(...)”, obra citada, p. 117.

¹¹⁸ “Crítica(...)” obra citada, p. 245: “Compreender historicamente a técnica significa conceber a sua história como uma história dos seus objetivos e normas fundamentais. Careceria de sentido histórico se esses objetivos enormes permanecessem imutáveis, se os desenvolvimentos técnicos tivessem lugar apenas dentro de limites rigorosamente estabelecidos. Mas justamente as mudanças fundamentais da autocompreensão da técnica, como se podem observar, em grandes traços, sobretudo nas alterações radicais da Antiguidade para a Idade Média e da Idade Média para a Idade Moderna mostram que a técnica deve ser historicamente compreendida.”

necessidade de não se conferir à técnica um tratamento mitológico ou metafísico, como se não houvesse alternativa para o tecnicismo, bem como se não houvesse consequências sociais e culturais advindas de seu uso¹¹⁹. O direito cumprirá seu papel sempre que, em defesa dos valores da ordem jurídica, contextualizar o tecnicismo no ambiente jurídico em que este estiver inserido, passando a prevenir-se e precaver-se dos malefícios sociais da técnica¹²⁰. Sua busca não deve ser pela verdade da ciência, mas, assumida sua total incompetência para desvelá-la, pela norma técnica mais comprometida com a juridicidade. Tomar partido no debate científico seria superdimensionar o tecnicismo, como se dele não houvesse consequências externas; como se a técnica não fosse nem boa nem má: fosse neutra no conteúdo e em seus efeitos.

Daí conclui-se que a pretensão de neutralidade de normas técnicas induz, na maior parte dos casos, a não neutralidade de seus efeitos. Explico.

Em que pese a pretensa neutralidade do conhecimento técnico-científico – que, como vimos, não deve ser considerada em caráter absoluto -, as normas técnicas, mesmo aquelas dotadas de menor caráter interpretativo, não produzirão efeitos sociais neutros. Mesmo o conhecimento mais matematizado pode acarretar, ao converter-se numa técnica, as consequências mais diversas. A história está repleta de bons e maus exemplos disso provenientes do uso da técnica. Não por outra razão, Gadamer dizia que o técnico é aquele que se encontra “entre a ciência e a prática político-social.”¹²¹

Por isso, não devemos olvidar que a técnica, enquanto ciência aplicada, não pode ser compreendida pelo direito apenas em relação ao seu conteúdo técnico-científico, mas

¹¹⁹ Baseada em sua distinção entre tecnologia e técnica, ensina Barnard Feltz, “A ciência(...)”, obra citada, p.: 106: “Temos que sublinhar que, se o especialista tem competência sobre a técnica, a sua competência sobre a escolha social é muito mais limitada. Nesse domínio ele não se distingue do cidadão comum(...)Com efeito, uma escolha tecnológica deve ter em conta as implicações sociais da introdução técnica na sociedade, dito de outra forma as implicações econômicas, sociais, organizacionais, culturais(...)Se o especialista é competente do plano da técnica, não apresenta qualquer competência particular no plano das consequências sociais da introdução dessa técnica.”

¹²⁰ Muito provavelmente, desta base filosófica derivam os princípios jurídicos da precaução e da prevenção, muito utilizados em matéria de Direito Ambiental. Bernard Feltz, “A ciência...”, obra citada, p. 115, traça uma distinção filosófica entre eles: “Numa lógica da prevenção, visamos evitar os perigos conhecidos cuja probabilidade pode ser analisada quantitativamente; numa lógica da precaução, visamos levar em conta o fato de que os fenômenos hipotéticos, cuja existência não está cientificamente verificada, podem surgir: estamos no registro do desconhecido, logo do não quantificável.” Entendendo ser o princípio da precaução a pedra de toque entre direito e ciência, Marc Tárres Vives, “Normas (...)”, obra citada, p. 144.

¹²¹ Frase citada por Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra citada, 154.

também tendo em conta seus efeitos político-sociais e seu maior ou menor acolhimento por parte da comunidade política que, no final de contas, sofrerá seus impactos. Ao direito, enquanto ciência histórica aplicada, não compete acolher soluções técnico-científicas de forma subserviente e acrítica sem antes contextualizá-las juridicamente, incorporando-as à sua linguagem segundo os princípios vigentes de cada lugar. Dito de outra maneira, ao direito mais importa fazer bom uso da técnica para beneficiar-se dos seus efeitos positivos do que discutir a tecnicidade do conhecimento debatido na comunidade científica a fim de conferir-lhe validade. Portanto, seu papel é o de legitimar politicamente a técnica, humanizando-a, e não “fazer ciência”.

Em uma ordem jurídica centrada em direitos, sobretudo aqueles tidos por fundamentais, será de extrema importância a atenção dispensada pelo direito e suas instâncias ao juízo de aceitação ou não dos efeitos político-sociais de soluções técnicas para dar cabo de problemas práticos. Sua atenção redobrada, marcada pelas ideias de prevenção e precaução, justifica-se diante da necessidade de proteção de direitos fundamentais mesmo em face de avanços científicos muitas vezes confundidos com o conceito vago de interesse público; será o respeito por parte das instâncias estatais pela preservação dos princípios das comunidades políticas que assegurará aos seus membros uma inserção social de normas técnicas em respeito à juridicidade vigente. Sem um cálculo prévio dos riscos¹²², não haverá como o direito acautelá-lo das consequências do mau uso da técnica.

3. As normas técnicas e o problema da legitimidade democrática

Como depreende-se do exposto acima, as normas técnicas não resultam de um fenômeno produzido intramuros do direito, mas sim por instâncias tecnocráticas, públicas ou privadas, ainda que com a chancela da ordem jurídica. Em poucas palavras, o direito, em si, não é fonte das ciências. Ou seja, as normas técnicas, para que produzam algum efeito jurídico, dependem de textos normativos jurídicos que lhes confirmem o correto disciplinamento, sem os quais não passarão de soluções técnico-científicas objetivamente definidas extramuros. Sua inserção, sem qualquer base normativa, careceria de

¹²² Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra cita, p. 215/216, chama a atenção para riscos em três setores principais riscos: meio ambiente, economia e genética.

componente primordial em Estados democráticos de direito: a legitimidade democrática. Não devemos olvidar que aqueles que formulam normas técnicas não recebem da sociedade qualquer poder para representá-la nos assuntos de seus interesses e, portanto, a maneira como interferem na vida dos cidadãos sempre dependerá da correta mediação por parte dos órgãos democraticamente legitimados a autorizar a entrada de tais normas na ordem jurídica, segundo a dose que melhor ajustar-se aos princípios e regras do sistema normativo, sobretudo aqueles que visam proteger direitos fundamentais¹²³ e os interesses coletivos mais relevantes; se as instâncias políticas se descurassem desta exigência jurídica, todos correriam o risco de viver sob a égide, não de um Estado de direito, mas em uma infeliz ditadura tecnocrática¹²⁴. Na esteira da advertência do autor espanhol Marc Terrés Vives, o “elemento tecnocrático” não pode jamais prevalecer sobre o “elemento democrático”¹²⁵.

Por esta razão, não será admissível, em hipótese alguma, que normas técnicas assumam o papel de normas jurídicas, passando a disciplinar inadvertidamente, a partir de soluções científicas, situações da vida. As normas técnicas têm, porque tratam de fenômeno científico (e não jurídico), natureza complementar e auxiliar e impõem ao direito, em matérias técnicas, a tarefa de regular juridicamente situações concretas a partir de resoluções técnico-científicas juridicamente incorporadas, contextualizando-as. Eventual “transcendência constitucional”¹²⁶ das normas técnicas não deve servir de pretexto para afastar do debate público entes politicamente legitimados e constitucionalmente designados para regular a vida em sociedade em favor de entidades, quase sempre privadas, responsáveis pela criação de conteúdos técnicos sem qualquer respaldo político da comunidade jurídica.

Como resultado desta ausência de legitimidade democrática, normas jurídicas produzidas por entes políticos, com destaque para o Poder Legislativo como mandatário direto da soberania popular, devem, direta ou indiretamente, servir de fundamento normativo para a inserção de normas técnicas no ordenamento jurídico, tornando possível

¹²³ Sobre a necessidade de colocar a pessoa humana no centro do debate sobre as soluções apresentadas pela ciência, Giovanni di Rosa, in, “Dai principi alle regole(...)”, obra citada, p. 31.

¹²⁴ Sobre os riscos de uma sociedade tecnocrática transformar-se em sociedade totalitária, Paulo Otero, “A Democracia(...)”, obra citada, p. 179 e seguintes. Neste mesmo sentido, Rogério Soares, “Direito Público(...)”, obra citada, p. 187.

¹²⁵ “Las normas(...)”, Obra citada, p. 155.

¹²⁶ J. Montoro Chiner “La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia”, Atelier, Barcelona, 2001, p. 58.

que realidades extrajurídicas penetrem no direito com a devida chancela dos órgãos democraticamente legitimados¹²⁷.

3.1 A questão da deslegalização e o alegado déficit de legitimidade democrática

Questão da mais alta relevância consiste em saber se, além dos órgãos legislativos, outros entes públicos, em especial a Administração Pública, poderiam, em certas circunstâncias, por força de delegação legislativa em sentido amplo, exercer poderes normativos com o objetivo de incorporar normas técnicas. Discute-se, nesta matéria, se a atuação de entes públicos não legislativos não contribuiria para a corrosão da própria democracia ao importar conteúdos técnico-científicos, ao largo da política parlamentar, para o interior da ordem jurídica. Tal problemática, de difícil desenlace, tem sido introduzida em razão de recente surto inflacionário no campo normativo¹²⁸, recorrentemente atribuído à necessidade cada dia mais evidente de regulação administrativa dos mais diferentes assuntos com velocidade incompatível com o processo legislativo tradicional, quer do ponto de vista técnico-científico, quer do ponto de vista político¹²⁹.

Em uma sociedade cada dia mais complexa têm sido levantados enormes questionamentos quanto à capacidade das estruturas políticas tradicionais darem cabo de tantas atribuições, sobretudo no que se refere à atividade legiferante do parlamento em matéria de regulação técnica¹³⁰, realidade que repercute diretamente na necessidade do redimensionamento do alcance da atividade desenvolvida por outros órgãos com menor

¹²⁷ Neste sentido, Esteve Pardo, “Técnica, riesgo y Derecho”, Civitas, Madrid, 1999, p. 39/40.

¹²⁸ Sobre o que denominou de processo de “motorização do legislativo”, Rogério Soares, “Direito(...)”, obra citada, p. 175 e seguintes.

¹²⁹ Sobre a pluralidade de fontes do Direito Administrativo como causa do surgimento de um “neofeudalismo jurídico”, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 440.

¹³⁰ Neste sentido, Sérgio Guerra, “Discricionariedade, regulação e reflexividade”, Fórum, 2013, p. 95. Na Espanha, por exemplo, segundo informa Marc Terrés Vives, “La norma(...)”, obra citada, p. 164, a Lei Espanhola de Indústria, que trata, dentre outras coisas, de aspectos relacionados à segurança com que indústrias desempenham suas atividades, com enorme repercussão no âmbito dos direitos fundamentais à integridade física e à vida das pessoas, claramente confere poderes ao Conselho de Ministros, órgão executivo, para regular tecnicamente a matéria, mantendo no âmbito legislativo apenas uma regulação minimalista.

legitimidade democrática no campo normativo¹³¹. Portanto, o que se busca saber aqui é se seria possível um sistema normativo conviver, diante da necessidade comprovada de delegar a outros entes, sobretudo à Administração Pública, a tarefa de normatizar temas que, direta ou indiretamente, interferem nas esferas jurídicas dos particulares, com o déficit de legitimidade democrática advindo da renúncia, ainda que parcial, do Poder Legislativo de legislar¹³². E, caso seja admissível, como compatibilizar tal cenário com o referido princípio da legalidade administrativa¹³³, base angular de todo processo democrático tradicional?

Grosso modo, o fenômeno que se quer discutir aqui já é há muito conhecido: a deslegalização. Ou seja, órgãos legislativos “deslegalizam” matérias típicas do parlamento, como aquelas que interferem na esfera jurídica dos cidadãos, passando a autorizar que alguns temas possam ser regulados por outros entes, como, por exemplo, a Administração Pública.

Ao contrário do que sustentam aqueles que não admitem a chamada deslegalização, entendemos não haver maiores óbices jurídicos à preservação da legitimidade democrática do legislador nos casos de ampliação de poderes normativos a outros entes¹³⁴. Afinal, mesmo em matéria restritiva de direitos, a legitimidade democrática do

¹³¹Sobre a nova configuração da divisão de poderes no atual modelo de Estado social, resultado do aumento das atribuições normativas da Administração Pública e governamentais do parlamento, Jorge Reis Novais, “Princípios(...)”, obra citada, p. 34. Sobre o aumento do papel regulador estatal, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 301. Sobre a função reguladora do Estado pós-social, Vasco Pereira da Silva, “Contencioso administrativo no divã da psicanálise”, Almedina, 2014, obra citada, p. 154 e seguintes. David Epstein e Sharyn O`Halloran, em “Administrative procedures, information and agency discretion”, *American Journal of political Science*, volume 38, nº 3, 1994, p. 701, atribuem o surgimento do novo modelo regulatório à falta de tempo e de expertise do Poder Legislativo.

¹³² Sobre o problema do déficit de legitimidade democrática no âmbito das agências reguladoras, Maria Eduarda Azevedo, “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2014, p. 217/218.

¹³³ Sobre a delegação de matérias legislativas ao Executivo, Juan Carlos Cassagne, “El principio de legalidade y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, editora Marcial Pons, 2009, p. 117: “Um problema relevante surgiu a partir da constatação da insuficiência da lei para regular todas as situações originadas a partir de mudanças econômicas, sociais e tecnológicas. Da mera função aplicativa das normas que cumpria o Executivo através do exercício do poder regulamentar passou-se ao reconhecimento de atribuições delegadas (o que ocorreu também no direito norte-americano), dando lugar a admissão de poderes excepcionais de urgência para regular situações que anteriormente eram prerrogativas das leis, sendo, ainda, possível identificar em alguns textos constitucionais uma zona regulamentar independente a favor do Executivo ou de uma função regulatória residual, quando Parlamento não legisla sobre uma determinada instituição o situação geral(...)”

¹³⁴ Neste mesmo sentido, Marc Tarrés Vives, “La norma(...)”, obra citada, p. 168: “Segundo escreveu-se anteriormente, o recurso à técnica da remissão genérica por parte da lei aos

parlamento permanecerá resguardada pela anterior e imprescindível autorização legislativa “deslegalizadora”, que definirá os limites de atuação do órgão incumbido de regular a matéria¹³⁵. Ou seja, se em determinado contexto restar mais do que evidenciada, à luz das normas vigentes, sobretudo, as de índole constitucional, a necessidade de deslegalizar certos temas em favor, por exemplo, da Administração Pública, tal rearranjo de competências deve ser visto como instrumento imprescindível para a realização do direito em sua integralidade¹³⁶. Obviamente, não se está querendo dizer com isto que o próprio constituinte não possa, ele mesmo, a partir de um juízo pré-constitucional e político que considere todos os valores envolvidos, definir matérias que não poderão ser disciplinadas através de normatização administrativa, como nos casos daquelas intituladas “de reserva absoluta de lei” (lei penal que tipifica crimes, por exemplo¹³⁷). Nestes casos, será o texto constitucional, considerando a proteção de certos interesses, quem afastará expressamente, de plano, qualquer ingerência normativa da Administração Pública¹³⁸.

regulamentos técnicos é, sem dúvida, uma proposta perfeitamente adequada ao entendimento de que é o legislador quem habilita a administração a elaborar uma norma cuja evidente complexidade técnica tornaria a apreciação legislativa inadequada.”

¹³⁵ Em sentido aparentemente semelhante, Paulo Otero “Manual(...)”, obra citada, pg. 461: “Em qualquer das hipóteses, note-se, terá sempre de existir uma norma jurídica habilitante da reserva de formulação de normatividade técnico-científica, residindo aqui a fonte de validade da competência e da legitimação democrática deste poder.”. Idem, Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra citada, p. 156.

¹³⁶ Neste sentido, Sérgio Guerra, “Discrecionariade(...)”, obra citada, p. 97/99.

¹³⁷ Em relação ao Direito Português, sustenta Diogo de Freitas do Amaral, “Manual de Direito Administrativo”, volume II, Almedina, 2013, p. 516: “Sabemos que há assuntos que por força da Constituição são necessariamente matérias reservadas à lei formal, de modo absoluto ou relativo (CRP, arts 164º e 165º). Mas, fora desse domínio reservado, nada nos diz a Constituição sobre a distinção entre matéria de lei e matéria de regulamento”. Sobre o tema, importante a ressalva feita por J.J Gomes Canotilho, “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, Almedina, 1998, p. 633/634: “A reserva de lei não deve divorciar-se das estruturas constitucionais concretas de cada país, pois ela coloca problemas de delimitação de competências que só em face dos ordenamentos constitucionais positivos podem ser esclarecidos.” Também sobre o assunto, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 734, “(...)Sucedo, no entanto que, nos últimos anos, esta configuração do princípio da precedência da lei ou reserva vertical da lei, formulada nos quadros clássicos do equilíbrio subjacente ao Estado liberal oitocentista, tem sido contestada, reconhecendo-se a existência de regulamentos independentes diretamente fundados na Constituição, e nesse sentido, afirmando-se um princípio constitucional da tipicidade da exigência de uma reserva de lei: excluídos os casos de reserva de lei prevista na Constituição, a Administração Pública poderá agir com fundamento direto no texto constitucional.”

¹³⁸ Admitindo, de forma expressa, a deslegalização, salvo nos casos de reserva de lei, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 620, a saber: “A análise do posicionamento hierárquico dos actos normativos com força de lei exige ainda, por outro lado, que se esclareça a susceptibilidade dessa força de lei ser passível de sofrer uma mutação: assim através de um designado processo de deslegalização, a lei pode, total ou parcialmente, retirar à normatividade essa força de lei,

E mais, como um desdobramento do raciocínio supramencionado, a presente controvérsia, com o crescimento da importância dos princípios jurídicos, não merece ser dirimida apenas com enfoque na relevância da lei (em sentido literal) enquanto instrumento de estabilidade jurídica. Com efeito, afigura-se necessário interpretar a lei a partir do sopesamento de todos os interesses em jogo, trazendo à colação os princípios institucionalizados por cada ordem jurídica para, com foco nos valores neles encampados, dar a melhor interpretação para o caso. Em matéria técnica, marcada pelo dinamismo dos acontecimentos científicos, tais princípios poderão facilmente recomendar a confecção de textos legislativos mais abertos a serem interpretados por outras instâncias públicas¹³⁹, com a conseqüente deslegalização de certas matérias, como forma de impedir que avanços supersônicos no campo científico tornem impossíveis a elaboração de leis minimamente estáveis.

Portanto, caso em um contexto específico ficar comprovadamente demonstrado que o direito cumprirá melhor seu papel a partir da deslegalização, por lei, de determinados temas, não sendo razoável ou proporcional aguardar que o parlamento delibere exaustivamente sobre o assunto, parece-nos totalmente admissível uma normatização administrativa suplementar, mesmo em matéria de direitos. Nestes contextos extremos, qualquer entendimento diverso resultaria não na valorização de princípios considerados relevantes para o direito, mas, ao contrário, na sua degradação, em detrimento da noção mais ampla de juridicidade¹⁴⁰. Posição diversa resultaria numa visão apenas formalista e

reduzindo-a a uma norma de natureza regulamentar(...)Não obstante um tal processo de deslegalização apenas se mostrar constitucionalmente admissível no âmbito de matérias que se situam fora do domínio da reserva de lei, a verdade é que estaremos então diante de uma normatividade que, apesar de formalmente integrada num ato legislativo, carece, todavia, de força de lei, devendo o seu posicionamento hierárquico e regime jurídico basear-se na sua força regulamentar.” Neste mesmo sentido, Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Coimbra Editora, 1997, p. 209 e seguintes e Alexandre Santos Aragão, “Agências Reguladoras”, Forense, 2013, p. 450/458.

¹³⁹ Sobre a importância de “Leis abertas” em matéria técnico-científica, Eberhard Schmidt-Assmann, “La teoría general del derecho administrativo como sistema”, Marcial Pons, 2002, p. 208: “Ademais, as leis abertas são um meio indispensável para tornar possível a necessária flexibilidade e capacidade de inovação da administração frente ao desenvolvimento técnico e econômico.”

¹⁴⁰ Em relação ao direito italiano, Michele Corradino, em sua obra “Il Diritto Amministrativo”, CEDAM, 2007, p. 30, parece, ao tratar da Lei n° 400/1988, adotar o mesmo entendimento: “A disciplina introduzida pela lei acolhe o mecanismo de anulação diferida e subordina a deslegalização a uma série de condições e limites precisos: 1. A deslegalização não pode intervir em matéria sobre reserva absoluta de lei; 2. A lei de autorização deve prever normas gerais que regulamentem a matéria, sobre o qual o regulamento deve se inspirar; 3. O efeito anulatório deve vir disposto na lei, mas diferido ao momento da emanção do regulamento.”

míope do princípio da separação de poderes, já que deixaria de considerar que o resultado da atividade pública deve ser, antes de assegurar uma divisão clássica de competências, a realização do próprio direito, cuja estabilidade se encontraria ameaçada, em determinados cenários, pela incapacidade do parlamento de ajustar-se rapidamente às novas realidades da sociedade¹⁴¹, sobretudo em matérias de natureza científica e técnica, quando a Administração Pública terá que promover escolhas técnicas muitas vezes de alta complexidade.

4. O direito, a técnica e a centralidade da pessoa humana

Além de ser fundamental a compreensão de que conteúdos técnicos devem ajustar-se ao direito, a quem compete apreciar seus efeitos sociais, afigura-se igualmente relevante asseverar que, especialmente a partir do século XX, a pessoa humana e sua dignidade passaram a ocupar posição de centralidade nos textos constitucionais, de modo que qualquer avanço no campo da técnica, desde então, também passou a ter que se adequar a esta nova realidade jurídica, de maior fartura em matéria de direitos e liberdades. Com efeito, os Estados atuais passaram a fundar-se, especialmente após a II Guerra Mundial, na ideia de igual dignidade humana¹⁴², epicentro valorativo de todo sistema normativo que vise impedir a redução do homem à condição de mero objeto, destituído de parcela mínima de seus direitos mais fundamentais¹⁴³. O sistema jurídico, de maneira geral, deixou, portanto, de centralizar-se apenas na figura do Estado e de seus

¹⁴¹ Sobre o assunto, ensina Jorge Miranda, “Manual(...)”, obra citada, p. 210/211, a saber: “A qualificação de qualquer matéria como legal ou regulamentar implica um juízo do legislador, mutável a cada dia, à luz dos critérios da sua acção e observados os limites constitucionais. Ora, mal se perceberia que, no âmbito do seu poder conformador, ele não pudesse – por razões substantivas ou até por razões de simplificação de formalismos – desfazer aquilo que tivesse feito; que lhe fosse impossível baixar ao nível regulamentar, recortando os respectivos contornos, uma matéria que, precedentemente, tivesse convertido de regulamentar ou legal.”

¹⁴² Os princípios da igualdade e da dignidade humana estão tão associados que, em alguns textos constitucionais, como é o caso da Constituição Portuguesa, artigo 13º, n. 1, foram tratados no mesmo dispositivo legal: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.”

¹⁴³ Neste sentido, Juan Carlos Cassagne, “El principio(...)”, obra citada, p. 19. Em igual sentido, Jorge Reis Novais, “Os princípios(...)”, obra citada, p. 39: “(...)é a proteção dos direitos fundamentais que justifica o objetivo de limitação do Estado, pelo que a certeza e a segurança jurídica e as técnicas formais que lhes vêm associadas só cobram o verdadeiro sentido e são susceptíveis de ser consideradas como valores desde que integradas, vinculadas e subordinadas à realização de igualdade e justiça material na sociedade dos nossos dias.”

interesses e na proteção de reduzidos direitos de liberdade e passou a guiar-se segundo a ideia antropocêntrica de dignidade humana e proteção de direitos humanos, não só de liberdade, mas também de natureza social e política¹⁴⁴. Em suma, na modernidade, o homem torna-se titular de uma maior quantidade de direitos e a ser visto, não como meio para a realização de interesses coletivos, mas como um fim em si mesmo; em contrapartida, o Estado (e a Administração Pública por consequência) torna-se mero instrumento concretizador de valores e princípios que inspiram a ordem jurídica¹⁴⁵, devendo, antes da tomada de qualquer decisão, considerar, como limitação de seu atuar, os direitos fundamentais institucionalizados em cada comunidade por meio de constituições escritas ou não. Segundo as palavras acertadas de Dworkin, que merecem ser citadas excepcionalmente em sua íntegra, “*a instituição de direitos contra o governo não é um presente de Deus, um antigo ritual ou um esporte nacional. É uma prática complexa e problemática que torna mais difícil e mais cara a tarefa governamental de assegurar o bem-estar geral(...) Quem quer que professe levar os direitos a sério e que elogie nosso governo para respeitá-los, deve ter alguma ideia do que seja esse objetivo. Deve aceitar, no mínimo, uma ou duas ideias importantes. A primeira é a ideia vaga, mas poderosa, da dignidade humana*¹⁴⁶”.

Em apertada síntese, o Estado de direito atual, escaldado com experiências passadas que priorizaram avanços econômicos, tecnológicos ou científicos em detrimento do homem e de sua dignidade, passou então a não tolerar qualquer convivência com violações a direitos fundamentais praticadas em seu nome¹⁴⁷ por força de prévia

¹⁴⁴ Neste sentido, Paulo Otero, “Pessoa Humana(...)”, obra citada, p. 351/353: “Importa ter presente, todavia, que a justiça, a segurança e a liberdade nunca podem deixar de estar ao serviço do homem vivo e concreto e da sua inalienável dignidade: aqui reside, em última análise, a razão de ser do fenômeno constitucional(...). O Estado e todas as restantes instituições políticas apenas se compreendem ao serviço da pessoa humana, sabendo-se que não é o homem que existe para elas, antes são elas que encontram na pessoa humana o fundamento da sua existência e o critério teleológico de ação”. Sobre especificamente questões relacionadas ao progresso técnico-científico, o autor lusitano, em “A democracia(...)”, obra citada, p. 181 e seguintes, chega a anunciar a existência de um princípio de *ius cogens* segundo o qual nenhuma investigação e experimentação poderão ocorrer contra a dignidade da pessoa humana ou em termos atentatórios da própria vida humana: “Em suma, sem qualquer orientação axiológica e ética, a investigação científica e o progresso tecnológico mostram-se susceptíveis de se tornarem instrumentos contra o homem, a sua vida e a sua dignidade, convertendo-se em alicerces de uma cultura totalitária.” Em sentido semelhante, Antônio Pedro Barbas Homem, “O Justo(...)”, obra citada, p. 50.

¹⁴⁵ Neste sentido, Jorge Reis Novais, “Os princípios(...)”, obra citada, p. 52 e seguintes.

¹⁴⁶ “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 304.

¹⁴⁷ Citando Fikentsher, Antônio Pedro Barbas Homem, “O justo(...)”, obra citada, ensina que “a essência do Estado de direito reside no juízo segundo a qual, se a maioria representa os valores,

vinculação constitucional¹⁴⁸. Em matéria técnico-científica, cujas resoluções de mesma natureza precisam ser incorporadas ao direito através de normas jurídicas, o problema da dignidade humana assume enorme importância. Em sociedades cada dia mais “tecnocratizadas”, e que acabam por transformar o jurista em uma espécie de farmacêutico a manipular componentes técnicos¹⁴⁹, os limites que servem como contenção, em nome da dignidade humana, dos avanços tecnológicos e científicos nem sempre estão postos de maneira bem definida. Por esta razão, nunca foi tão atual a discussão em torno do papel desempenhado pelas normas técnico-científicas na solução de problemas jurídicos em contraposição aos efeitos, mais ou menos restritivos, que suas inserções normativas podem produzir nas esferas jurídicas dos cidadãos e de seus direitos. Por conta desta permanente tensão entre os benefícios sociais prometidos pelas ciências e toda a preocupação gerada por possíveis danos aos direitos do homem, podemos fixar, desde já, como premissa fundamental deste trabalho, sem prejuízo de seu maior aprofundamento em momento próprio, que a autorização e importação de normas técnicas pelo direito - e a subsequente formação de um regime jurídico de conteúdo técnico-científico - deve, *prima facie*, colocar-se a serviço da dignidade humana e dos demais valores a ela correlatos, e nunca o contrário. Pouco importam os resultados anunciados pela comunidade científica em termos utilitaristas, nenhuma norma técnica poderá ser inserida em um ordenamento jurídico contra a dignidade do homem ou em restrição inconstitucional dos princípios instituidores de direitos fundamentais; tais regras técnicas, na qualidade de “convidadas ilustres”, apenas poderão ser inseridas no universo do direito caso estejam em consonância com aqueles valores e princípios¹⁵⁰, apresentando-se como solução “humanizadora”. Ao admitir-se o contrário, estar-se-ia tolerando a existência de modelo constitucional minimizador da ideia de valorização do homem (com supervalorização da noção de interesse público) que, diante dos proveitos científicos alardeados, poderia vir a autorizar sacrifícios irrazoáveis a direitos fundamentais além do

haveria certos “valores fundamentais” que se não encontram submetidos à decisão da maioria: o relativismo da valorização pela maioria apoia-se numa absolutização dos direitos fundamentais.”

¹⁴⁸ Entendendo ser o caráter vinculativo dos direitos fundamentais uma imposição que recai, inclusive, sobre a atividade do poder constituinte originário, Jorge Reis Novais, “Os princípios...”, obra citada, p. 40. Em sentido semelhante, Paulo Otero, “Pessoa Humana(...)”, obra citada, p. 367.

¹⁴⁹ Em termos semelhantes àqueles utilizados por Rogério Soares, “Direito Público(...)”, obra citada, p. 174.

¹⁵⁰ Neste mesmo sentido, Paulo Otero, “A Democracia(...)”, obra citada, p. 185.

mínimo exigido para garantir a dignidade humana e a proteção do homem enquanto ser irrepetível.

Em tempos de imensos avanços no campo da biociência, da tecnologia e das ciências de um modo geral, cresce a importância de se aprofundar a discussão em torno do descompasso entre descobertas técnico-científicas e os valores da sociedade, bem como da correta avaliação dos órgãos politicamente legitimados para abrir passagem jurídica às normas técnicas. Por isso, nunca foi tão necessário que o direito e seus operadores permaneçam atentos aos movimentos realizados pela comunidade científica – e, muitas vezes, pelos mercados que se formam em torno delas¹⁵¹ –, conferindo permissão ao ingresso de normas técnicas no sistema normativo somente quando inspiradas, não obstante o interesse público envolvido, nos princípios instituidores de direitos humanos e da dignidade humana, este último epicentro axiológico das modernas constituições democráticas¹⁵². A harmonia entre o bem-estar social e direitos individuais torna-se uma obsessão em Estados democráticos de direito, e a conciliação entre esses vetores valorativos uma marca destes novos tempos.

5. As normas técnicas e o regime jurídico técnico

As normas técnicas, após a sua importação ao direito, passam a receber, apesar de preservar sua substância, o disciplinamento jurídico necessário para a produção de efeitos jurídicos no seio da sociedade. O resultado desta operação não será outro senão a formação de um conjunto, conforme veremos adiante, de regras jurídicas e condutas administrativas, com a seguinte particularidade: seu caráter técnico-científico. Para evitar

¹⁵¹ Marc Tárres Vives, em “Normas(...)”, obra citada, p. 156/157, aponta para os riscos de manipulação do Poder Público por setores privados: “Na atualidade, por regra, o técnico não está na função pública, mas tem origem em setores empresariais. Este é um dos elementos que devemos destacar e do qual derivam consequências imediatas. A primeira é a que o político deve ter atenção redobrada na aceitação de soluções técnicas externas e deve buscar um segundo parecer que garanta a participação dos cidadãos(...) Em segundo lugar, a colaboração de experts externos oferece um cruzamento entre direito público e sujeitos privados.”.

¹⁵²Sobre o assunto, sustenta Jorge Reis Novais, “Princípios(...)”, obra citada, p. 52: “(...)num Estado baseado na dignidade humana é a pessoa que é um fim em si, como indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou realidade transpersonalista, seja a família, a corporação, a classe, a casta, a nação ou a raça; o Estado não é instrumento que existe para si, mas que serve a pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar dessas pessoas concretas.”.

atropelos, importa-nos, por ora, apenas distinguir, do ponto de vista substancial, a norma técnica incorporada do regime jurídico do qual ela passará a fazer parte. Para que fique claro, o regime jurídico técnico constitui-se a partir de normas jurídicas e condutas administrativas, respectivamente, elaboradas e praticadas para regular situações da vida, cujas composições integram normas técnicas.

Embora seja possível constatar, ao menos em alguns casos excepcionais, a existência de normas técnico-científicas neutras, a mesma conclusão, no campo do regime jurídico técnico, não poderá ser defendida, nem mesmo em caráter extraordinário. Ao contrário das normas técnicas, cuja existência remonta ao campo exclusivamente técnico-científico – e que, como já dissemos, tem “pretensão de neutralidade” –, sua inserção no universo do direito sempre virá acompanhada de disciplina jurídica, legislativa ou administrativa, que não será fatalmente neutra. E este regime jurídico técnico, como consequência de seu compromisso com o respeito a princípios que inspiram a ordem jurídica, sobretudo a direitos fundamentais, deverá estar em consonância com a ordem constitucional. Qualquer tentativa de transformar um texto normativo de conteúdo técnico-científico em norma jurídica neutra ignoraria, a nosso sentir, duas premissas anteriormente estabelecidas neste trabalho: a) a de que mesmo as normas técnicas não podem ser consideradas completamente neutras em razão de seus efeitos sociais e do subjetivismo que pode inspirar seus idealizadores; b) a de que o fenômeno da importação de normas técnicas para o direito deve sempre atribuir consequências jurídicas compatíveis com os princípios que inspiram o ordenamento jurídico incorporador, em especial com os direitos fundamentais, a dignidade humana e o bem-estar coletivo, fato que, inevitavelmente, impõe um juízo de adequação constitucional que pressupõe uma avaliação jurídico-política. Por exemplo, imaginemos a existência de lei reguladora de transplante de órgãos em casos de “estado de morte cerebral”: basta imaginarmos que, apesar de não haver maiores controvérsias no âmbito médico quanto ao conteúdo técnico-científico do conceito de “morte cerebral”¹⁵³, o tratamento jurídico conferido pelo texto legal às hipóteses de transplante poderá estar em conflito com princípios jurídicos de um sistema normativo, sendo imprescindível, durante a interpretação do referido texto, verificar sua compatibilidade com os valores morais e políticos de determinada comunidade. Uma apreciação como esta jamais poderá ser vista como neutra, pois

¹⁵³ No caso brasileiro, o conceito de morte cerebral encontra-se definido na Resolução nº 1480/97, editada pelo Conselho Federal de Medicina,

envolve, em sociedades cada vez mais plurais, uma apreciação ético-moral-política da questão de fundo.

Outro exemplo interessante extraído da realidade nos foi fornecido por Bernard Feltz¹⁵⁴. Conta o autor que, em 1940, mexicanos e americanos desenvolveram técnicas agrícolas para melhorar o rendimento do trigo e do milho. Segundo o autor, a produção de trigo e milho, em razão dos avanços das pesquisas, respectivamente, triplicou e duplicou no México (1944/1967). Diante da novidade, o governo da Índia resolveu importar a tecnologia. Ocorre que, em razão dos grandes investimentos necessários para implementação da referida técnica, denominada de VAR, os grandes fazendeiros de certas regiões da Índia prosperaram enormemente e levaram à ruína a grande maioria de agricultores de menor porte, sem que tais circunstâncias tenham necessariamente gerado proveitos econômicos consideráveis. Sem pretender apresentar uma resposta para o caso, tal exemplo ilustra, com perfeição, as diferenças dos impactos sociais de uma mesma técnica em contextos diferentes e os motivos pelos quais o direito deve contextualizar socialmente os avanços técnico-científicos, refletindo, antes de tudo, sobre todos os direitos e interesses envolvidos. No caso citado, talvez a incorporação de técnica agrícola mais acessível a um número maior de agricultores acomodasse melhor à realidade social e jurídica da Índia daquele tempo.

A afirmação de que regimes jurídicos técnicos, já que amparados em normas técnicas, seriam neutros, isto é, sobre eles não incidiria nenhum significado material, visa, a nosso sentir, retomar, pelo menos em relação a essa espécie de regulação jurídica, fundamentos extraídos de um positivismo extremamente formalista que, por retirar da norma jurídica seu conteúdo material e sua substância¹⁵⁵, reduzindo o direito à máxima de que todo “direito posto” é válido¹⁵⁶, acaba por retirar do intérprete a possibilidade,

¹⁵⁴ Bernard Feltz, “A ciência(...)”, obra citada, p. 106/107.

¹⁵⁵ Neste sentido, Angel Latorre, “Introdução(...)”, obra citada, p. 43. Sobre o tema, afirma Rogério Soares, “Direito Público(...)”, obra citada, p. 171/174: “(...)o desejo de substituir uma avaliação por uma mais cômoda fórmula de mensuralidade vai frequentemente transformar o direito de que se socorrem os agentes numa boceta de recepção de simples regras técnico-científicas, que ao sentimento do jurista ou do homem comum não podem dizer nada e supõem o concurso duma super-burocracia de especialista(...)As fundamentais exigências de calculabilidade e mensurabilidade, o desejo de precisão matemática que animam a sociedade industrial criam nos juristas, principalmente os juristas práticos, uma ética da certeza e formalização, que o positivismo alimentou e fez crescer, mas que sobrevive para além do descrédito.”.

¹⁵⁶ Neste sentido, Massimo La Torre, “Positivismo(...)”, obra citada, p. 681. No mesmo sentido, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 376 e seguintes. Entendendo que a “racionalização

com o perdão da redundância, de interpretar os textos normativos segundo os princípios que informam a ordem jurídica.

Exemplo muito ilustrativo, citado com frequência pela doutrina, refere-se às regras de trânsito. Razões de ordem técnica definem a direção da ultrapassagem de carros, preferências e sinalizações. Para muitos, a neutralidade de tais regras¹⁵⁷ seria suficiente para configurar a neutralidade da norma jurídica que a incorporou ao direito e que definiu, por exemplo, consequências penais, civis ou administrativas para o seu descumprimento. Discordamos desta posição. Conforme já dissemos, tal conclusão decorre do equívoco interpretativo anteriormente comentado. A norma técnica de trânsito, a depender de seu conteúdo, pode até ser considerada excepcionalmente neutra, isto é, pode situar-se, como diria Aristóteles, no ponto médio entre o justo e o injusto, não sendo possível, nestes casos, confrontá-la com normas constitucionais; entretanto, tal condição não pode ser vista como suficiente para tornar livre de críticas o regime jurídico técnico dela decorrente. O resultado da incorporação de conteúdos técnicos ao direito, como visto, não será mais uma norma técnica, mas sim um conjunto de normas e condutas que poderá ser, conforme seu disciplinamento, constitucionalmente questionado quando interpretados. Assim, em que pese a neutralidade da regra que define a cor vermelha para sinalizar a obrigação de parar a um motorista, eventual punição irrazoável infligida pela norma jurídica que a insere pode (e deve) submeter-se aos mecanismos de controle inerentes a um sistema normativo inspirado na ideia de princípios¹⁵⁸, podendo ser, inclusive, por ele invalidada. Neste caso, não será a regra técnica que estabeleceu a cor vermelha – e não amarela – a ser controlada, mas sim a norma jurídica que, ao disciplinar a questão, provocou concretamente uma punição irrazoável, violando, com isso, princípios de um ordenamento jurídico.

técnica” não se destitui de seu caráter político-ideológico, Jürgen Habermas, “Técnica(...)”, obra citada, p. 46: “A ação racional dirigida a fins é, segundo a sua própria estrutura, exercício de controles. Por conseguinte, a “racionalização” das relações vitais segundo critérios de racionalidade equivale à institucionalização de uma dominação que, enquanto política, se torna irreconhecível: a razão técnica de um sistema social de ação racional dirigida a fins não abandona o seu conteúdo político.”.

¹⁵⁷ Afinal, as escolhas pela cor luminosa de um sinal de trânsito, o lado da ultrapassagem de veículos ou a definição da viatura que terá preferência em determinada situação são opções sobre as quais não será possível afirmar serem justas ou injustas.

¹⁵⁸ Sobre um interessante debate travado entre os professores Antônio Barbas Homem e Paulo Otero, “O justo(...)”, obra citada, p. 18, rodapé.

Em suma, ainda que se possa admitir a neutralidade de uma norma técnica enquanto experiência ajurídica processada nos foros técnico-científicos - o que não acontece sempre -, sua inserção no universo jurídico, através da necessária autorização de uma ou várias normas jurídicas, resulta sempre na formação de um regime jurídico técnico, e que, enquanto tal, deve estar, sob pena de invalidade, em consonância com os princípios que inspiram determinada ordem jurídica.

6. Normas jurídicas versus normas técnicas

Definidas as características básicas de uma norma técnica, resta-nos saber se uma norma jurídica também não seria, ela própria, enquanto resultado de critérios técnico-científicos definidos pelas ciências jurídicas (e outras modalidades científicas), espécie de norma técnica nos termos anteriormente propostos¹⁵⁹. Sendo a lei uma representação da razão humana, uma norma jurídica abstrata poderia decorrer da fé ou de outro método irracional de captura do conhecimento diverso do científico?

Embora não seja possível recusar que técnicas legislativas influenciam a elaboração de uma norma jurídica, esta não pode ser vista como subespécie de normas técnicas, visto que tal espécie normativa diferencia-se daquelas por ter algumas características muito próprias, a saber: a) origem estatal¹⁶⁰, isto é, emanam de órgãos políticos instituídos para este fim e b) capacidade de regular de forma geral e imperativa as situações da vida¹⁶¹. Com efeito, enquanto as normas jurídicas definem o “dever ser”, regulando a vida em sociedade de maneira imperativa, as normas técnicas, ao contrário, tratam do “ser”, daquilo que consideram ser uma verdade objetiva, que poderá ou não ser acolhida pela ordem jurídica.

¹⁵⁹ Mesmo Hans Kelsen reconheceu, em “Teoria Pura do Direito”, Revista dos Tribunais, 2005, p. 53, que o direito dos séculos XIX e XX passou a “mesclar-se” à psicologia, à biologia, à ética e à teologia, verbis: “Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, a verdadeira ciência do direito se perde.”.

¹⁶⁰ Neste sentido, Angel Latorre, “Introdução(...)”, obra citada, p. 27.

¹⁶¹ Neste mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão, “O Direito. Introdução e teoria geral”, Almedina, 1993, p. 22: “(...)Ora, as leis técnicas não têm imperatividade: a sua formulação condicional o demonstra, pois se começa sempre por “se queres”. Caso o sujeito não queira obter aquele resultado, não violou nenhum dever.”.

Se, por um lado, as normas técnicas dependem, como realidade produzida fora da ordem jurídica, da existência de normas jurídicas para efetivar-se no mundo do direito, passando a contribuir para regulação da vida cotidiana, estas últimas têm aptidão para produzir, *per si*, tais efeitos.

Desta forma, as normas jurídicas em sentido abstrato são dotadas, enquanto realidade jurídica, de força normativa inexistente nas chamadas normas técnicas, bem como estão politicamente legitimadas a disciplinar juridicamente situações concretas. Por outro lado, as normas técnicas, enquanto realidades existentes em seu ambiente original, somente produzem efeitos imediatos no interior da respectiva comunidade científica, adquirindo aptidão para ajudar a disciplinar juridicamente fatos sociais, quando introduzidas politicamente em determinado sistema jurídico. Assim, ainda que a formulação de determinada solução técnica possa repercutir na esfera jurídica de alguém, produzindo, segundo a regulação estatal existente, algum tipo de efeito jurídico, a norma técnica advinda de alguma descoberta científica apenas produzirá efeitos gerais e abstratos quando incorporada validamente pela ordem jurídica¹⁶².

7. A elaboração de normas técnicas

Conforme explicitado acima, para que os avanços técnico-científicos possam contribuir para o desenvolvimento das sociedades técnicas atuais devem indubitavelmente passar por um filtro jurídico, sem o qual não seria possível afirmar seu acolhimento pelo sistema normativo: o direito deve, portanto, acolher voluntária e democraticamente a norma técnica, e não se adaptar a ela como se o mundo técnico o obrigasse a agir de forma sempre acolhedora. A fim de compreender de que maneira questões científicas adquirem potencialidades jurídicas, afigura-se relevante destacar, num primeiro momento, as diferenças entre dois fenômenos que, embora tenham relação entre si, não devem ser confundidos: a) a elaboração da norma técnica e b) a inserção da norma técnica no sistema jurídico, com destaque para o Direito Administrativo.

¹⁶² Sobre a imprescindibilidade da existência de norma jurídica que autorize a incorporação de normas técnicas, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 461/462. Neste ponto, vale ressaltar, na esteira do que ensina Marvin B. Rosenberry, em “Administrative(...)”, obra citada, p. 35, que as bases teóricas das chamadas agências reguladoras nos Estados Unidos admitiam a produção de normas jurídicas com força de lei.

Durante a elaboração de uma norma técnica, não há que se falar em qualquer tipo de deliberação democrática como se a ciência dependesse do aval da política. O juízo que se forma em torno de sua validade técnica é absolutamente científico, fruto da liberdade técnico-científica titularizada por especialistas, ainda que se possa admitir a existência natural de eventuais normas jurídicas sobre temas de natureza técnica, com o propósito de acomodar outros valores relevantes. Ou seja, pessoas, públicas ou privadas, responsáveis pela pesquisa e elaboração de soluções técnico-científicas, devem decidir com liberdade técnica sobre a validade das mesmas, sem se descuidar de observar critérios definidos pela própria ciência para disciplinar uma atividade científica. Em qualquer caso, o mérito da decisão científica, nesta fase de elaboração, deve ser visto como de domínio do cientista, a quem competirá anunciar soluções exclusivamente técnicas.

Podrá haver nesta fase um primeiro filtro jurídico decorrente da necessidade de ponderação entre a liberdade científica e outros princípios, a saber: uma regulação jurídica sobre assuntos de natureza científica¹⁶³. Não haverá, neste momento, incorporação jurídica de norma técnica para a solução de casos de Direito Administrativo, mas tão só a criação de critérios técnico-normativos para a chancela de teses científicas e o estabelecimento de alguns limites éticos à atividade desenvolvida por cientistas. Esse trabalho, que poderá ser desenvolvido por entidades privadas, públicas, universidades, conselhos profissionais etc., cujas atividades certamente terão regulação própria, funciona como uma espécie de controle prévio ao reconhecimento da cientificidade de normas de conteúdo técnico-científico, bem como seu compromisso com os princípios da ordem jurídica. Visa, portanto, evitar a formação de regimes jurídicos técnicos sem características científicas ou sem vocação ética. Podemos citar, como exemplo, o processo de manipulação farmacológica de princípios ativos com a finalidade de produção e comercialização de futuros medicamentos. Tal atividade, eminentemente técnica, não se desenvolve à margem de qualquer regulação jurídica, ao contrário, submete-se, de acordo com cada ordem jurídica, a critérios predefinidos capazes de aferir seu comprometimento com certos padrões técnicos (como, por exemplo, o uso correto de

¹⁶³ Conforme notícia Marc Tárres Vives, em “Normas(...)”, obra citada, p. 121, nos Estados Unidos as normas técnicas produzidas por agências privadas não se submetem à nenhuma regulação normativa em fase de elaboração, o que não significa dizer que as mesmas serão incorporadas ao direito sem que se observe qualquer cuidado jurídico. As agências federais e os departamentos dos ministérios apenas aderirão às suas normativas técnicas se as aprovarem previamente.

cobaias em testes laboratoriais e a quantidade de pessoas, divididas por idade, raça e sexo em testes de vacinas) e éticos, sem, entretanto, considerar necessariamente de que maneira o conhecimento científico decorrente de tais pesquisas será autorizado e incorporado pelo Direito Administrativo em situações da vida. Quando em 06 de agosto de 1945, a primeira bomba atômica tocou o solo de Hiroshima, no Japão, a humanidade foi, enfim, instada a refletir sobre os limites éticos da ciência¹⁶⁴. Como consequência, tornou-se inevitável discutir o papel do direito na formulação preventiva de limitações jurídicas ao desenvolvimento das ciências. Não era mais possível aguardar que a ciência se desenvolvesse livremente, sem qualquer tipo de controle jurídico, para que, após a aplicação das técnicas dela advindas, fosse dada uma definição sobre a legitimidade de seu uso.

Diante da necessidade de regulação ética e técnica das ciências, o processo de elaboração de normas técnicas passou a submeter-se a duas finalidades básicas: a) verificar a regularidade do processo de formação do conhecimento científico e a aptidão de suas conclusões para se tornarem normas técnicas válidas e b) tornar interdita a experimentação e aplicação de técnicas consideradas violadoras de princípios jurídicos definidos pela ordem jurídica. Inicia-se, portanto, uma aproximação respeitosa entre ciência e direito.

Como já antecipamos, a primeira finalidade básica consiste em definir balizas jurídicas para o processo de elaboração de normas técnicas. A importação para o direito de critérios científicos, a serem respeitados por pesquisadores durante seus trabalhos, merece ser vista como algo absolutamente admissível, pois visa garantir o caráter científico das pesquisas, contribuindo para que se desenvolvam da forma mais técnica possível. Mais uma vez, cabe aqui uma ressalva: tal regulação jurídica não deve chegar ao ponto de desnaturar tais pesquisas, possibilitando o surgimento, não de “verdades” científicas que, como já dissemos, devem reproduzir uma “pretensão de neutralidade”, mas de conteúdos divorciados da boa técnica. A segunda função visa impedir que determinados conhecimentos científicos possam ser aplicados indiscriminadamente apesar de sua incompatibilidade, qualquer que seja seu resultado, com princípios e valores de determinada ordem jurídica. Neste ponto, situa-se a interface entre ciência e ética por

¹⁶⁴ Chamando a atenção para os riscos da “fé cega” na neutralidade científica, Marc Tárres Vives, “Normas(...)”, obra citada, p. 136.

intermédio do direito¹⁶⁵. Assim, por exemplo, para Estados que consideram a clonagem humana, o comércio de órgãos humanos¹⁶⁶ ou a manipulação da genética para fins pueris formas de violação da dignidade humana, a aplicação de pesquisas científicas como estas tornariam as normas técnicas delas decorrentes imprestáveis do ponto de vista jurídico¹⁶⁷. Neste ponto, o direito manifesta-se preventivamente para impedir, já no nascedouro, o surgimento de normas técnicas, precavendo-se de seus efeitos nefastos, como aqueles decorrentes da bomba atômica em Hiroshima¹⁶⁸. Podemos destacar, neste campo, os trabalhos desenvolvidos pela Comissão Mundial para a Ética do Conhecimento Científico e Técnico, pelo Grupo Europeu para a Ética na Ciência e Novas Técnicas – que aprovou a exclusão de financiamento para investigações sobre clonagem humana para fins reprodutivos - e pelas comissões de bioética nos diversos parlamentos. Em Portugal, por exemplo, há o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, órgão consultivo que auxilia os trabalhos da Assembleia da República desde 2009¹⁶⁹.

Em resumo, a missão desenvolvida pelo direito será, neste momento de elaboração de normas técnicas, restrita à apreciação de quais conteúdos técnico-científicos devem, *prima facie*, ser considerados incompatíveis com ordem jurídica, bem como quais os requisitos jurídicos necessários para se considerar cientificamente válidas determinadas normas técnicas, independente do maior ou menor consenso estabelecido por parte da comunidade científica em torno do objeto pesquisado.

Com efeito, parece-nos absolutamente necessário registrar a importância em não se confundir a fase de elaboração e de incorporação de normas técnicas no âmbito do Direito

¹⁶⁵ Neste sentido, Jorge Calado, “Limites...”, obra citada, p. 53.

¹⁶⁶ Sobre transplantes de órgãos humanos, Paulo Otero, “Democracia(...)”, obra citada, p. 186, alerta para os perigos de fazer uma análise do alcance da ideia de liberdade sem uma apreciação ética ou valorativa. Seu receio traduz-se na possibilidade de se criar direitos do homem contra o próprio homem, instituindo-se uma cultura totalitária.

¹⁶⁷ Um exemplo de norma jurídica internacional desta natureza é o “Tratado de não proliferação de armas nucleares”, assinado, em 1968, por um número expressivo de países, que, no seu artigo 4º, embora preserve a existência de pesquisas científicas sobre o tema, proíbe a criação e aplicação de técnicas nucleares para fins não pacíficos.

¹⁶⁸ Sobre o assunto, Paulo Otero, “Democracia(...)”, obra citada, p. 181: “Operou-se aqui, por isso mesmo, a mais importante revolução no processo histórico da humanidade: o progresso científico e técnico veio mostrar que quase tudo aquilo que se tem como ficção no mundo da genética se pode vir a tornar realidade, faltando saber, todavia, se tudo aquilo que é possível se deverá ter como permitido(...)Os progressos científico e tecnológico nos domínios da biomedicina e da genética veio trazer, antes de tudo, o problema dos limites da própria investigação ou, pelo menos, da aplicação experimental das investigações desenvolvidas, fazendo renascer a importância da dimensão ética da ciência e da técnica”.

¹⁶⁹ Jorge Calado, “Limites(...)”, obra citada, p. 63.

Administrativo. Tal ressalva mostra-se pertinente, pois torna possível distinguir a norma técnica de um regime jurídico técnico, cujo propósito final, diferentemente daquela, não será a “definição de verdades científicas”, mas sim a disciplina jurídica de situações concretas definidas pelo direito. Enquanto o resultado do primeiro fenômeno será a elaboração de uma norma extrajurídica (a norma técnica), que poderá ou não ser incorporada ao direito, no segundo caso, regras jurídicas serão formadas para disciplinar juridicamente situações concretas de interesse da Administração Pública.

8. Resumo do capítulo

A técnica, inicialmente dissociada da ciência, torna-se, a partir do Iluminismo, a aplicação do pensamento racional. Nesta época, o homem e a razão humana assumem seu papel de protagonismo nas sociedades. As ideias de liberdade e autonomia, consequência da crença de que homens e mulheres distinguem-se dos demais seres do planeta por força de sua capacidade de autodeterminação e de responsabilizar-se por seus atos, formam a base do pensamento da época. O teocentrismo da Idade Média dá lugar às noções de humanismo e antropocentrismo¹⁷⁰. A dignidade do homem, o constitucionalismo e as primeiras limitações do Estado contra o arbítrio tornam-se a marca da sociedade liberal do século XIX.

Neste contexto de pura racionalidade científica, a técnica, como aplicação das ciências naturais para fins humanos, passa a ser vista como o único instrumento capaz de gerar progresso econômico e social. Como expressão daquilo que o indivíduo tem de melhor, a razão humana, a técnica torna-se, sobretudo a partir da Revolução Industrial, a mola propulsora do desenvolvimento socioeconômico; nem boa nem má, era vista simplesmente como necessária e como uma realidade objetiva.

Paralelamente, o Estado, marcadamente liberal, preocupa-se em organizar-se politicamente por meio de poderes independentes, autolimitando-se pela vontade geral da lei formal e pela ideia de proteção das liberdades públicas. Mínimo, ele mantém-se abstencionistas no plano econômico e utilitaristas no plano político. A predominância da ideologia burguesa e a crença no progresso econômico desenvolveram a tese segundo a

¹⁷⁰ Neste sentido, António Pedro Barbas Homem, “A lei(...)”, obra citada, p. 185.

qual a técnica, enquanto aplicação da razão científica, passaria a ser a causa do bem-estar coletivo das comunidades. Consolida-se a ideia de sociedade técnica.

Com o avançar do século XX, as crises do capitalismo, os horrores do nazismo e de duas Guerras Mundiais, o surgimento da classe proletária e das ideologias marxista e social-democrata alteram o cenário de predominância intelectual do pensamento liberal. As ciências históricas passam a ser vistas como menos especulativas e os efeitos de uma atuação técnica tornam-se contextualizáveis pelo direito, sociologia, economia, antropologia, etc. Mesmo admitindo-se a importância dos avanços tecnológicos, a avaliação de suas consequências sociais, sobretudo após Hiroshima, torna-se tão necessária quanto a análise dos resultados utilitários produzidos. Humaniza-se a técnica e, a partir deste fenômeno, descobrem-se divergências, marcadamente ideológicas (mas não só), na confecção e preparação de soluções técnico-científicas.

Erros, fraudes, divergências técnicas, limitação científica para refutações e revoluções científicas são causas comuns para o pluralismo de posições no campo técnico. O direito, diante da complexidade técnica do mundo e dos efeitos sociais benéficos e maléficos dos recursos tecnológicos, passa a ser instado a se pronunciar sobre quais soluções técnico-científicas devem ou não ser incorporadas à ordem jurídica. Sua função passa a ser a de apontar, à luz de um rol de princípios jurídicos mais extenso, os limites éticos e morais da atividade técnica, sem se imiscuir no trabalho desenvolvido pela ciência.

O processo por meio do qual o conhecimento científico transfere-se do mundo acadêmico para o político-jurídico, passando a ser por ele disciplinado juridicamente, tramita sob influência dos princípios democráticos instituídos por cada sistema normativo, com destaque para a força da lei e da constituição.

CAPÍTULO II

A INSERÇÃO DE NORMAS TÉCNICAS NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. Considerações gerais

Naturalmente, normas técnicas podem influenciar pessoas, físicas ou jurídicas, no desenvolvimento de suas vidas privadas: uma sociedade empresarial pode, no desempenho de suas atividades, acolher conteúdos técnico-científicos que considere mais eficazes para os resultados financeiros por ela almejados; poderá, ainda, de forma discricionária, optar pela melhor marca de computadores ou sistema de informática, adotar normas contábeis que considere mais apropriadas ou seguir livremente critérios técnicos arquitetônicos antes de escolher o local de sua sede. O mesmo se passa com as pessoas físicas: as escolhas mais rotineiras, desde o método pedagógico usado pela escola dos filhos até que tipo de remédio ou tratamento de saúde irão utilizar-se em caso de enfermidade, são exemplos da influência que a ciência e a técnica exercem nas decisões mais cotidianas dos seres humanos. Nesta seara, vigora, portanto, a máxima da liberdade em contratar.

Em sentido diverso, as escolhas (legislativas ou administrativas) que inserem conteúdos técnico-científicos no interior da atividade da Administração Pública não podem ser vistas como absolutamente livres, em razão do interesse público envolvido e de seu potencial de restrição de direitos dos administrados fruto da multilateralidade dos seus efeitos. Assim, os efeitos sociais destas escolhas devem ser sopesados pelos poderes constituídos, submetendo-se a um controle mais rígido de acesso ao direito se comparado aos mecanismos próprios de direito privado, onde o particular tem, ao mesmo tempo, liberdade e responsabilidade pelas decisões que toma.

Com o intuito de delinear o processo de autorização e incorporação de normas técnicas no âmbito do Direito Administrativo, o presente trabalho passa a analisar de que forma conteúdos técnicos, ultrapassada a fase de sua elaboração científica, poderão candidatar-se a solucionar validamente problemas jurídicos de interesse público, bem

como se a Administração Pública poderá promover escolhas desta natureza a partir de critérios discricionários.

2. O fenômeno de incorporação de normas técnicas no Direito Administrativo

Como as normas técnicas têm existência própria que precede ocasional inserção ao âmbito do Direito Administrativo, não podendo ser vistas como espécies de normas jurídicas, afigura-se necessário agora analisar de que forma aquelas passam a fazer parte da atividade administrativa, produzindo efeitos jurídicos na vida dos administrados.

Passando para o âmbito exclusivo do Direito Administrativo, dois pressupostos gerais devem ser respeitados, de plano, em matéria de incorporação de normas técnicas: a) legitimidade democrática máxima do órgão público que autoriza o ingresso de normas técnicas na ordem jurídica e b) o caráter legal (em sentido amplo) da autorização de incorporação de conteúdos técnico-científicos no universo da Administração Pública. Embora correlacionados, enquanto o primeiro pressuposto geral, de caráter subjetivo, visa garantir que a entidade responsável por autorizar o ingresso de normas técnicas no sistema normativo seja democraticamente legitimada para conferir tal permissão, o segundo pressuposto pretende assegurar que qualquer conteúdo técnico-científico, para fazer parte de um sistema normativo e ser reconhecido por ele, depende de autorização legislativa (em sentido amplo), explícita ou implícita, conferida por um daqueles órgãos politicamente legitimados e com alcance geral. Em suma, para que normas técnicas aperfeiçoem-se validamente em um Estado de direito e, por consequência, no âmbito da Administração Pública, será importante avaliar não só o ente público que autorizou seu ingresso, mas também, por força principalmente do princípio da legalidade administrativa, o veículo jurídico por via do qual tal inserção jurídica efetivou-se: necessariamente legislativo ou com força de lei. Tais pressupostos objetivam impedir que normas técnicas elaboradas por entidades não legislativas possam interferir na esfera jurídica de titulares de direitos, sem qualquer participação política do restante da sociedade, com graves consequências tanto no campo da legalidade quanto da legitimidade democrática¹⁷¹.

¹⁷¹ Mesmo em países em que a regulação técnico-jurídica tem força de lei, como nos Estados Unidos, o direito não prescinde da existência de norma jurídica proveniente de órgão legislativo

Em síntese, é o respeito à legalidade administrativa que, na esteira dos ensinamentos de Diogo Freitas do Amaral, garantirá que os órgãos e agentes da Administração Pública ajam com fundamento, ainda que remoto, na lei e dentro dos limites por ela impostos¹⁷². Assim, não obstante a atual necessidade de compreender o significado e alcance das leis a partir dos princípios jurídicos, a atividade administrativa não se “libertou” de sua vinculação, mais ou menos adstringente, aos textos legais enquanto representação da vontade soberana de um povo. Com efeito, a origem legislativa, necessária para garantir, sobretudo no âmbito do Direito Administrativo, um mínimo de legalidade e legitimidade democrática, acaba por autorizar a inserção válida de normas técnicas no universo do direito.

Portanto, ainda que se possa admitir a existência de inserções meramente administrativas de normas técnicas no âmbito da Administração Pública, estas apenas serão tidas como válidas quando fundadas em alguma norma legal (em sentido amplo). Garante-se, com isso, uma tolerável debilitação da legitimidade democrática decorrente da transferência de poder decisório do legislador para a Administração. Entendimento diverso implicaria na aceitação da tese, ao nosso sentir, inadmissível, segundo a qual entidades meramente administrativas poderiam impor à população conteúdos tecnocráticos sem a participação democrática da sociedade, em grave afronta à noção de Estado democrático de direito. Tal cenário, de enorme gravidade para a democracia, serviria apenas para admitir o acolhimento jurídico de normas técnicas sem qualquer debate político antecedente, como se conteúdos técnico-científicos fossem, em razão de seu caráter pretensamente neutros, indiscutíveis ou vinculantes mesmo em face do processo político-democrático, que sequer poderia impor, em qualquer cenário, barreiras aos avanços da ciência. Seria como negar premissa firmada no capítulo antecedente segundo a qual o direito deve fazer o enquadramento democrático e social da técnica.

Nesta linha de raciocínio, a autorização e incorporação de uma norma técnica poderão formalizar-se, no âmbito do Direito Administrativo, por meio da conjugação de, no mínimo, uma norma jurídica de índole legislativa, a qual chamaremos de remissiva, e, alternativamente, uma outra norma jurídica (legislativa ou administrativa), chamada por nós de incorporadora, ou, se não for este o caso, através de uma conduta administrativa

dotado de legitimidade democrática. No caso americano, por exemplo, os atos normativos de natureza regulatória, não obstante, em alguns casos, sua força de lei, sempre terão que ter como fundamento normativo atos do legislador.

¹⁷² “Curso de Direito Administrativo, volume II, Almedina, 2003, p. 42.

concreta (*adjudication*) que, neste cenário, desempenhará o papel de inserir, no caso concreto, normas técnicas no direito sempre que isto já não tiver sido feito integralmente pelas próprias normas legislativas ou pela regulação técnica promovida pela Administração Pública (*regulation*).

Em apertada síntese, enquanto a norma jurídica remissiva autoriza, pela via da técnica legislativa da remissão, a incorporação de normas técnicas no universo do Direito Administrativo, a norma jurídica incorporadora (legislativa ou administrativa) e a conduta administrativa constituem os veículos formais, respectivamente normativo e concreto, que formalizam e finalizam a inserção de uma norma técnica no ordenamento jurídico-administrativo. Em última análise, é por meio de normas e condutas administrativas técnicas (ditas incorporadoras) que a Administração Pública promove escolhas técnicas.

Em sentido muito simplificado, a norma jurídica remissiva constitui a “fechadura” da porta de entrada do Direito Administrativo e as normas, legislativas ou administrativas, e condutas administrativas correspondem às chaves de acesso.

3. As normas jurídicas de conteúdo técnico-científico remissivas

3.1. Por que as normas remissivas são regras jurídicas?

Antes de tratarmos, com mais profundidade, das normas jurídicas remissivas e das suas diversas formas de manifestação, parece-nos necessário abrir um pequeno parêntese para discutir a natureza da estrutura normativa destas normas. O que se pretende debater, neste tópico, é, no fundo, o seguinte: os princípios jurídicos teriam aptidão para autorizar a incorporação de normas técnicas ou esta seria uma atribuição exclusiva das regras jurídicas?

3.1.1. Distinção entre regras e princípios

Embora não seja correto afirmar que a noção de princípios tenha nascido com o surgimento dos Estados constitucionais por volta do final do século XVIII e com textos

constitucionais programáticos¹⁷³, não há maiores controvérsias quanto ao exponencial crescimento de sua importância a partir de sua gradual incorporação, muitos deles sob a epígrafe de direitos fundamentais, em cartas constitucionais ao longo dos dois últimos séculos. Foi a partir desta inserção em cartas magnas que os princípios passaram a exercer globalmente o papel fundamental de fixação de limites materiais à atuação estatal e, por consequência, na contenção da margem interpretativa de normas jurídicas abstratas, compatibilizando-as sempre com os valores morais e políticos presentes na sociedade, sobretudo em matéria de direitos e liberdades fundamentais. Enquanto em períodos anteriores ao surgimento das chamadas ordens constitucionais, Estados guiavam-se consoante a vontade discricionária do monarca (no caso dos Estados absolutistas) ou segundo a “vontade geral”¹⁷⁴ extraída, sem parâmetros principiológicos, do texto da lei formal¹⁷⁵ (no caso dos Estados legisladores¹⁷⁶), a partir da inserção de um catálogo de princípios jurídicos nas constituições a atividade estatal (legislativa, executiva ou judiciária) passou a ser mais eficazmente controlada (inclusive judicialmente), com importantes reflexos sobre a atividade da Administração Pública, até então vinculada apenas aos limites semânticos conferidos pela legalidade administrativa – isto, dentro de uma lógica positivista, possibilitava certa dose de discricionariedade decorrente da adoção de padrões extralegais sempre que as regras existentes não tivessem poder resolutivo¹⁷⁷ ou quando conferissem mais de uma possibilidade de interpretação.

¹⁷³ Sobre o papel das constituições programáticas para o desenvolvimento da ideia de princípios constitucionais, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 155 e seguintes.

¹⁷⁴ Neste sentido, Jean-Jacques Rousseau, “O Contrato Social”, tradução Manuel João Pires, Editora Temas e Debates, 2008, p. 66: “Se portanto, reunirmos estas condições, e afastarmos do pacto social tudo o que não faz parte de sua essência, constataremos que ele se reduz aos seguintes termos: “Cada um de nós coloca em comum a sua vontade, os seus bens, a sua força e a sua pessoa sob a direção da vontade geral, e receberemos coletivamente cada membro do corpo como parte inalienável do todo.””

¹⁷⁵ Sobre a visão liberal segundo a qual a lei seria o veículo através do qual se confere “liberdade ao povo”, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 26. Entendendo, a partir de sua visão positivista, que o direito constituído é sempre justo, Marcello Caetano, “Respeito da legalidade e a justiça das leis”, Revista de Direito e Administração Pública, 1949, p. 17: “A lei, estabelecendo critérios gerais e abstratos para a solução de casos concretos, é sempre uma garantia de igualdade e portanto de Justiça, ainda que esta Justiça seja meramente relativa e formal.”

¹⁷⁶ Entendendo ser o controle de constitucionalidade uma consequência da decadência do modelo de “Estado legislador”, Rogério Soares, “Direito(...)”, obra citada, p. 154.

¹⁷⁷ Neste sentido, Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 55.

Dentro desta linha de raciocínio, os princípios jurídicos, a partir de uma concepção que não dissocia direito, moral e política, exerce o papel principal não de subsumir-se¹⁷⁸ a casos concretos como parece ser a função das regras jurídicas¹⁷⁹, mas sobretudo de orientar o intérprete¹⁸⁰ na avaliação do significado mais adequado para os textos normativos, segundo seu peso dentro de cada comunidade¹⁸¹. Como sustenta Ronald Dworkin, os princípios conferem, sobretudo, coerência ao direito¹⁸², passando a pautar tanto a atividade de quem cria leis como de quem as interpreta¹⁸³. Ditam a direção.

Outrossim, os princípios jurídicos são espécies normativas, com grande descarga moral/política e instituidoras de regras jurídicas, cujos significados apontados pelos operadores do direito jamais poderão se dissociar do conteúdo informado por aqueles ou do resultado de seu sopesamento, vinculando quem legisla, administra e julga. Funcionam como verdadeiros vetores hermenêuticos, capazes de condicionar a confecção de uma norma jurídica abstrata e apontar o seu significado no caso concreto. Em suma, são normas jurídicas com os mais diferentes graus de abstração e de vinculação, mas que não se prestam isoladamente ou sozinhos a disciplinar fatos concretos e sim a solucionar problemas jurídicos específicos a partir da compreensão dos significados de textos (regras jurídicas em abstrato). Dentro desta lógica, os princípios, ao contrário das regras jurídicas, não têm qualquer aptidão para disciplinar diretamente, após uma operação silogístico-

¹⁷⁸ Sobre subsunção, explica Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 211 e 215: “A argumentação substantiva ou classificativa (ou subsuntiva) tem lugar quando se trata de aplicar uma regra de ação, isto é, uma regra que estabelece que uma vez verificadas determinadas condições de aplicação (um caso genérico) então alguém deve, pode ou está obrigado a realizar uma determinada ação(...)No esquema subsuntivo trata-se somente de assinalar que ocorreu um determinado fato, com o qual se satisfazem as condições de aplicação da norma”. Entendendo que os princípios dependem de uma “ulterior atividade concretizadora”, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 432.

¹⁷⁹ Dentro da lógica do tudo-ou-não, como sustenta Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 39.

¹⁸⁰ Neste sentido, Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 72/73.

¹⁸¹ Sobre a dimensão de peso dos princípios jurídicos em sentido amplo, Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 41/42.

¹⁸² Ronald Dworkin, “O império(...)”, obra citada, p. 164.

¹⁸³ Ronald Dworkin, “O império(...)”, obra citada, p. 203: “A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa a lei por ele sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito(...)Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede ao que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. Segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que vejam e façam cumprir como senso coerente nesse sentido”.

subsuntiva comandada pelo intérprete, fatos sociais e situações concretas da vida; faltariam, ainda na sequência do que vem sendo dito, uma característica comum às regras jurídicas: a capacidade de determinar, com maior grau de precisão, seu campo de incidência normativa, quer no plano fático, quer no plano jurídico¹⁸⁴. Embora princípios e regras devam ser considerados espécies de normas jurídicas, o que os colocam, na maior parte dos casos, em rota de aparente colisão, os princípios, devido ao seu maior grau de abstração, merecem ser vistos como enunciados normativos úteis para orientar o intérprete das regras jurídicas abstratas num contexto específico. Não por outra razão, alguns doutrinadores têm sustentado que as regras jurídicas seriam aplicações de princípios,¹⁸⁵ que funcionariam, grosso modo, como instâncias normativas intermediárias entre os fatos e estes últimos¹⁸⁶.

3.2. As regras jurídicas remissivas

Traçado um panorama sobre o que entendemos ser um princípio jurídico e suas principais funções, devemos retomar a reflexão sobre a natureza da norma jurídica remissiva em matéria técnico-científica. Como já antecipamos em momento anterior, tal norma jurídica tem por função precípua autorizar o ingresso, sem margem para dúvidas, seja por meio de uma norma jurídica incorporadora (legislativa ou administrativa), seja pela via de uma conduta administrativa, de normas técnicas no âmbito do Direito

¹⁸⁴ Sobre isso, ensina Dworkin, em “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 58: “Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que os juízes que devem haver-se com princípios possuem poder discricionários (em sentido forte), já que um conjunto de princípios pode ditar o resultado.”. No mesmo sentido, Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 216.

¹⁸⁵ Neste sentido, Angel Latorre, “Introdução(...)”, obra citada, p. 87. Em sentido semelhante, Diogo Freitas do Amaral, “Manual de introdução ao direito”, Almedina, 2012, p. 501: “(...)os princípios são a fonte geradora das regras; as regras são resultantes dos princípios: estes são causa; aqueles são o efeito.”

¹⁸⁶ Em sentido semelhante, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, 164, verbis: “A Constituição, por conseguinte, apenas pode hoje ser compreendida como um “sistema aberto de regras e princípios”: se as regras conferem pontos de certeza e segurança jurídica, os princípios emprestam uma função “monogenética” ao sistema, servindo de fundamento às regras e de elemento aglutinador ou unificador de todo o sistema constitucional.”.

Administrativo. A regra jurídica remissiva é, na essência, resultado do processo de deslegalização legislativa (ou delegação em sentido amplo).

Tal autorização normativa, enquanto ato de delegação, deve ser extraída, por força das noções de legalidade administrativa e de legitimidade democrática, de um ato de índole legislativa ou com força de lei que defina, ainda que implicitamente, quais e de que maneira instâncias públicas, legislativas ou administrativas, promoverão a incorporação jurídica de conteúdos técnicos de interesse da Administração Pública no direito.

Tal norma jurídica abstrata terá que, necessariamente, definir a competência do ente, legislativo ou administrativo, que, na sequência, fará a incorporação de normas técnicas, bem como terá que informar, de forma mais ou menos específica, em que circunstâncias empíricas o fenômeno da incorporação será desenvolvido. Considerando que só as regras jurídicas, dada a sua menor abstração, podem atribuir sozinhas competência a outros entes públicos e disciplinar, com maior pormenor, matéria de interesse da Administração Pública, parece-nos imperioso reconhecer que apenas aquelas espécies normativas terão aptidão para remeter ou autorizar outros entes a introduzir normas técnicas no âmbito do Direito Administrativo. Os princípios não dispõem de aptidão, em virtude de seu alto grau de abstração e de sua sujeição imanente à ponderação de interesses, para regular sozinhos circunstâncias empíricas suficientemente precisas para atribuir a um ente público, com alguma segurança, a competência para incorporar normas técnicas na ordem jurídica.

Desta forma, embora os princípios tenham potencial para auxiliar o intérprete na missão de compreender o significado da regra remissiva, a estrutura da norma jurídica que promove a autorização do ingresso de normas técnicas no âmbito do Direito Administrativo não poderá ser outra senão a de regra jurídica. Terá que ter campo de incidência bem definido, dentro da lógica dworkiana do “tudo-ou-nada”, onde fique evidente para quem o legislador está delegando poderes para importar conteúdos técnicos.

Outrossim, a regra jurídica remissiva constitui, portanto, espécie normativa legal, supralegal, constitucional, internacional ou comunitária que, através da remissão, autoriza instâncias públicas, conforme a técnica legislativa politicamente escolhida, a inserir normas técnicas no ordenamento jurídico. Sua função primordial é, neste contexto, conferir legitimidade democrática a uma futura incorporação jurídica de norma técnica

por entes sem a mesma legitimidade, oferecendo-lhe suporte legal para desempenhar tal função.

3.2.1. As técnicas legislativas usadas pelas regras jurídicas remissivas

Em matéria de Direito Administrativo, podemos mencionar duas grandes formas de autorização de incorporação de normas técnicas no ordenamento jurídico, a saber: a) estática e b) dinâmica. Basicamente, o que distingue estas duas modalidades de autorização de inserção de normas técnicas no direito é a possibilidade, exclusivamente nos casos de remissão dinâmica, de substituição de conteúdos técnico-científicos em razão de sua obsolescência ou por força de mudança de entendimento quanto à escolha técnica anterior.

Independentemente da técnica empregada, qualquer dessas espécies de autorização legislativa deve ser vista, em princípio, como válidas e possíveis. Tal escolha política caberá ao legislador competente pela edição da regra jurídica remissiva e levará em consideração as peculiaridades de cada ordenamento jurídico e o contexto jurídico-político em que está inserido. Definir, de forma metafísica, de que maneira o legislador de cada local dará cabo deste processo resultaria na impossibilidade de o direito contextualizar o tecnicismo segundo os valores de determinada comunidade política.

Neste contexto, devem ser consideradas estáticas, as seguintes formas de autorização de incorporação de normas técnicas: i) autorização pela via da incorporação textual de norma técnica (ou remissão imprópria) e ii) autorização através da remissão explícita a normas técnicas específicas (ou remissão explícita específica).

Por outro lado, deverão ser consideradas dinâmicas, as seguintes formas de autorização de incorporação de normas técnicas: iii) autorização através da remissão explícita a normas técnicas inespecíficas (remissão explícita inespecífica); iv) autorização implícita de inserção de normas técnicas através de conceitos jurídicos indeterminados (remissão implícita por conceitos jurídicos indeterminados) e v) autorização implícita de inserção de normas técnicas através de regras de competência definidoras da atribuição

funcional de entes ou profissionais com especialização técnica¹⁸⁷ (remissão implícita através de regras de competência).

No primeiro caso, o texto normativo, a um só tempo, autoriza e insere conteúdo técnico-científico de forma exaustiva, não sendo necessário ao intérprete da regra jurídica, para compreender seu significado, apoiar-se em normas técnicas produzidas extramuros. Trata-se, portanto, de remissão imprópria, já que o legislador não precisa reportar-se a uma norma técnica qualquer, incorporando seu conteúdo no próprio texto da norma legal. Tal forma de autorização e inserção jurídica de normas técnicas poderá operar-se em nível internacional, comunitário, constitucional ou legal, sendo suficiente para constatar a mera “textualização” normativa da opção técnico-científica importada para o direito. Exemplificando, um órgão de fiscalização de determinado município, que interdita uma igreja que vem causando transtornos a toda a vizinhança em razão da não instalação de isolamento acústico, está legitimado a atuar pela via aqui proposta caso conste de uma mesma norma legal informações quanto aos padrões técnicos a serem considerados no momento da medição sonora e quais as consequências jurídicas de seu descumprimento. Seguindo, por exemplo, os padrões brasileiros, a previsão no texto legal da proibição de ruídos acima de 50 decibéis, durante o período noturno, consistiria hipótese clara de inclusão de norma técnica na regra jurídica remissiva.

No segundo caso, a regra jurídica remissiva, diferentemente, não terá a pretensão, como no exemplo anterior, de importar textualmente o conteúdo técnico, mas de apontar a necessidade de considerar uma solução desta natureza corporificada em norma técnica. Trata-se, portanto, de espécie de norma jurídica, cujo conteúdo será preenchido em parte

¹⁸⁷ Em proposição semelhante, Marc Tarrés Vives, “Las normas(...)”, obra citada, p. 172, apresenta três formas de incorporação de normas técnicas: “Em síntese, os casos descritos permitem distinguir entre: 1) o reenvio estático ou receptivo da norma técnica e 2) o reenvio dinâmico ou remissivo da norma técnica. Junto a este tipo de reenvio de caráter direto existiria também 3) o reenvio indireto a normas técnicas que atuaria a partir da remissão mediante cláusulas gerais contidas na norma jurídica.” Nós, entretanto, optamos por apresentar cinco formas de incorporação, embora reconheçamos que, no terceiro e no quarto caso, o legislador tenha feito a opção por cláusulas gerais, com a diferença, contudo, que no terceiro há opção por uma remissão expressa “aberta e atemporal” a normas técnicas, enquanto no quarto tal “remissão” depreende-se do significado semântico dos conceitos jurídicos utilizados. O autor também não inclui a possibilidade de determinada norma técnica ser textualmente introduzida no texto da norma. Embora essa solução não seja a mais indicada por não se compatibilizar com a mobilidade das ciências, não nos parece possível excluir tal hipótese diante da ampla discricionariedade política garantida ao legislador que, em circunstâncias muito particulares, pode optar por não fazer qualquer remissão, mas sim incluir padrões técnicos em textos de lei.

por norma técnica expressamente indicada¹⁸⁸. Nestes casos, o conteúdo técnico-científico não constará de nenhum texto normativo, embora os efeitos de tal escolha legislativa em nada se diferenciem da hipótese anterior, já que a presença da norma técnica constará do próprio texto, não em função da transcrição de seu conteúdo, mas por força de expressa remissão feita pelo legislador (em sentido amplo). Na prática, os efeitos advindos do regime jurídico técnico da regra única e o ora analisado são os mesmos, pois, em que pese a inexistência de transcrição de conteúdos técnicos, a mera referência a eles já será suficiente para se promover a sua incorporação na norma jurídica remissiva e no próprio direito. Como na técnica legislativa precedente, a natureza da regra remissiva poderá ser internacional, comunitária, constitucional ou legal. Retomando ao exemplo anterior, o mesmo órgão de fiscalização municipal, se brasileiro, poderá interditar, igualmente, a mesma igreja, caso o texto da lei municipal faça remissão expressa à norma técnica NBR n° 10.151 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), que definiu, no ano de 2000, segundo “*avaliação do ruído em áreas habitadas visando o conforto da comunidade*”, que a emissão de ruídos, durante período noturno, não poderia ultrapassar 50 decibéis.

Com efeito, a existência deste modelo legislativo de conteúdo técnico exige que a norma técnica remetida esteja claramente individualizada, possibilitando que o intérprete e aplicador da regra remissiva possa, a partir do conteúdo técnico previamente delimitado, compreender o significado da norma jurídica, aplicando-a juridicamente. Caso não haja a indicação de uma norma técnica específica, o regime jurídico formar-se-á através da técnica legislativa da remissão expressa inespecífica, expediente recomendado para contextos em que se vislumbre a possibilidade de alteração de resoluções científicas pretéritas.

A desvantagem das duas técnicas legislativas anteriores está na imobilidade do processo legislativo. Isto porque a obsolescência da norma técnica afetará a norma jurídica remissiva que, por estar comprometida com uma opção técnica específica,

¹⁸⁸ A este fenômeno, Marc Tarrés Vives, “La norma...”, obra citada, p. 171, denomina “reenvio material ou receptivo(...) se caracteriza por incorporar a norma reenviada à norma reenviante como se se tratasse de uma norma própria.” Em nota de rodapé, o mencionado autor cita, como exemplo, o RD n° 3360 de 30 de novembro de 1983, resultado da aprovação da Regulamentação Técnica-Sanitária do Cloro. Em seu anexo I, o referido regulamento definia os índices de cloro ativo e alcalinidade através de remissão expressa à norma técnica UNE 55-528-77. Tal remissão, denominada pelo autor como “estática”, impediu que normas técnicas atualizadas disciplinassem a questão.

perderá qualquer funcionalidade prática, tornando-se debilitada do ponto de vista jurídico. Voltando ao exemplo da poluição sonora em município brasileiro, caso a norma técnica NBR nº 10.151 deixe de existir por decisão da ABNT, a norma jurídica que a incorporou textualmente ou por remissão específica, em razão de sua vinculação textual à citada norma técnica, perderá sua eficácia em virtude da impossibilidade de subsistência parcial do texto. Qualquer solução para o caso dependerá de alteração legislativa ulterior capaz de redefinir o marco regulatório. Por outro lado, tal técnica oferece a vantagem de pacificar eventuais controvérsias técnicas, evitando uma atuação incoerente da Administração Pública em temas considerados cruciais para o legislador.

Na terceira hipótese, o legislador, ao autorizar a inserção jurídica de conteúdos técnicos, não indica precisamente a norma técnica que deverá ser acolhida, contentando-se em informar apenas a necessidade de importá-la para o âmbito do Direito Administrativo através de expressões como “conforme a melhor solução técnica possível”, “segundo a norma técnica mais atualizada” ou, ainda, “por meio de norma técnica definida pela Organização Mundial do Trabalho” etc. Tal técnica legislativa, considerada “dinâmica”¹⁸⁹, visa evitar que alterações do conteúdo de normas técnicas anteriores, decorrentes de mudanças de entendimentos científicos, prejudiquem uma melhor e mais atualizada interpretação da norma jurídica. A regra jurídica remissiva terá, nestes casos, que ser periodicamente compreendida a partir da análise de conteúdo técnico-científico móvel¹⁹⁰, delineando-se, assim, um claro propósito de impedir a necessidade de edição de nova norma jurídica sempre que houver alterações no quadro científico.

Em apertada síntese, o sistema normativo, sem se preocupar em definir, *a priori*, o conteúdo técnico-científico da regra jurídica remissiva, opta, nestes casos, por autorizar a inserção de normas técnicas na ordem jurídica por meio de outros entes públicos, legislativos ou administrativos, sem vinculá-los a um conteúdo específico; com isso, delega (ou deslegaliza) para os mesmos a obrigação de considerar, sempre que necessário, os padrões técnicos reinantes ao tempo do exercício de sua competência. Enquanto nos dois modelos anteriores a autorização e incorporação de normas técnicas serão efetivadas pela própria regra remissiva com o propósito de garantir direitos e proteger bens jurídicos,

¹⁸⁹ Neste sentido, Marc Tarrés Viveis, “Las normas(...)”, obra citada, p. 178 e ss.

¹⁹⁰ Ou nos termos empregados por Esteve Pardo, “Técnica(...)”, obra citada, p. 174, “Lei de conteúdo móvel”.

provocando, em certa medida, uma espécie de “enclausuramento normativo”, no regime jurídico técnico em análise o legislador permitirá que outros entes públicos promovam tempestivamente a incorporação jurídica de novos conteúdos técnicos, “oxigenando” o sistema sempre que for relevante para os interesses envolvidos. A vantagem deste regime jurídico será, portanto, evitar que a obsolescência de normas técnicas, decorrente da evolução do pensamento científico, importe em grave desatualização do sistema normativo - que poderá não ser atualizado, por gozar de maior estabilidade jurídica, no tempo recomendável -, possibilitando uma maior aproximação entre comandos normativos e determinada realidade fática. Exemplo concreto ocorreu no Brasil no setor de produção de energia elétrica. Como é sabido, a ciência não é categórica quanto aos riscos à saúde advindos da exposição de seres humanos à radiação emitida por linhas de transmissão de energia elétrica. O legislador brasileiro, diante da existência de controvérsias científicas sobre o tema, editou a Lei Federal nº 11.934/2009 que, em seu artigo 4º, optou por adotar as regras técnicas definidas pela Organização Mundial de Saúde quanto aos níveis de emissão de radiação destes equipamentos. O legislador, neste caso, não individualizou a norma técnica, mas apenas a entidade que a elabora. Ao agir desta maneira, o parlamento brasileiro reduziu consideravelmente a margem de escolha técnica da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) que, por meio da Resolução nº 398/2010, não teve outra alternativa senão adotar os critérios técnicos definidos pela Comissão Internacional de Proteção contra Radiação não Ionizante, órgão da OMS¹⁹¹.

Na quarta hipótese, o legislador (em sentido amplo), de forma proposital, embora deixe de fazer qualquer remissão explícita à necessidade de importar conteúdos técnico-científicos definidos em normas técnicas, introduz no texto normativo conceitos jurídicos indeterminados, cujos significados só poderão ser compreendidos a partir de entendimento prévio daquelas; a autorização de inserção de conteúdos técnicos decorrerá, não de uma referência expressa do autor do texto da regra remissiva a normas técnicas, específicas ou não, mas da necessidade de compreensão do significado de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados de conotação técnico-científica. Enquanto no método anterior, o intérprete deve apenas localizar qual a melhor norma técnica aplicável em

¹⁹¹ Por conta da controvérsia científica sobre o tema, entidades brasileiras ligadas à proteção do meio ambiente ingressaram com diversas ações objetivando, com base no princípio da precaução, a alteração do referido critério técnico por outro que impusesse menos riscos à saúde. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, no bojo do Recurso Extraordinário n. 627189/SP, negou tal pretensão sob a alegação de que a norma técnica emitida pela OMS oferecia padrões seguros de segurança.

determinado tema, não havendo espaço semântico para a compreensão do conteúdo do texto normativo, na hipótese ora ventilada será necessário algo mais: interpretar conceitos de natureza científica a fim de definir quais conteúdos técnico-científicos prestam-se a conferir um melhor significado. Exemplo ocorrido nos Estados Unidos refere-se à validade da interpretação do termo “águas navegáveis” contido no *Clean Water Act* pelas agências reguladoras *US Environmental Protection Agency* e *Army Corps of Engineers*. Segundo relata Robert W. Adler¹⁹², as referidas agências adotaram o conceito de “águas navegáveis” fornecido pela norma técnica *Water of the United States rule*. A controvérsia jurídica instalou-se – e ainda não há um desfecho para ela – porque, segundo partes interessadas, o significado dado teria transbordado os limites linguísticos definidos pelo ato legislativo (*Clean Water Act*). Tal caso denota bem o papel da Administração Pública, em especial das agências reguladoras ou independentes, na interpretação jurídica, seja em abstrato (*regulation*), seja em concreto (*adjudication*), de conteúdos vagos contidos na norma legal.

Da mesma forma que nos casos de remissão explícita à norma técnica inespecífica, tal técnica legislativa, também considerada dinâmica, tornou-se corrente nos dias atuais em razão da percepção de mutabilidade do conhecimento técnico ou do entendimento que se tem dele, o que tem possibilitado que o progresso científico e suas controvérsias induzam o processo de evolução interpretativa das instituições, sem a necessidade de renovação do processo legislativo.

Em princípio, não há neste dinamismo qualquer razão para considerar este método de legislar violador do princípio da legalidade. Tal conclusão deflui das seguintes premissas: a) a incorporação de normas técnicas por outros entes sempre terá fundamento, ainda que remoto, na lei (em sentido amplo); b) o Estado manterá a possibilidade, se entender necessário, de alterar a normatização existente¹⁹³, conferindo, se for o caso, maior segurança jurídica às relações a ela subjacentes; c) a norma jurídica aperfeiçoa-se, não com a promulgação e publicação de seu texto, mas sim com sua interpretação e aplicação jurídicas. Destarte, vagos ou não, o significado de conceitos definidos em textos

¹⁹² Robert W. Adler, “US environmental protection agency’s new waters of the United States Rule: connecting Law and Science”, *Freshwater Science*, volume 34, n. 4, 2015.

¹⁹³ Por esta razão, a objeção, apontada por J. Esteve Pardo, “Técnica(...)”, obra citada, p. 174, segundo a qual tais técnicas legislativas abririam um espaço de liberdade demasiadamente grande em favor das instâncias formuladoras de normas técnicas, não deve impressionar. Todo o poder sempre será mantido com as instâncias políticas que só aceitarão mudanças em formulações das normas técnicas se assim desejarem.

normativos sempre poderá ser compreendido por meio da interpretação. Assim, como há textos legais que, por força de uma intencionalidade legislativa, são interpretados a partir de padrões semânticos mais claros – o que, provavelmente, contribuirá para uma fácil compreensão de seu sentido por parte do intérprete -, há também textos legais, técnicos ou não, que exigem do operador do direito uma compreensão mais profunda do significado de conceitos extrajurídicos (técnicos, políticos e até morais) para que se apreenda seu conteúdo material. Portanto, não há qualquer novidade em permitir que conceitos vagos técnicos, definidos em lei, sejam densificados por obra interpretativa da Administração Pública tecnocrática. Nesta seara, caberá ao legislador ter apenas a cautela de, a partir de uma normatização exageradamente difusa, não transferir para o formulador de normas jurídicas ou condutas administrativas incorporadoras um exagerado poder, debilitando, de forma desproporcional e irrazoável, a legitimidade daqueles que, em nome do povo, elaboram textos normativos.

Por fim, a quinta técnica legislativa consiste na edição de regra jurídica remissiva que implicitamente, ao prever regra de competência de ente ou profissional cujas funções têm natureza técnico-científica, admite que a Administração incorpore, no exercício de suas funções, normas técnicas. Nestes casos, será uma norma ou conduta administrativas técnicas de autoria de entes ou profissionais com vocação técnico-científica que produzirão a incorporação de conteúdos técnicos no âmbito do Direito Administrativo. Como nenhum agente ou órgão público pode agir sem amparo em norma jurídica legal (em sentido amplo), a autorização genérica, para formalizar a inserção de normas técnicas no universo administrativo em que certas pessoas, jurídicas ou físicas, atuam, defluirá de regras remissivas de competência que acabam por autorizar uma atuação técnica superveniente. Tal cenário verificar-se-á em relação a qualquer ente ou funcionário públicos cujas atribuições pressuponham especialização técnica.

A regra de competência funciona, portanto, como uma espécie de norma de segurança mínima, apta a atribuir funções de incorporação técnica a pessoas, físicas ou jurídicas, cujas atribuições pressupõem a aplicação de conhecimentos técnico-científicos. Com esta precaução, assegura-se um mínimo de legitimidade democrática às suas atividades públicas, sem lhes retirar a prerrogativa de uma atuação eminentemente técnica.

Assim, não será necessária qualquer referência expressa à importação de normas técnicas para que a Administração Pública atue segundo tais padrões. A mera existência

de regra remissiva de competência pressupõe, dada a natureza da atividade a ser desempenhada, uma atuação técnica e a necessidade, para tanto, de incorporar ao universo do direito conteúdos técnico-científicos produzidos extramuros. A previsão legal de um quadro de funcionários públicos com especialização técnica, como médicos, engenheiros, economistas, contadores, advogados, etc. ou de entidades com atribuição específica para a inserção de conteúdos técnicos, como é o caso das chamadas agências reguladoras ou independentes, pressupõe, por óbvio, a aquiescência das instâncias democráticas quanto à atribuição destes de importar conteúdos técnicos com a finalidade de resolver problemas enfrentados pelo Direito Administrativo. Substancialmente, a principal diferença entre este modelo e os anteriores consiste no fato de que, neste último caso, a autorização para incorporação de normas técnicas extrai-se de uma pressuposição lógica, qual seja: determinados agentes, órgãos e entidades atuam sempre com fundamento em normas técnicas, sendo defeso aos mesmos atuarem fora de paradigmas científicos reconhecidos em ambiente técnico-científico, amparados por mero subjetivismo ou sentimentalismo.

Sujeitas ao princípio da constitucionalidade e da legalidade, as normas de competência não podem, em princípio, ser presumidas¹⁹⁴, modificadas, renunciadas ou alienadas¹⁹⁵; constituem, na qualidade de corolário das ideias de segurança jurídica e de confiança legítima, uma garantia do cidadão comum que deve conhecer sempre o espaço, legislativo e administrativo, no qual os órgãos estatais poderão juridicamente atuar sem violar direitos ou interesses.

3.3. A incorporação de normas técnicas pelo legislador

A forma mais tradicional de incorporação de normas técnicas no ordenamento jurídico ocorre sempre que o próprio legislador derivado promove, como base em norma legal (em sentido amplo) anterior e de origem remissiva, a incorporação de normas técnicas no ordenamento jurídico. Tal prática normalmente ocorrerá nos casos em que uma regra remissiva de patamar hierárquico superior delega para outro ente legislativo a tarefa de oficializar o transporte de normas técnicas para o interior do sistema normativo.

¹⁹⁴ Os chamados “poderes implícitos”, como bem adverte Luís Filipe Colaço Antunes, “A Ciência(...)”, obra citada, p. 244/245, decorrem, em realidade, da interpretação da própria norma jurídica.

¹⁹⁵ Neste sentido, Luís Filipe Colaço Antunes, “A Ciência(...)”, obra citada, p. 213.

Forma-se, a partir daí, um escalonamento vertical de normas concebido por mais de uma regra jurídica de cunho exclusivamente legislativo. Assim, uma regra remissiva comunitária poderá ser complementada por uma regra incorporadora infraconstitucional; uma regra remissiva internacional poderá ser conjugada com regras incorporadoras locais etc. As combinações podem ser inúmeras, dependendo de cada modelo normativo. O artigo 4º, itens 2 e 3, do Decreto-Lei nº 141/2010, que realizou no âmbito do Estado-membro português a transposição da Diretiva Europeia nº 2009/28/CE, optou, por exemplo, por definir tecnicamente o conceito de biocombustível e biomassa¹⁹⁶. Neste caso específico, o governo português, no exercício de atividade tipicamente legislativa¹⁹⁷, incorporou noções técnico-científicas extramuros para o interior da ordem jurídica, mantendo-a impressa em norma jurídica legislativa. Exemplo semelhante é o do artigo 3º da Lei Federal brasileira nº 11.445/2007 que, em matéria de saneamento básico, optou por definir tecnicamente “saneamento básico”, “abastecimento de água potável”, “esgotamento sanitário”, “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos” e “drenagem e manejo de águas pluviais”.

Tal prática, contudo, tem o inconveniente de manter, em âmbito parlamentar, a discussão em torno de temas que, muitas vezes, requerem maior grau de especialização e dinamismo, e ainda podem estar sujeitos a alterações decorrentes do avanço do conhecimento científico.

Contudo, como, em tese, esta é uma matéria que deve ser submetida à apreciação política do legislador, não há como descartar hipóteses em que, em virtude do bem jurídico envolvido e da importância que cada Estado lhe confere, seja recomendada a prolação de juízo político por parte dos mandatários da soberania popular. É o caso, por exemplo, de temas como clonagem humana, marco inicial da vida, manipulação genética e outros tantos. Nesta seara, o controle da atividade legislativa e de eventuais escolhas

¹⁹⁶ “Artigo 4º: 2- Para os efeitos do presente decreto-lei, entende-se por biocombustíveis os combustíveis líquidos ou gasosos para os transportes, produzidos a partir de biomassa; por biolíquidos entende-se os combustíveis líquidos para fins energéticos, com exceção dos destinados aos transportes, incluindo electricidade, aquecimento e arrefecimento, ambos produzidos a partir de biomassa(...) - 3 - Para os efeitos do presente decreto-lei, entende-se por biomassa a fração biodegradável de produtos, resíduos e detritos de origem biológica provenientes da agricultura, incluindo substâncias de origem vegetal e animal, da exploração florestal e de indústrias afins, incluindo da pesca e da aquicultura, bem como a fração biodegradável dos resíduos industriais e urbanos.”

¹⁹⁷ No modelo constitucional parlamentarista português, os decretos-leis, embora editados pelo governo, são considerados, na forma do artigo 201 da Constituição da República, normas legislativas.

técnicas inválidas à luz dos princípios jurídicos existentes terá conotação meramente abstrata, cujo alcance será definido por cada ordenamento jurídico; nestes casos, o chamado controle judicial abstrato de legalidade e de constitucionalidade apresentam-se como os mecanismos mais usuais para a apreciação da compatibilidade vertical entre normas legais.

3.4. As formas de incorporação de normas técnicas pela Administração Pública

Editada por via legal (em sentido amplo) uma regra jurídica remissiva, tem-se por autorizada juridicamente a entrada de normas técnicas no universo do Direito Administrativo. Como já dissemos, esta autorização legal, muitas das vezes, não será suficiente para que conteúdos técnicos sejam formalmente introduzidos no direito, passando a contribuir para a solução de problemas jurídicos concretos. Para tanto, será necessário que o legislador, como no tópico anterior, ou a Administração Pública faça, por meio de novas regras jurídicas e/ou condutas administrativas, a escolha pelas normas técnicas que irão ser incorporadas na ordem jurídica.

Assim, havendo autorização legal do ingresso de normas técnicas no Direito Administrativo, caberá avaliar, casuisticamente, qual a solução dada pelo ordenamento jurídico quanto à sua forma de inserção, em especial se a incorporação de conteúdos técnicos dar-se-á, no que compete à Administração Pública, pela via de novas regras jurídicas (*regulation*) ou através de condutas administrativas concretas (*adjudication*). No primeiro caso, a escolha técnica acontecerá no plano normativo abstrato; no segundo, no plano fático ou concreto.

De todo modo, afigura-se importante ressaltar desde já que cada sistema jurídico poderá tornar essa interação entre normas legais e normas e condutas administrativas menos simplificada, sendo possível vislumbrar, por exemplo, incorporações técnicas feitas apenas parcialmente pela Administração Pública no âmbito normativo, que deverão ser complementadas, nestes casos, por condutas administrativas igualmente incorporadoras.

a) A atuação normativa (*regulation*)

A Administração Pública poderá importar normas técnicas através do exercício de seu poder normativo. Tal prerrogativa consiste em atribuir-lhe o poder de regular temas já tratados pelas regras remissivas de forma não exaustiva. Tal atividade, no campo técnico, insere-se naquilo que o direito dos Estados Unidos convencionou chamar de *regulation*, atividade normativa abstrata exercida por pessoas jurídicas administrativas com o propósito de introduzir normativas técnicas no interior da ordem jurídica. No fundo, tal modelo consagra a possibilidade de a Administração Pública interpretar juridicamente norma legal que lhe autoriza a inserir, total ou parcialmente, normas técnicas por meio da edição de outra regra jurídica geral e abstrata.

Assim, a regra jurídica incorporadora de origem administrativa tem por função principal formalizar, com fundamento em regra remissiva legal, o ingresso de normas técnicas no âmbito do Direito Administrativo. Mesmo possuindo natureza derivada e complementar, a norma reguladora assumirá o relevante papel de concretizar uma escolha administrativa de natureza técnica. Ao contrário das regras remissivas que, como vimos, podem ser dinâmicas ou estáticas, as regras incorporadoras devem efetivar o ingresso de normas técnicas no universo do direito, possibilitando que a Administração Pública, a partir do regime jurídico formado, possa, quando necessário, praticar uma conduta concreta de índole técnica.

Por este motivo, para que se possa falar em regra jurídica incorporadora administrativa impõe-se a existência de texto normativo claro e com âmbito de incidência capaz de promover, de fato, a inserção de normas técnicas no direito. Caso uma determinada norma jurídica não tenha tais características, a incorporação de normas técnicas apenas poderá ser efetivada por via de uma conduta administrativa concreta, de fim ou de meio, que, por escolha da ordem jurídica, servirá como veículo apto a transportar conteúdos técnicos de fora para dentro do Direito Administrativo.

Em resumo, toda ordem jurídica que pretenda atribuir a questões científicas papel decisivo na solução de problemas administrativos deve inserir normas técnicas no universo do direito, atribuindo-lhes consequências e disciplinamentos jurídicos capazes de conferir efeitos desta natureza ao seu conteúdo técnico-científico. As regras jurídicas incorporadoras, entendidas aqui como sendo aquelas que congregam, a um só tempo,

conteúdos técnicos e jurídicos (do contrário, não seriam normas jurídicas, mas somente técnicas), prestam-se, portanto, a formalizar, pela via normativa, a introdução, com fundamento em uma ou mais regras remissivas, de normas técnicas na ordem jurídica. As normas reguladoras finalizam normativamente, com fundamento em regra remissiva, a “juridificação” da norma técnica¹⁹⁸.

Com efeito, tal atuação administrativa regulatória não está livre de controle democrático, devendo ajustar-se não só à lei, mas aos princípios jurídicos envolvidos, sobretudo àqueles ligados à Administração Pública e à proteção de direitos fundamentais, de forma a torná-la compatível com a ordem jurídica vigente entendida aqui em sua dimensão mais ampla possível. Ou seja, criada uma regra jurídica incorporadora, a mesma poderá, segundo os critérios definidos por cada ordenamento jurídico, ser submetida ao controle de sua legalidade e constitucionalidade, sobretudo quanto às escolhas técnicas subjacentes. Relembremos o exemplo americano citado por Robert W. Adler: o *Clean Water Act*, norma legal, definia que as preocupações americanas com a poluição da água de seu território deviam ter em conta o conceito vago de “águas navegáveis”. Na sequência, agências reguladoras interessadas, *US Environmental Protection Agency* e *Army Corps of Engineers*, com o objetivo de densificar tal conceito, incorporaram ao ordenamento jurídico americano norma técnica elaborada pelo instituto privado denominado *Water of the United States Rule*. Ocorre que, segundo alguns interessados, o conceito adotado teria ido além dos limites semânticos definidos pela norma legal, tornando o ato normativo suscetível de controle judicial abstrato. Em síntese, o que se quer dizer aqui é que as escolhas técnicas efetivadas no plano de norma abstrata pela Administração Pública também poderão ser sindicadas conforme os mecanismos de controle existentes em cada ordem jurídica, sendo imprescindível para tanto avaliar se aquelas situavam-se ou não numa zona considerada pelo direito como tecnicamente discricionária.

A regulação técnica parece ser um caminho natural diante da complexidade da vida atual, dos proveitos sociais que, por certo, advêm dos avanços técnico-científicos e da incapacidade da “vontade geral”, corporificada na lei formal, disciplinar, em certas circunstâncias fáticas e políticas, de forma eficiente e integral, o conteúdo de normas técnicas. Qualquer entendimento diverso resultaria, em muitos casos, numa

¹⁹⁸ Sobre a controvérsia acerca da “juridificação” das normas extrajurídicas quando remetidas pela lei, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 763 e seguintes.

supervalorização da ideia de segurança jurídica com resultados desastrosos para a própria estabilidade da relação entre a Administração Pública e o administrado¹⁹⁹.

b) A atuação concreta (*adjudication*)

A segunda hipótese de incorporação das normas técnicas pela Administração Pública dá-se nos casos em que esta, diante de uma situação concreta, faz uso das chamadas normas técnicas para praticar uma conduta administrativa: um ato, contrato ou outra modalidade de ação administrativa. Nestes casos, a Administração Pública, sempre amparada em alguma regra remissiva legal, complementada ou não por normas legais e administrativas, que lhe confira poderes para tanto, poderá incorporar, como fundamento de decidir em concreto, normas técnicas ao ordenamento jurídico.

Neste ponto, é importante consignar desde já, sem prejuízo de maiores aprofundamentos ao longo do trabalho, que a incorporação de normas técnicas pela Administração Pública a partir de uma atividade concreta deverá ter em conta os limites impostos pelas normas jurídicas em abstrato, bem como os efeitos sociais de suas escolhas. É preciso criar a consciência jurídica de que a atividade administrativa não se insere mais na lógica bilateral do passado (Administração-administrado). As condutas praticadas pela Administração Pública, de fim ou de meio, têm na modernidade alcance multilateral ou poligonal. Afetam não apenas as partes formalmente envolvidas, mas um número, muitas vezes, indeterminado de pessoas. Por esta razão, a conduta administrativa técnica deve considerar, enquanto resultado da interpretação e aplicação de regimes jurídicos desta mesma natureza, todos os interesses envolvidos, tanto o interesse público a ser perseguido pela norma jurídica quanto os direitos fundamentais de todos aqueles direta ou indiretamente afetados²⁰⁰. Daí o crescimento da importância de juízos

¹⁹⁹ Neste sentido, Sérgio Guerra, “Discrecionariade(...)”, obra citada, p. 98/99.

²⁰⁰ Sobre o assunto, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 436. No mesmo sentido, ensina Vasco Pereira da Silva, em “O contencioso(...)”, obra citada, p. 156/157: “Na verdade, aquilo que caracteriza a Administração Pública de hoje, mais do que cada um dos atos isolados, é a dimensão social desta atividade, são os efeitos de que ela produz relativamente à sociedade no seu conjunto. Essa dimensão “infraestrutural” da Administração manifesta-se, não apenas quando a Administração atua através de ato genéricos (o que é cada vez mais frequente), mas também quando a Administração atua de forma individual, uma vez que esses atos, na grande maioria dos casos, não afetam unicamente os seus imediatos destinatários, mas produzem efeitos que vão muito além das pessoas por eles diretamente visadas(...)”.

ponderativos por parte também da Administração Pública e, em casos extremos, a possibilidade até de desaplicação de normas jurídicas quando em clara afronta aos princípios jurídicos do sistema normativo.

b.1) Espécies de condutas administrativas concretas

Tais condutas administrativas incorporadoras de normas técnicas podem ser, conforme a regulação encaminhada pela regra remissiva, condutas-fim ou condutas-meio: enquanto as primeiras promovem a incorporação de normas técnicas sempre que a autoridade pública decisória estiver no exercício de atividade final ou externa de natureza tecnocrática, como aquela desenvolvida por médicos públicos durante um procedimento cirúrgico²⁰¹, na segunda, a atividade de índole técnica desenvolvida deve ser enquadrada como sendo meramente instrumental ou interna²⁰²; nestes casos, o administrador público, após inserir conteúdos técnicos no seu processo decisório, terá que submeter sua decisão a outro agente público, este sim com competência para praticar uma conduta administrativa final. Como exemplo desta prática comum, podemos citar os pareceres técnicos elaborados por profissionais com especialização técnica e que visam subsidiar decisões administrativas da competência de outras autoridades públicas. Tais atos administrativos, apesar de incorporadores de conteúdos técnicos no âmbito da Administração Pública, não possuem natureza de conduta-fim, já que dependem da superveniência de outra decisão administrativa para produzirem efeitos externos. Poderão ser, conforme cada ordem jurídica, vinculativos ou não²⁰³.

Quando um Ministro de Estado solicita a um setor técnico um parecer sobre o impacto ambiental de uma obra pública que pretende executar, os agentes públicos encarregados de tal tarefa poderão socorrer-se, por força de competência definida em

²⁰¹ Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 459, cita como exemplo de conduta técnica de fim as decisões exaradas por “conselhos científicos das unidades orgânicas das universidades públicas, os júris de provas ou concursos universitários.”

²⁰² Neste sentido, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 459.

²⁰³ Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 459/460, adota divisão diferente. O referido autor português distingue três categorias de condutas administrativas técnicas. A primeira se enquadraria no que denominamos de conduta-fim; as outras duas, no que chamamos de conduta-meio (seriam condutas desta natureza aquelas que serviriam para justificar a conduta-fim de natureza política ou ainda aquelas que dependam da submissão a um órgão consultivo de natureza técnica).

regra jurídica remissiva, em normas técnicas não incorporadas pela via tradicional da regra jurídica e elaborar seu parecer com base em conhecimentos técnicos extraídos dos ramos da ciência envolvidos. Nestes casos, a conduta realizada pelo órgão técnico será uma conduta-meio incorporadora de normas técnicas, que só produzirá efeitos perante terceiros quando posta em prática pelo agente público responsável pela decisão final. Por outro lado, quando um enfermeiro, lotado em hospital público, ministra medicação intravenosa segundo protocolos internacionais não incorporados normativamente, pratica, com base em regra de competência, uma conduta-fim impregnada de conteúdos técnico-científicos.

Registre-se, por fim, que o ingresso de normas técnicas ao universo do Direito Administrativo não se fará, também aqui, ao largo do sistema normativo, como em um primeiro momento pode parecer; ao contrário, as soluções técnicas, para ingressarem licitamente no ordenamento jurídico, terão que ter amparo em regra remissiva de competência por exigência da ideia de legalidade administrativa; sem a precedência de um fundamento normativo, se estaria conferindo à Administração Pública o poder de incorporar normas técnicas sem a necessária legitimidade democrática decorrente da vontade política do parlamento.

Importante destacar ainda que não se está tratando aqui das hipóteses em que a Administração Pública apenas aplica, de forma tecnicamente vinculada, regras jurídicas remissivas e incorporadoras, sem fazer qualquer juízo técnico. Nestes casos, a conduta praticada, por não ter incorporado normas técnicas, não se enquadraria em nenhum dos modelos acima expostos. Nenhum agente público terá sido responsável pela inserção de conteúdos técnicos ao Direito Administrativo, já que, em razão da precedência de regra jurídica incorporadora, não precisou realizar qualquer apreciação técnica. Nestas hipóteses, a conduta administrativa, que não terá sido nem de fim nem de meio, serviu apenas para dar executoriedade à normatividade técnica já existente; seria, portanto, meramente executória.

4. O regime jurídico técnico-científico

Considerando que a regulação jurídica de natureza técnico-científica não se formaliza, na maior parte dos casos, a partir de uma única regra jurídica, mas sim através

da necessária combinação entre regras jurídicas remissivas e, alternativa ou cumuladamente, regras jurídicas (legislativas ou administrativas) e condutas incorporadoras, o resultado deste complexo processo constituirá um regime jurídico técnico-científico.

A Administração Pública insere na ordem jurídica, seja no âmbito da regulação (*regulation*), quando terá que interpretar as regras remissivas existentes para formular uma norma jurídica abstrata, seja no da adjudicação (*adjudication*), quando tal atividade interpretativa será necessária para incorporar normas técnicas através de uma conduta administrativa, conteúdos técnicos produzidos pela ciência com o propósito de formar um regime jurídico de natureza técnica propício à consecução do interesse público. Será esse regime que poderá ser submetido ao controle judicial.

5. Controles formal e material

Naturalmente, tal atividade de incorporação não poderá ser vista como absolutamente livre. Para que tais escolhas técnicas efetivem-se validamente será necessário que a Administração Pública comporte-se de acordo com a legalidade e juridicidade vigentes; isso implica em sua submissão a alguns testes de validade aptos a apurar seu compromisso com o direito.

Um primeiro passo para que a Administração Pública promova um encaminhamento válido das escolhas técnicas que pretende realizar consiste na identificação formal das normas jurídicas abstratas às quais está submetida. A atividade de incorporação de normas técnicas sempre se desenvolverá, como dissemos, a partir de padrões legais preexistentes. No caso da atividade de regulação, a Administração Pública sempre terá que interpretar as normas jurídicas remissivas antes de operacionalizar, por meio da edição de uma norma regulatória, a introdução de normas técnicas no âmbito do Direito Administrativo. Da mesma forma, nas hipóteses de adjudicação, entes administrativos também deverão interpretar as normas legais remissivas com o propósito de praticar uma conduta administrativa concreta, de fim ou de meio. Em ambos os casos, a missão de incorporar normas técnicas será impressa, abstrata ou concretamente, por meio de uma atividade interpretativa da Administração Pública.

Como efeito da vinculação administrativa à lei, o agir interpretativo da Administração, num primeiro momento, terá por fim identificar as normas legais aplicáveis, sua interdependência hierárquica, seus limites semânticos e seus compromissos procedimentais. O controle formal visa justamente auxiliá-la na delimitação precisa de uma zona negativa de certeza, ou seja, um espaço interpretativo dentro do qual não poderá atuar sem violar a lei, e uma zona de incerteza hermenêutica, cujo significado apenas poderá ser identificado após sua submissão à ideia mais ampla de juridicidade. Portanto, o respeito à hierarquia das normas, à sua linguagem e aos seus comandos procedimentais constitui condição *sine qua non* de validade formal da atividade administrativa técnica.

Ao lado do aqui chamado controle formal, propício para a delimitação da zona dentro da qual a Administração Pública poderá, em tese, promover escolhas técnicas, o controle material, mais amplo e com inspiração nos princípios jurídicos que informam qualquer sistema normativo e instituem suas regras, tem por propósito indicar o verdadeiro sentido hermenêutico das normas jurídicas remissivas. Isto é, excluídas as possibilidades interpretativas situadas fora dos limites formais ou extrínsecos dos textos das normas legais, a Administração Pública deverá apreciar se, à luz dos princípios jurídicos, a margem de escolha técnica subsistente não restará sensivelmente reduzida em função da influência daqueles.

Destarte, os princípios jurídicos, que podem ocupar espaços infraconstitucionais, constitucionais e até supranacionais dependendo da ordem jurídica, serão de extrema importância, apesar de não possuírem aptidão para autorizar ou incorporar, *per si*, normas técnicas no ordenamento jurídico, para a definição da validade material da norma ou conduta administrativas técnicas. Enquanto o controle formal realça apenas os limites semânticos dos textos normativos, sua relação hierárquica e comandos procedimentais, o controle material orienta a Administração Pública na definição do sentido correto destas normas segundo os princípios jurídicos. Será este significado alcançado por meio da correta interpretação de normas remissivas que possibilitará, a um só tempo, a formação de normas e condutas administrativas técnicas constitucionalmente adequadas, bem como uma avaliação segura sobre a possibilidade ou não de escolhas técnicas discricionárias.

6. Resumo do capítulo

O direito, enquanto ciência histórica responsável por avaliar, do ponto de vista jurídico-político, os efeitos da inserção de normas técnicas no sistema normativo, determina que assuntos de interesse da sociedade, especialmente aqueles que afetam seus princípios jurídicos e direitos fundamentais dos cidadãos, sejam debatidos pelo poder legislativo, instância dotada de maior legitimidade democrática. Somente os destinatários da vontade popular devem dar início a um processo de discussão e reflexão que, ao final, poderá impactar sensivelmente a vida da comunidade. É este o caso de temas que envolvem o uso da técnica. Como dissemos anteriormente, o tecnicismo não deve ser visto como inofensivo, neutro ou sempre benéfico; deve ser contextualizado em cada ambiente cultural e o direito, nesta matéria, exerce papel primordial.

No caso do Direito Administrativo, a ideia de legalidade assume contornos ainda mais rigorosos. Não há como interferir na vida do administrado sem qualquer deliberação legislativa, a mando exclusivamente da Administração Pública, cuja debilidade democrática é evidente.

Por estas razões, a autorização para incorporar normas técnicas no ordenamento jurídico deve partir de uma decisão política do legislador, ainda que este opte por não disciplinar exaustivamente o tema em sede de lei. Tal decisão autorizativa corporifica-se por meio de uma regra jurídica remissiva, cuja função principal será a de delegar a outros entes públicos, legislativos ou administrativos, a missão de incorporação definitiva de normas técnicas. A seu juízo político e a depender do bem jurídico que se pretender proteger, o legislador poderá valer-se de cinco técnicas legislativas diferentes, a saber: i) autorização pela via da incorporação textual de norma técnica (ou remissão imprópria), ii) autorização através da remissão explícita a normas técnicas específicas (ou remissão explícita específica); iii) autorização através da remissão explícita a normas técnicas inespecíficas (remissão explícita inespecífica); iv) autorização implícita de inserção de normas técnicas através de conceitos jurídicos indeterminados (remissão implícita por conceitos jurídicos indeterminados) e v) autorização implícita de inserção de normas técnicas através de regras de competência definidoras da atribuição legal e/ou funcional de entes ou profissionais com especialização técnica (remissão implícita através de regras de competência). As duas primeiras devem ser entendidas como estáticas e as demais como dinâmicas.

Dependendo da técnica legislativa utilizada, subsistirá espaço para que a incorporação de normas técnicas seja promovida no plano normativo, legal ou administrativo, ou concreto. No primeiro caso, uma nova regra jurídica, denominada de incorporadora, promoverá o transporte de normas técnicas de fora para dentro do Direito Administrativo. No segundo, o fenômeno acima descrito dar-se-á por intermédio de uma conduta administrativa concreta, de meio ou de fim.

A Administração Pública, para definir suas escolhas técnicas, deverá submeter-se a dois tipos de controle: formal e material. O primeiro objetiva definir as normas legais aplicáveis, seus limites semânticos e seus comandos procedimentais; fixa, portanto, uma zona interpretativa de certeza negativa, passando a obrigar a Administração a atuar dentro de limites hermenêuticos mais estreitos. O segundo, por sua vez, restringe ainda mais as possibilidades interpretativas da Administração Pública, obrigando-a a limitar sua margem de escolha de acordo com a influência dos princípios jurídicos.

CAPÍTULO III

A INTERPRETAÇÃO DE REGRAS REMISSIVAS À LUZ DA LEGALIDADE (CONTROLE DE FORMAL)

1. Considerações Gerais

Não obstante a inegável importância do desenvolvimento técnico-científico para o avanço da humanidade e sua contribuição, através da elaboração de normas técnicas, para o funcionamento de sistemas normativos, não devemos perder de vista o papel desempenhado pelo direito, no caso deste trabalho, pelo Direito Administrativo, na contextualização social da técnica e na sua consequente recepção por meio de textos normativos abstratos e condutas administrativas concretas.

Inicialmente, este trabalho analisará as regras remissivas numa perspectiva meramente formalista ou legalista, para somente, no capítulo subsequente, refletir sobre a maneira por meio da qual tais normas deverão ser interpretadas pela Administração Pública nas atividades regulatória ou adjudicatória, garantindo, com isso, normas e condutas administrativas incorporadoras constitucionalmente adequadas. O objetivo principal desta fase do estudo será, portanto, orientar o agir interpretativo da Administração Pública a partir da definição dos limites jurídicos dentro dos quais, ao menos abstratamente, os órgãos e agentes públicos competentes poderão, em tese, atuar com o propósito de promover escolhas administrativas formalmente corretas acerca da incorporação de conteúdos técnico-científicos no âmbito do Direito Administrativo.

A escolha por esta forma de exposição tem razões meramente didáticas e argumentativas. Não entendemos que o processo de interpretação de normas jurídicas possa desenvolver-se de maneira absolutamente estanque, como se a mente do intérprete fosse dividida pelos “escaninhos” da legalidade e da juridicidade. A submissão da Administração (por ela própria) aos controles formais e materiais (naturalmente mais amplo) visa apenas ilustrar, didaticamente, o processo de afunilamento da margem interpretativa das normas remissivas, provocado pela filtragem jurídica das escolhas técnicas da Administração Pública.

2. Critérios de verificação da validade formal das regras remissivas

Conforme expusemos anteriormente, uma regra jurídica remissiva tem a função primordial de autorizar o ingresso de normas técnicas no interior do Direito Administrativo. Tal espécie normativa, necessariamente de natureza legislativa, serve de fundamento legal para normas e condutas administrativas técnicas; portanto, é da interpretação do texto das regras remissivas que, em última análise, resultam a norma reguladora (*regulation*) e a conduta administrativa (*adjudication*), ambas incorporadoras de normas técnicas.

Em primeiro lugar, é importante consignar que as regras jurídicas remissivas podem ocupar os mais diferentes espaços dentro da hierarquia do direito, assumindo, a depender da vontade política do legislador, estatuto de norma internacional, comunitária, constitucional, legal ou até resultar da conjugação de mais de uma delas; como consequência, os regimes jurídicos técnico-científicos poderão iniciar-se, de acordo com cada ordem jurídica, em diferentes patamares normativos, adquirindo compleições físicas e estaturas hierárquicas das mais variadas; por tudo isso, não nos parece possível eliminar, em caráter preempatório, a possibilidade da configuração dos mais diferentes regimes jurídicos técnicos, desde aqueles iniciados a partir de normas supranacionais até outros que tenham como ponto de partida regras infraconstitucionais voltadas à disciplina de temas de interesse mais localizado. Até mesmo, como dissemos, a fragmentação da regulação do tema entre fontes normativas diversas afigura-se possível.

No âmbito da União Europeia, por exemplo, foi editada, em matéria ambiental e em complementação a convenções internacionais, a Diretiva n° 2009/28/CE, norma jurídica, portanto, de natureza supranacional que já nos seus “considerandos” aponta para a necessidade de os Estados-membros incorporarem tecnologias com o propósito de tornar a utilização da energia mais eficiente, sobretudo em termos de sustentabilidade²⁰⁴.

²⁰⁴ Estabelece a Diretiva n° 2009/28/CE: “O controle do consumo de energia na Europa e a utilização crescente de energia proveniente de fontes renováveis, a par da poupança de energia e do aumento da eficiência energética, constituem partes importantes do pacote de medidas necessárias para reduzir as emissões de gases com efeito de estufa e cumprir o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, bem como outros compromissos, assumidos a nível comunitário e internacional, de redução das emissões de gases com efeito de estufa para além de 2012. Estes fatores têm também um importante papel a desempenhar na promoção da segurança do provisionamento energético, na promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação e na criação de oportunidades de emprego e desenvolvimento regional, especialmente em zonas rurais e isoladas(...) **Em especial, o**

A referida diretiva europeia chega a entrar na minúcia de eleger algumas técnicas de aproveitamento energético que considera mais eficientes²⁰⁵, como aquelas que utilizam a energia solar. Em Portugal, esta norma jurídica comunitária ensejou a edição do Decreto-Lei n.º 141/2010 que definiu “*metas nacionais de utilização de energia renovável no consumo final bruto de energia e para a quota de energia proveniente de fontes renováveis consumida pelos transportes*”, bem como definiu “*os métodos de cálculo da quota de energia proveniente de fontes de energia renováveis e estabeleceu o mecanismo de emissão de garantias de origem para a eletricidade a partir de fontes de energia renováveis*.”. Nota-se, portanto, que, em matéria energética no âmbito da União Europeia, há um escalonamento de normas que se inicia no plano internacional (convenções internacionais sobre meio ambiente), transita por normas jurídicas comunitárias e desemboca, enfim, no direito interno dos Estados-membros que devem esmiuçar técnica e juridicamente a questão.

Em segundo lugar, as regras remissivas, conforme visto no capítulo anterior, podem assumir diferentes figurinos de acordo com a técnica legislativa empregada para autorizar a incorporação de normas técnicas no âmbito do Direito Administrativo. Tal condição tem contribuído para tornar os regimes jurídicos técnicos cada vez mais complexos, dificultando a tarefa da própria Administração Pública de interpretá-los e aplicá-los.

Dito isto e afastadas as normas técnicas invalidamente formuladas, cujos efeitos, como dissemos no tópico 7 do capítulo I, têm o condão de invalidar na origem o regime jurídico técnico que a incorporou, faz-se necessário, a partir de agora, avaliarmos de que maneira o controle formal possibilita a delimitação interpretativa das regras remissivas. Para tanto, será necessário considerar tanto as cinco técnicas legislativas de remissão a normas técnicas referidas no item 3.2.1. do capítulo II, como também o papel

incremento das melhorias tecnológicas, os incentivos à utilização e expansão dos transportes públicos, a utilização de tecnologias energeticamente eficientes (grifos nossos) e a utilização de energia proveniente de fontes renováveis nos transportes são alguns dos instrumentos mais eficazes com os quais a Comunidade pode reduzir a sua dependência da importação de petróleo para o setor dos transportes (onde mais se faz sentir o problema da segurança do provisionamento energético) e influenciar o mercado dos combustíveis para os transportes.”.

²⁰⁵ “As bombas de calor que permitem a utilização de calor aerotérmico, geotérmico ou hidrotérmico a um nível de temperatura útil necessitam de electricidade ou de outra energia auxiliar para funcionarem. Por conseguinte, a energia utilizada para fazer funcionar bombas de calor deverá ser deduzida do calor total utilizável. Só as bombas de calor cuja produção exceda significativamente a energia primária necessária para as fazer funcionar deverão ser tidas em conta.”.

desempenhado pelas regras jurídicas remissivas, que sempre funcionarão como paradigmas normativos de todas as demais normas hierarquicamente inferiores.

2.1. Controle formal vertical

Conforme temos defendido, um regime jurídico técnico nasce a partir de uma regra jurídica remissiva, cuja função principal deve ser autorizar, através de uma das técnicas legislativas já mencionadas, o ingresso de normas técnicas no âmbito do Direito Administrativo, assegurando, com isso, a submissão de resoluções técnico-científicas formuladas extramuros ao crivo do processo democrático.

Naturalmente, o posicionamento hierárquico destas regras remissivas pode ser o mais variado, não existindo, em princípio, qualquer vedação de natureza jurídica que impeça o legislador de situá-las nos mais diferentes pontos do ordenamento jurídico, inclusive por meio da combinação entre normas de patamares diversos. Tal fenômeno poderá produzir um conjunto complexo de mais de uma regra remissiva, levando a Administração Pública a ter que, num primeiro momento, analisar a compatibilidade hierárquica entre elas, segundo critérios definidos pelo próprio sistema normativo.

Assim, tanto na atividade regulatória quanto na adjudicatória, a Administração Pública deve agir na sequência de um escalonamento normativo logicamente definido. Tal controle formal vertical tem por propósito impedir que normas ou condutas administrativas incorporadoras surjam em descompasso com padrões hierárquicos definidos pelo direito. A feitura de normas reguladoras e a prática de condutas administrativas incorporadoras de normas técnicas dependem de autorização de regras remissivas que, muitas das vezes, encontram-se fragmentadas num complexo emaranhado de normas, escalonado de maneira harmônica pelo direito. A Administração Pública, enquanto delegatária, deve comportar-se, no momento da efetivação de suas escolhas técnicas, na sequência deste encadeamento legal.

Em resumo, a Administração Pública, enquanto primeira intérprete do regime jurídico técnico, deve, antes mesmo de interpretar seu conteúdo linguístico, avaliar se as regras remissivas que o compõem estão em harmonia entre si, integrando-se de acordo com os critérios hierárquicos definidos pelo próprio ordenamento jurídico. Nesta matéria, pouco importa se a regra remissiva de topo tem origem constitucional, comunitária,

internacional ou infraconstitucional; importa mesmo saber se o encadeamento normativo advindo dela está ou não de acordo com os padrões definidos pelo direito positivo, justificando a atividade administrativa.

2.2. Controle formal procedimental

Outro aspecto de extrema importância a ser observado pela Administração Pública refere-se aos comandos procedimentais contidos em regras remissivas técnicas. Além de autorização normativa para introduzir conteúdos técnicos, tais regras legais podem também condicionar a atuação administrativa a requisitos procedimentais, tais como a realização de audiências públicas, oitivas de especialistas, consumidores e atingidos, cumprimento de prazos, etc.

Tais procedimentos, criados normalmente para assegurar a prolação de decisão administrativa juridicamente fundamentada, criam limitações formais que, se descumpridas, lançam a Administração Pública para o terreno da ilegalidade.

Toda decisão administrativa surge na sequência de algum rito procedimental cuja existência não deve ser desconsiderada, independente do conteúdo de seu mérito. A decisão de contratar sociedade empresarial pressupõe a prévia existência de procedimento licitatório; a de dar provimento a cargos públicos, a realização de concurso público; a de desapropriar, o pagamento de indenização ao seu proprietário; a de punir um funcionário público desidioso, um processo disciplinar. Em matéria técnico-científica, a imposição de requisitos procedimentais são também comuns; a debilitação democrática decorrente da deslegalização em proveito da Administração técnica tem incluído nos ordenamentos jurídicos requisitos procedimentais extremamente relevantes. A previsão de audiências e consultas públicas, de estudos técnicos acerca do impacto ambiental de obras de grande vulto e a abertura de oportunidade para a participação daqueles diretamente afetados são apenas três exemplos corriqueiros da presença na lei de pressupostos formais prévios à decisão administrativa final.

Normalmente criados para dar efetividade a direitos fundamentais associados ao devido processo legal, tais critérios procedimentais devem ser seguidos, sob pena de ilegalidade.

2.3. Controle formal horizontal

Para aferir a compatibilidade horizontal das regras remissivas, a Administração Pública, como sua primeira intérprete, terá que refletir, antes de aplicá-las por meio de uma norma ou conduta administrativas, sobre os limites semânticos de seus textos. Tais regras (significantes), que podem assumir formas mais ou menos difusas, exigem do intérprete (a Administração Pública) a compreensão de sua extensão semântica delimitada pela linguagem. Enquanto “morada do ser”²⁰⁶, a linguagem define os limites através dos quais torna-se possível captar a essência do texto. Como os elementos integrantes das regras remissivas podem constituir-se, a depender da técnica legislativa utilizada, de mais de um significado semântico, à Administração compete compreender, no plano meramente formal-abstrato, cada uma destas possibilidades. Tal fenômeno exigirá uma reflexão hermenêutica sobre temas não só jurídicos como técnico-científicos muitas das vezes controversos, como no caso americano em que especialistas digladiaram-se acerca do conceito de “águas navegáveis”.

Portanto, verificar a compatibilidade horizontal (ou linguística) de uma regra remissiva (ou da conjugação de mais de uma delas) - e extrair todos os significados semanticamente possíveis - constitui o primeiro passo para a definição de seu alcance formal e dos limites dentro dos quais a Administração Pública poderá promover escolhas técnicas. No fundo, o que se sugere nesta fase é a definição de uma zona de incerteza na qual qualquer solução apresentada será vista como legal. Elimina-se, com isso, qualquer atuação administrativa fora destas fronteiras formais.

Caso a Administração Pública atue ao arrepio destas noções, caberá à própria, no exercício de seu poder de autotutela, ou, ainda, ao Judiciário, no bojo de seu controle externo, invalidá-la. Imaginemos, por exemplo, uma regra jurídica remissiva com o seguinte texto normativo: “Caberá à Administração Pública, com base em normas técnicas vigentes ao tempo da contratação pública de empresa responsável por executar obras de engenharia, regulamentar administrativamente o modo de aquisição de materiais ecologicamente sustentáveis”. Tal texto normativo, que autoriza o ingresso de normas técnicas no universo do Direito Administrativo, deverá ser interpretado pela Administração Pública por ocasião da regulamentação da matéria. Do ponto de vista

²⁰⁶ Frase atribuída ao filósofo Martin Heidegger.

formal, há, naturalmente vários caminhos a serem seguidos, desde que resultem na aquisição de materiais “ecologicamente sustentáveis”. Caso a agência reguladora competente tenha incluído maliciosamente no rol de materiais “ecologicamente sustentáveis” item com grande potencial de degradação ambiental (como o amianto, por exemplo) e, como base neste ato normativo, a Administração Pública tenha celebrado um contrato de empreitada admitindo o uso do referido material, não será necessário socorrer-se a princípios jurídicos a fim de concluir que a mesma conferiu ao texto interpretação transbordante, violando formalmente a regra jurídica remissiva, já que se conhece o potencial de degradação ambiental do item adquirido.

3. Discricionariedade ou vinculatividade administrativas em fase de controle formal?

Questão relevante para a definição da existência do instituto jurídico da discricionariedade técnica consiste em saber se a Administração Pública, antes da prática da norma ou conduta administrativas incorporadoras, estaria recebendo das regras remissivas autorização para agir de forma discricionária sempre que textos normativos aos quais se encontre vinculada comportem, do ponto de vista semântico, mais de uma interpretação. No fundo, a resposta a esta pergunta depende de uma reflexão sobre a possibilidade de se falar de discricionariedade administrativa tendo como referência apenas o texto da norma jurídica, considerada abstratamente, como faziam os positivistas clássicos²⁰⁷. Ou seja, havendo mais de um sentido semanticamente possível, a Administração Pública estaria livre para escolher qualquer um deles, aplicando-o, na sequência, por meio de uma norma ou conduta administrativas incorporadoras?

Ao nosso sentir, a resposta deve ser claramente negativa. Sabe-se que o poder discricionário efetiva-se, nas palavras acertadas de Dworkin, “*quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma*

²⁰⁷ Neste sentido, Luís Filipe Colaço Antunes, “A ciência(...)”, obra citada, p. 303/304: “A escola de Viena e, em particular, KELSEN, na “esteira” de MERKL, sustenta que a interpretação jurídica é uma atividade criativa de tipo discricionário(...) Diz este autor que a norma jurídica representa apenas a moldura no interior da qual se colocam múltiplas possibilidades de interpretação igualmente compatíveis com a norma jurídica. Pelo que entendemos, KELSEN divorcia a interpretação jurídica da *applicatio* da norma, o que lhe permite formular a possibilidade do intérprete escolher entre diversas soluções igualmente legítimas. O paralelismo da interpretação jurídica como o fenômeno da discricionariedade é manifestamente evidente (...)”.

determinada autoridade.”²⁰⁸. No caso da discricionariedade administrativa tais padrões, em virtude do princípio da legalidade, são definidos pelo legislador e aplicados pelo intérprete, no caso deste trabalho, a Administração Pública. Dentro desta lógica, age com discricionariedade administrativa o agente público que, diante da moldura legal, pode não só interpretar uma norma jurídica abstrata de mais de uma maneira como também aplicá-la de mais de uma forma²⁰⁹. Assim, não há como falar em atividade discricionária no momento da definição dos limites semânticos de uma regra jurídica abstrata²¹⁰. Isto porque, antes da prática de uma decisão administrativa concreta, seja a edição de uma norma reguladora, seja a prática de uma conduta administrativa, o processo de interpretação ainda não terá se encerrado por meio da aplicação da norma, tornando impossível saber qual o tamanho da margem decisória da Administração. O processo de interpretação apenas inicia-se com a delimitação dos limites formais da regra remissiva, constituindo-se num primeiro passo para a definição futura do significado mais ajustado para o direito. A Administração Pública, enquanto intérprete, deve, portanto, sujeitar-se no seu caminhar interpretativo a critérios de identificação de legalidade e de juridicidade, o que significa dizer que, não obstante a existência de mais de uma interpretação semântica, os princípios jurídicos, conforme veremos no capítulo seguinte, podem até, ao final do processo hermenêutico, colaborar para o surgimento de um único entendimento final. Dizer que há discricionariedade no texto da regra jurídica remissiva, antes de um efetivo controle material, seria desconsiderar, a um só tempo, a força vinculativa dos princípios jurídicos e sua capacidade, antes do fechamento do processo hermenêutico, de afastar opções teoricamente viáveis²¹¹.

²⁰⁸ Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p.s. 50.

²⁰⁹ Neste mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Discricionariedade(...)”, obra citada, p. 117.

²¹⁰ No mesmo sentido, Luíz Filipe Colaço, “A ciência(...)”, obra citada, p. 313: “(...) Ora isto quer dizer que o interesse público específico é o resultado da concretização do escopo da norma jurídica atributiva de poder (discricionário) à luz da situação da vida real que pode não estar necessariamente predeterminada na norma. No processo de individualização do interesse público específico abstratamente predeterminado na previsão legal assume relevância a investigação, na situação concreta, de quais sejam os fatos determinantes que desencadeiam a intervenção da Administração Pública.”

²¹¹ Em sentido semelhante, Luíz Filipe Colaço, “A ciência(...)”, obra citada, p. 310/311: “O intérprete, graças à pré-compreensão não esgota o processo interpretativo, agindo especialmente no âmbito do chamado contexto de descoberta, isto é, a hipótese interpretativa inicial é confrontada com outras hipóteses de solução do caso concreto, aquilo que se designa por contexto de justificação, no âmbito do qual se encontram as razões que fundamentam a escolha de uma possibilidade interpretativa.”

Portanto, entendemos que a discricionariedade administrativa (inclusive técnica) é sobretudo um fenômeno que se constata em fase de aplicação das regras jurídicas, quando a Administração Pública, diante de certas circunstâncias reais, poderá aplicá-las de mais de uma maneira. A mera existência em abstrato, resultante da interpretação do texto normativo sem uma apreciação da influência dos princípios na decisão concreta da Administração Pública, não nos parece autorizá-la a agir de forma discricionária (como a Administração poderia ter autorização para agir antes mesmo de concluir a interpretação de uma regra jurídica?); tal prerrogativa apenas surge no momento da prática de uma decisão administrativa, fase em que tais opções normativas, em decorrência da influência dos princípios jurídicos em confronto com a realidade, poderão sequer existir. Apenas para aqueles que descartam a importância dos princípios jurídicos em matéria hermenêutica será possível falar, em fase estritamente legal, de discricionariedade ou vinculação da atividade administrativa.

Imaginemos as seguintes premissas: a) determinada regra jurídica comporta semanticamente três interpretações as quais denominaremos de A, B e C e b) a Administração Pública, ao buscar o melhor significado para a referida regra jurídica através do sentido hermenêutico indicado pelos princípios jurídicos, chegou à conclusão de que apenas a interpretação B coaduna-se com os valores por eles encampados. Diante de um cenário como este, e concluído o processo interpretativo, parece-nos claro que, no momento da aplicação da regra jurídica naquele contexto, a Administração Pública não terá qualquer liberdade de agir, devendo proceder conforme o resultado hermenêuticamente alcançado. A visualização de discricionariedade nestes casos não passaria de uma mera ficção jurídica, fundada no erro de desconsiderar a segunda premissa (influência dos princípios jurídicos no processo interpretativo) ou de considerá-la prematuramente, antes de sua confrontação com as circunstâncias nas quais a decisão deverá ser tomada.

4. Resumo do capítulo

O regime jurídico técnico inaugura-se a partir de uma regra remissiva de topo que poderá conjugar-se com outras normas de mesma natureza, até mesmo de posição hierárquica diversa. Seus contornos são meramente abstratos, desvinculados de uma

apreciação principiológica em face da realidade. A ideia de controle meramente formal serve apenas a fins didáticos, a saber, para delimitar o ponto de partida do processo de interpretação pela Administração Pública de regras jurídicas técnico-científicas, possibilitando, com isso, uma delimitação do espaço de incerteza interpretativa dentro do qual será possível, em tese, efetivar escolhas técnicas.

A regra remissiva deve ser considerada, no plano meramente formal, sob três pontos de vista: vertical, procedimental e horizontal. O primeiro refere-se ao escalonamento correto entre regras jurídicas remissivas de fontes diversas, segundo o sistema normativo de cada ordenamento jurídico; o segundo trata dos requisitos procedimentais exigidos pela lei antes da prolação de uma decisão administrativa final; e o terceiro recai sobre uma apreciação abstrata dos limites semânticos dos textos normativos, sempre com o propósito de verificar a possibilidade teórica de mais de uma interpretação.

Em que pese a possibilidade de nesta fase meramente abstrata a Administração Pública, enquanto primeira intérprete, verificar a possibilidade de conferir aos textos normativos, vistos em seu conjunto, mais de uma interpretação possível, tal fenômeno não resulta na concessão por parte do legislador da prerrogativa de uma ação administrativa discricionária. Isto porque, segundo temos defendido, o fenômeno da discricionariedade administrativa, sobretudo a técnica, apenas pode ser constatado em fase de aplicação da regra jurídica em cotejo com a realidade e o contexto que orbita a decisão administrativa, tanto a que resulta em norma reguladora como em conduta administrativa.

CAPÍTULO IV
A INTERPRETAÇÃO DE REGRAS REMISSIVAS À LUZ DA
JURIDICIDADE (CONTROLE MATERIAL)

1. Considerações gerais

Com a reformulação do modelo de Estado de direito positivista-liberal a partir da constatação de que a lei formal, mesmo quando representação fiel da vontade da maioria, nem sempre tem a capacidade de reproduzir os valores morais e políticos da ordem jurídica institucionalizados pelos princípios jurídicos²¹², desenvolveu-se de forma mais ampla, sobretudo após o surgimento do Estado social, uma concepção axiologicamente mais ambiciosa do sistema normativo, a salvo de uma visão estritamente formalistas da norma jurídica²¹³. Neste contexto, difundiu-se, no campo da filosofia do direito, a noção de legalidade constitucional (ou juridicidade)²¹⁴ e de “constitucionalismo”, em contraposição ao “legalismo” anterior²¹⁵. Com efeito, o modelo positivista Kelsiano, apegado à forma da norma jurídica, a sua hierarquia normativa e a uma concepção não cognoscitivista, segundo a qual seria impossível se chegar a um conceito de justiça material²¹⁶, cede espaço para outro, preñado de conteúdo axiológico, preocupado, a um só tempo, tanto com os limites informados pelos textos normativos (significantes) como com a influência dos princípios jurídicos na compreensão das ordens jurídicas contemporâneas²¹⁷. O direito passa a ser visto também como substância - e não só como

²¹² Sendo falsa a premissa segundo a qual os indivíduos jamais elaborariam comandos normativos contra as próprias noções de justiça

²¹³ Sobre a limitação que os princípios exercem sobre o poder instituído, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 375.

²¹⁴ Neste sentido, Antônio Pedro Barbas Homem, “O Justo(...)”, obra citada, p. 55.

²¹⁵ Termos atribuídos a Robert Alexy por Massimo La Torre, “Positivismo(...)”, em obra citada, p. 710.

²¹⁶ Nesse sentido, Paulo Otero, em “Lições de Introdução ao estudo do Direito”, Lisboa, 1998, p. 153.

²¹⁷ Sobre a importância da junção da norma jurídica e a da realidade constitucional, Rogério Soares, “Direito(...)”, obra citada, p. 184 e seguintes.

forma -, cuja “matéria-prima” existe para expressar toda sua integridade segundo a moral e a política de cada comunidade²¹⁸.

Apesar de, em termos históricos, ser impossível afirmar precisamente o momento em que esta visão desenvolveu-se em escala internacional, seus contornos básicos assentam-se na ideia de Constituição, como principal fundamento normativo da atuação estatal, seja ela executiva, legislativa ou judiciária, bem como na “institucionalização” de princípios jurídicos em textos normativos, em especial em diversas constituições hodiernas. Como consequência do surgimento deste novo paradigma, podemos apontar três importantes efeitos para os fins deste trabalho: a) as leis passam a ser elaboradas para que reflitam os valores instituídos pelos princípios jurídicos, sob pena de serem consideradas inconstitucionais; b) o processo de interpretação das regras jurídicas deixa de estar concluído após a mera conferência semântica dos textos de lei (legalidade), finalizando-se com sua aplicação à luz dos princípios jurídicos; c) do ponto de vista do Direito Administrativo, passa-se a exigir da Administração Pública um esforço hermenêutico capaz de considerar os valores encampados pelos princípios jurídicos sempre que necessário interpretar textos normativos, quer para editar normas, quer para praticar condutas concretas.

Neste novo cenário, as constituições passam a abraçar um novo princípio jurídico que impactou agudamente a atividade administrativa: o princípio da juridicidade. Antes submetida aos limites, mais ou menos estreitos, dos textos da lei (e de seus limites formais), a atuação administrativa moderna passa, portanto, a ter que atuar em conformidade com o direito, visto em sua integralidade. Se, por um lado, a Administração Pública, em razão da ideia de segurança jurídica e de democracia, permaneceu vinculada à lei, devendo agir dentro de seus limites, por outro, a mera subsunção de fatos a regras jurídicas deixou de ser suficiente para impedir o reconhecimento da invalidade de suas decisões; torna-se imprescindível agora que estas também estejam em consonância com os princípios da ordem jurídica, com especial destaque para aqueles voltados para a proteção de direitos fundamentais e do bem-estar da coletividade. Ou seja, embora toda

²¹⁸ Ronald Dworkin, em “Levando os direitos(...)”, obra citada, p.197/198, explica o que considera ser a ideia de moralidade política: “A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem.”.

decisão administrativa, normativa ou concreta, deva estar em conformidade com as regras jurídicas (constitucionais, legais ou administrativas), são os princípios jurídicos que lhe servirão como limites materiais mais destacados, devendo a Administração Pública²¹⁹ guiar-se segundo tais balizas em sua difícil tarefa de conformar sua atividade à juridicidade. A Administração Pública passa, neste novo contexto, a pautar-se na lei sem se descuidar de sua obrigação constitucional de respeitar a direção conferida pelos princípios jurídicos. E caso não obtenha êxito em seu obrar hermenêutico, só restará ao Poder Judiciário cumprir seu papel e controlar suas atividades seguindo as mesmas premissas.

Os princípios são, portanto, fundamentais para a definição da chamada “consciência jurídica geral,” vista, não sob o prisma subjetivo de juízes²²⁰, administradores ou, ainda, de maiorias transitórias, mas sim na perspectiva da comunidade política daquele contexto jurídico²²¹. Desta forma, a validade e a qualidade das decisões administrativas passam a ser medidas não mais pela sua mera subsunção à lei, mas sim pela sua contextualização jurídica,²²² considerada a partir de uma visão holística do ordenamento jurídico, situada em certo lugar histórico.

Dentro de uma concepção antropocêntrica da ordem constitucional, fundada na tese de que o Estado surge para proteger a dignidade humana, direitos fundamentais, princípios e valores que representam a referida “consciência jurídica geral” e não exclusivamente o “bem comum” - que convive com sacrifícios intoleráveis e

²¹⁹ Sobre isto, Massimo La Torre, “Positivismo(...)”, obra citada, p. 687/688, ensina: “Muito importante é o ataque de Dworkin à tese hartiana segundo a qual o juiz, fora o núcleo semântico certo das normas, possuiria uma discricionariedade plena, podendo comportar-se como se fosse um legislador para o caso concreto(...)A controvérsia jurídica seria sempre formal ou positiva, nunca substantiva ou moral”

²²⁰ Neste mesmo sentido, Lenio Luiz Streck, em “Garantismo, hermenêutica, e (Neo)constitucionalismo”, um debate com Luigi Ferrajoli”, Livraria do Advogado, 2012, p. 91: “O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como se a interpretação a ser feita pelos juízes fosse um ato de vontade.”

²²¹ Sobre a importância em se desvincular a ideia de “consciência jurídica geral” e “consenso social majoritário”, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 413/414: “(...)Desde logo, a maioria não é critério de verdade ou, se se pretender, não traduz a garantia de uma consciência geral justa, antes o princípio majoritário conhece sempre limites: a eventual aprovação majoritária por deliberação parlamentar ou por referendo dos crimes de genocídio contra os judeus praticados na Alemanha nazi ou pela Rússia estalinista, tal como as limpezas étnicas cometidas já na década de noventa na ex-Iugoslávia, nunca tornaria tais atos menos odiosos ou mais legítimos.”

²²² Neste sentido, Antônio Pedro Barbas Homem, “O Justo(...)”, obra citada, p. 130.

desproporcionais aos direitos humanos, como sustentado por Hegel²²³ e por partidários de uma visão utilitarista -, a Administração Pública (assim como o Poder Judiciário) passa a atuar partindo do paradigma legal para, no momento de decidir concretamente, conformar todas estas variáveis de modo a conciliar direitos fundamentais e objetivos coletivos.

É importante ressaltar, contudo, conforme já antecipamos, que o princípio da juridicidade não deve servir de fundamento para o afastamento da lei como representação da vontade geral, da igualdade formal e da segurança jurídica, mas sim para sua melhor compreensão, interpretação e aplicação. Entendimento diverso implicaria na promoção de ambiente jurídico sem qualquer segurança, marcado pelo sentimentalismo e subjetivismo administrativos igualmente violadores de direitos fundamentais, que permaneceriam sujeitos aos caprichos hermenêuticos de uma Administração Pública rebelde.

2. Controle material em matéria técnica

Diante da vinculação da esmagadora maioria dos sistemas normativos modernos às suas constituições, fenômeno que decorreu do avanço do constitucionalismo a partir do século XVIII, buscaremos, a partir de agora, analisar a importância dos princípios em matéria técnico-científica, sobretudo os de índole constitucional, e a forma como tais espécies normativas influenciam a Administração Pública na constituição do regime jurídico de natureza técnica.

Independente da posição hierárquica das regras jurídicas remissivas, não há como interpretar um texto normativo no atual estágio do constitucionalismo moderno sem considerar seu conteúdo material informado pelos princípios jurídicos. Esta espécie normativa tem, portanto, enorme relevância para que operadores do direito, nomeadamente a Administração Pública, interpretem textos de normas jurídicas de conteúdo técnico-científico, apreendam seu real significado, aplicando-as adequadamente. Em realidade, a definição do sentido de tais normas dá seguimento à missão, iniciada a partir de sua análise meramente legal, de interpretá-las corretamente, contextualizando-as à luz da juridicidade vigente. Enquanto sob a ótica formal, o processo

²²³Neste sentido, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 80 e seguintes.

interpretativo restringe-se a identificar, do ponto de vista vertical, procedimental e horizontal, uma zona de incerteza hermenêutica, uma interpretação integral deve ir mais além: visa, a partir dos princípios jurídicos que informam a ordem jurídica extrair, dentro dos limites formais contidos nos textos normativos, seu significado mais adequado constitucionalmente para uma determinada realidade. Em outras palavras, se uma regra jurídica remissiva (ou conjunto delas), dentre os vários sentidos possíveis, for interpretada por um operador de direito sem considerar a existência dos princípios jurídicos que a instituíram, tal processo interpretativo não ultrapassará sua fase meramente formal, passando a correr sérios riscos de contrariar o direito como integridade.

Para dar cabo de sua função hermenêutica, a Administração Pública, em sede de controle material, terá, sempre que instada a incorporar normas técnicas através de regulação abstrata ou conduta administrativa, que avaliar, à luz dos princípios jurídicos vigentes, os quais podem ter origem supranacional, constitucional ou infraconstitucional, qual(is) a(s) melhor (es) opção(ões) técnica(s) a considerar no momento de suas decisões. Nesta árdua atividade não restará à Administração Pública, enquanto primeira intérprete, outra alternativa senão identificar quais os princípios jurídicos ajudaram a instituir as regras remissivas para, a partir da definição da natureza e do papel de cada um deles, estabelecer qual o caminho hermenêutico a ser seguido. Agindo assim, o direito cumprirá sua missão de contextualizar a técnica, sem simplesmente a ela aderir de maneira acrítica, como se estivesse diante de uma realidade inevitável.

Para tanto, contudo, será necessário entender, com algum grau de precisão, de que maneira os princípios jurídicos delimitam as escolhas administrativas (sobretudo as técnicas), reduzindo o chamado mérito administrativo a zero ou a proporções diminutas.

2.1. A funcionalidade dos princípios jurídicos

Como temos sustentado, os princípios jurídicos são normas de maior grau de abstração que não se dispõem a regular diretamente, de forma isolada, os casos práticos, mas sim influenciar o intérprete na definição do significado das regras jurídicas em certo contexto; além de influenciar o legislador na confecção dos textos normativos, acabam por

obrigar a Administração Pública a considerar sua descarga axiológica na hora de interpretar/aplicar uma regra remissiva²²⁴.

Para compreender de que forma normas principiológicas influenciam a decisão final da Administração Pública, afigura-se necessário distinguir, na esteira do que ensina o filósofo americano Ronald Dworkin, duas modalidades de princípios jurídicos com características bem distintas do ponto de vista hermenêutico, a saber: a) princípios jurídicos em sentido estrito; e b) diretivas ou políticas (*policies*).

a) Princípio jurídico em sentido estrito (argumento de princípio)

Os princípios jurídicos em sentido estrito relacionam-se com uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade política; por esta razão, influenciam na definição do conteúdo dos direitos dos cidadãos de certa comunidade²²⁵. É deles que comumente se fala ao se tratar de direitos fundamentais.

Em toda sociedade centrada em direitos, o uso do poder de coerção estatal apenas encontra legitimação e justificação quando em sintonia com os princípios jurídicos que anunciam tais direitos humanos. Os princípios em sentido estrito definem direitos morais com natureza de trunfos a serem utilizados sempre que a ação estatal restringi-los em níveis exagerados e arbitrários. Têm características contramajoritárias, ou seja, impedem que a vontade da maioria imponha-se sobre a da minoria em níveis capazes de tornar o ser humano mero objeto desprovido de qualquer dignidade. Enquanto os textos legais quase sempre representam a vontade da maioria, muitas vezes reveladoras de uma visão consequencialista sobre aquilo que lhe parece ser o melhor do ponto do interesse público, os princípios, enquanto trunfos, refreiam a marcha majoritária para resguardar a dignidade de todos, mesmo daqueles que, por qualquer razão, caminham em direção oposta. Têm como característica fundamental sua capacidade de proteger valores que qualquer pessoa defenderia se regressasse à posição original²²⁶, aplicáveis, de forma

²²⁴ Entendendo que os princípios assumem importante função na interpretação das normas jurídicas, Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 285.

²²⁵ Neste sentido, Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 36.

²²⁶ Ou caso vestissem o conhecido “véu da ignorância” de Rawls.

equânime entre os cidadãos. São, acima de tudo, aliados das ideias de igualdade e de dignidade.

Assim, os princípios jurídicos em sentido estrito, no significado aqui empregado, são espécies normativas que exprimem valores morais que devem ser considerados, por ocasião da interpretação de qualquer texto normativo, antes de desvelar o seu melhor significado. São vetores que orientam a interpretação de todo e qualquer operador do direito e, portanto, para que a Administração Pública alcance o resultado hermenêutico esperado deverá justificar suas condutas, a partir de argumentos de princípios, sempre que a matéria envolver direitos individuais ou de grupo²²⁷. Dito de outra maneira, o intérprete, diante de uma circunstância concreta, deve apontar, dentre os possíveis significados semânticos de um texto (se houver mais de um), aquele que melhor representa o conteúdo dos princípios jurídicos que justificaram a confecção de sua redação. Mesmo nos casos mais do que corriqueiros de colisão entre eles, a Administração Pública, por meio da ponderação entre direitos fundamentais, deverá justificar a prática de uma decisão administrativa, abstrata ou concreta, através de argumentos de princípios.

Em qualquer caso, para que o resultado do processo de interpretação exsurja refletido nos valores morais da ordem jurídica instituídos pelos princípios, será absolutamente necessário que a Administração Pública interprete as normas vigentes a partir do significado de moralidade política vigente naquele tempo e lugar. Para tanto, o processo de interpretação de textos (e de definição desta moralidade) terá, com o propósito de neutralizar a subjetividade do intérprete e a inevitável influência de suas pré-compreensões na decisão final, que se socorrer do sentido hermenêutico dado pela tradição e pela história. Não há como compreender a moralidade política de dada comunidade, ínsita em princípios, sem antes entender seus valores e suas tradições, em certo contexto de tempo e lugar bem delimitados. Nesta linha de raciocínio, torna-se impossível entender o significado de regras remissivas abstratas dentro de uma perspectiva puramente formal ou, em outras palavras, dentro de uma relação de conhecimento pautada no binômio sujeito-objeto, na qual um intérprete (o sujeito) busca identificar o significado de um objeto qualquer sem interagir com o contexto no qual encontra-se inserido. Admitir que um operador do direito, a partir de um método que se autoproclama neutro ou asséptico, possa definir os sentidos de textos seria o mesmo que

²²⁷ Neste sentido, Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p.. 129.

negar uma regra básica de hermenêutica: a de que ninguém compreende algo senão a partir de suas pré-compreensões e qualquer explicação dada não irá além de uma justificativa retórica mais ou menos elaborada daquilo que se pretendia dizer desde sempre. No caso da matéria técnico-científica, seria o mesmo que admitir que o sentido dos efeitos sociais da técnica exsurgesse, não da visão da sociedade sobre o tema, mas da subjetividade de um administrador público ou de um juiz.

Por tudo isso, o entendimento dos princípios jurídicos em sentido estrito deve, a nosso sentir, partir, não de uma valoração subjetiva definida por um sujeito, mas sim pela definição da moralidade política de uma comunidade em constante construção, a ser desvelada, sobretudo, por sua história e por suas tradições; tudo dentro de uma perspectiva fática específica. Como consequência, a Administração Pública, sempre que interpretar um texto de lei, naquilo que se refere aos princípios instituidores de direitos fundamentais, deve definir seu sentido valendo-se, especialmente, de argumentos de princípios influenciados pela moral política que emerge do corpo social, fruto de seu pluralismo.

Considerando que os princípios em sentido estrito relacionam-se com os direitos fundamentais dos cidadãos de uma comunidade, dedicaremos algumas poucas linhas a este tema, dada a sua essencialidade na compreensão do processo de interpretação dos regimes jurídicos de natureza técnica.

a.1) Os direitos fundamentais

Inspirados no constitucionalismo moderno, os direitos fundamentais são normas jurídicas aptas a proteger pessoas, físicas ou jurídicas, contra os arbítrios do Estado; definidos no corpo de um texto constitucional ou fora dele, estruturam-se na forma de regras ou princípios que vinculam a atividade estatal que, diante deles, não terá a mesma liberdade dos tempos do Antigo Regime.

Os direitos fundamentais não possuem origem precisa no tempo e no espaço. Sua inserção no universo do direito desenvolveu-se de forma gradativa nas diferentes partes do globo – em alguns casos, como no norte da África ou em países de forte vocação teocrática, sequer foram reconhecidos -, sempre como resultado do desenvolvimento de

concepções religiosas e filosóficas, quase todas atreladas a acontecimentos históricos importantes e a movimentos sociais e políticos a ele associados²²⁸.

Com o ocaso das monarquias absolutistas e o surgimento do constitucionalismo inspirado, sobretudo, nas Revoluções Inglesa (culminada na Revolução Gloriosa de 1688), Americana (1776) e Francesa (1789), movimentos revolucionários fortemente influenciados pela Carta inglesa de 1215 - e que deram causa ao surgimento da Lei de Habeas Corpus de 1679, da Declaração de Direitos (Bill of Rights) de 1689, da Constituição americana de 1787 (e seus diversos aditamentos subsequentes²²⁹) e da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 -, os direitos fundamentais passam a desempenhar um papel normativo sólido na contenção de abusos estatais e na definição de limites, formais e materiais, na interpretação das normas.

Foi a partir de sua positivação jurídica em diversas constituições escritas que os direitos fundamentais passaram a vincular mais claramente entidades públicas (e privadas), tornando-se essenciais no desempenho da nobre função de pautar as atividades legislativas, executivas e judiciárias. São, antes de tudo, normas jurídicas cujas existências revelam-se fundamentais à luz dos valores das comunidades (sobretudo, ocidentais); pretendem conferir respostas efetivas às necessidades mais essenciais do ser humano e de sua dignidade, bem como delimitar, segundo as tradições de cada comunidade, o espaço dentro do qual qualquer intervenção estatal será considerada inválida. Como decorrência de sua fundamentalidade, tais direitos são universais, pois, ainda que possam ser exercidos por apenas um número determinado de pessoas, são acessíveis a qualquer um; permanentes, já que não podem deixar de existir senão através de nova decisão constituinte originária; pessoais, uma vez que se prestam a regular aspectos ligados à vida de pessoas e de sua personalidade; não patrimoniais, pois insuscetíveis de quantificação pecuniária; e, por fim, indisponíveis, o que significa dizer que, mesmo sendo admissíveis situações de não exercício, seu titular jamais poderá dispor dele.

Diante da centralidade dos direitos fundamentais na compreensão dos sistemas normativos e de sua aplicabilidade imediata, não há como normas técnicas incorporarem-se ao Direito Administrativo, por meio de normas ou condutas administrativas, sem que

²²⁸ Neste sentido, José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Principia, 2ª edição, 2015, p. 11.

²²⁹ No caso da Constituição Americana, a Declaração de Direitos ou Bill of Rights surge em 1791.

a Administração Pública compreenda seu significado para determinada comunidade. Tal conclusão decorre de que tais normas direcionam, como vetores, a definição do conteúdo material das regras jurídicas, que terá que ser também compreendido a partir dos valores morais informados pelos direitos fundamentais, ainda que exista alguma colisão de interesses, caso em que à Administração restará ponderá-los, extraindo desta atividade hermenêutica um resultado que reflita a moralidade política vigente. Como já dissemos noutra passagem, a atividade administrativa moderna tem feições multilaterais e alcança, em muitos casos, um número indeterminado de pessoas, o que torna inadmissível imaginar a prática de decisões administrativas descontextualizadas de seus efeitos mais amplos. Neste mister, a ideia de proporcionalidade será de fundamental importância na avaliação da constitucionalidade dos atos da Administração Pública, que sempre terá, no momento de decidir, que atuar de forma ponderada, interpretando as normas jurídicas às quais se vincula a partir do justo sopesamento entre princípios jurídicos que, direta ou indiretamente, fundamentaram sua instituição, sob pena de, ao deixar de fazê-lo, agir de maneira inválida.

a.2) A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Há muito que se discute, no campo das ciências, a ideia de pessoa humana. Nesta incessante tentativa de conceituar, de forma idealizada, universal e imutável, o ser humano, chegou-se a diversas concepções sobre seu significado.

No campo religioso, a pessoa humana sempre foi considerada (e ainda o é) à imagem e semelhança de Deus²³⁰. Como consequência deste pensamento, homens e mulheres, perante a perfeição da divindade, passaram a ser vistos como iguais, não só diante de Deus, como também perante os outros membros da sociedade. Esta visão, apesar

²³⁰ Neste sentido, ensina o Conselho Pontifício “Justiça e Paz”, em “Compêndio da Doutrina Social da Igreja”, editora Principia, 2015, p. 85: “A mensagem fundamental da Sagrada Escritura anuncia que a pessoa humana é criatura de Deus (cf. Sl 139, 14-18) e identifica o elemento que a caracteriza e distingue no seu ser à imagem de Deus. “Deus criou o homem à Sua imagem, criou-se à imagem de Deus, Ele os criou homem e mulher” (Gn 1, 27). Deus põe a criatura humana no centro e no vértice da criação: no homem (em hebraico, Adam), plasmado com a terra (adamah), Deus insufla pela narina o hálito da vida (cf. Gn 2, 7). Portanto, “porque é “à imagem de Deus”, o indivíduo humano possui a dignidade de pessoa: ele não é somente alguma coisa, mas alguém.”

de sua inspiração religiosa, prevalecia, sobretudo na Europa, durante a Idade Média, época fortemente influenciada pelos cânones definidos pela Igreja.

A partir do final da Era Medieval e do enfraquecimento do pensamento religioso, autores renascentistas, como Pico della Mirandola²³¹, iniciaram, ainda que com alguma relutância, a travessia de um conceito de pessoa humana de fundo marcadamente religioso para outro com um viés racionalista²³². Dentro desta nova concepção, o ser humano passa então a ser visto desprovido de qualquer divindade, ou seja, como um ente capaz de transcender e fazer, na condução de suas vidas mundanas, suas próprias escolhas, autodeterminando-se. Como consequência, tal ser humano, condenado que estava a tomar suas próprias decisões, assume-se como alguém capaz de responsabilizar-se moralmente pelos seus atos.

A alteração de perspectiva inspirou o filósofo alemão Immanuel Kant que, influenciado pelo espírito racionalista do Iluminismo, passou então a considerar a razão o elemento diferenciador entre os seres humanos e os demais seres vivos. Sem romper com o pensamento metafísico, Kant substituiu, com o propósito de redefinir pessoa humana, a ideia de divindade, típica da Idade Média, pela de racionalidade, esta última entendida como a capacidade de autodeterminação e de responsabilização moral por suas decisões. Enquanto os demais seres vivos seriam “escravos” de sua própria animalidade ou natureza, motivo pela qual não gozariam de real capacidade de transcendência e de decidir sobre a própria existência, os seres humanos seriam entes dotados de razão e consciência; seriam, por consequência, livres para decidir sobre suas próprias vidas.

Em virtude desta concepção, Immanuel Kant desenvolveu a conhecida “fórmula do objeto”²³³, tese em que define a fronteira entre pessoa humana e objeto, entre sujeitos

²³¹ Sobre a importância dos filósofos renascentistas na reflexão sobre dignidade humana, António Pedro Barbas Homem, “A lei(...)”, obra citada, p. 185.

²³² Neste sentido, Maria de Lourdes Sirgado Ganho, em “Acerca do pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola”, inserido em “Discurso sobre a dignidade humana”, Giovanni Pico Della Mirandola, editora Textos Filosóficos, p. XVIII.

²³³ A “fórmula objeto” inspira as mais diferentes ordens jurídicas mesmo nos dias atuais. O Parlamento alemão, no ano de 2004, BVerGE 377/05, em medida cautatória aos atentados às Torres Gêmeas, promulgou uma lei em que se admitia que o Estado germânico abatesse aeronave particular sempre que tivesse tripulada por terroristas e existissem evidências de que a mesma seria lançada contra edifícios habitados por pessoas inocentes. Em 2006, aquele tribunal declarou a inconstitucionalidade desta lei, aduzindo, para tanto, que a mesma partia do pressuposto de que seria juridicamente possível tratar as “vítimas-passageiros” de um eventual ataque terrorista como meros objetos descartáveis, fato que, na visão daquela respeitável corte, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Independente do acerto ou não de tal decisão, ela demonstra que a

e objetos de direitos. Enquanto as coisas seriam objetos ou entes instrumentais, desprovidos de capacidade de autodeterminação, os seres humanos seriam sujeitos de direitos, a serem, por força de sua racionalidade, protegidos de qualquer forma de “coisificação” ou “opressão”, sob pena de o direito negar sua condição de pessoa humana²³⁴.

O princípio jurídico da dignidade humana, cuja missão jurídico-constitucional iniciou-se com as constituições finlandesa e alemã de 1919, apenas foi encampado pela maioria das democracias modernas em meados do século XX, em especial, nos países europeus (muitos dos quais devastados pela II Guerra Mundial), africanos e da América Latina (estes últimos recém-libertos de regimes autocráticos), cujas populações sofreram com grandes violações a direitos humanos.

Na maior parte das ordens jurídicas atuais, o referido princípio ocupa posição de enorme destaque, verdadeiro epicentro axiológico, cuja principal vocação consiste em impedir uma compreensão jurídica do ser humano e de seus direitos fundamentais que o reduza a um mero instrumento a serviço dos fins definidos por Estados. Em matéria técnica, em virtude dos traumas do passado, a preocupação com violações graves à dignidade humana assume contornos ainda mais relevantes.

Como resultado da valorização da pessoa humana, o princípio supracitado passou a servir de fundamento direto dos direitos fundamentais, sendo necessário reconhecer seu caráter de “referencial genético”²³⁵ com alta capacidade de irradiação de sua influência por todo ordenamento jurídico²³⁶. Embora não seja possível afirmar uma inteira coincidência entre dignidade humana e direitos fundamentais dela decorrentes, dúvida não há quanto à relação entre estas figuras jurídicas, evidenciada, sobretudo, em razão do propósito de concretização da dignidade humana por meio de normas de direitos fundamentais. Apenas para ilustrar, se um direito de liberdade, como por exemplo o de livre manifestação, for suprimido pelo Estado, estaremos, a um só tempo, diante de uma

“fórmula do objeto” de inspiração kantiana permanece influenciando ainda nos dias atuais tribunais judiciais, funcionando, quase sempre, como limite máximo entre o humano e o não humano ou entre o digno e o indigno.

²³⁴ Nas palavras de Jorge Reis Novais, “A dignidade da pessoa humana, Dignidade e Inconstitucionalidade”, volume II, Almedina, 2016, p. 112, as ideias de Kant contribuíram para conferir aos homens o “direito a ter direitos”.

²³⁵ Nos termos empregados por Jorge Reis Novais, “A dignidade da pessoa humana”, volume I, Almedina, 2015, p. 75.

²³⁶ Neste sentido, Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 285.

violação à norma de direito fundamental e ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que seu titular restaria destituído de um direito que lhe assegura a possibilidade de se expressar pela linguagem, atributo essencial à sua própria condição humana.

Portanto, é possível afirmar, independente da concepção adotada por cada comunidade, que o princípio da dignidade humana desempenha, enquanto norma jurídica, função clara: atua como uma espécie de “critério último”, o qual não se admite superar, sob pena de violação do próprio direito como forma de regulação da vida em sociedade à luz dos interesses humanos. Imaginar que o sistema normativo possa autorizar, ainda que excepcionalmente, uma atuação estatal violadora da dignidade de pessoas redundaria sempre na negação da centralidade do homem conferida pelo próprio direito, bem como numa abertura perigosa para o arbítrio do Estado²³⁷, entidade que, como visto, nasce vinculada à proteção dos direitos do homem.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante a natureza da concepção adotada em cada comunidade segundo suas tradições²³⁸, assume a função de fronteira intransponível a delinear o direito, delimitando o espaço entre o jurídico e o não jurídico. As diversas visões, que exercerão, em muitos casos, a função relevantíssima de contribuir para a compreensão do conteúdo jurídico do referido princípio, servirão, *ab initio*, para ajudar a delimitar, em última análise, o “terreno” sob o qual fatos da vida (no sentido mais amplo possível) poderão ou não ser enquadrados dentro do “*mapa mundi*” do direito: quanto mais restritiva for a concepção sobre o significado da ideia de dignidade humana, maior será o espaço normativo considerado válido pelo direito; em sentido oposto, quanto mais ampla for a concepção adotada, menor será este espaço, tornando o direito mais suscetível a violações.

Como consequência deste raciocínio, a dignidade humana constitui, portanto, “limite aos limites”²³⁹ impostos às restrições a direitos fundamentais dela decorrentes, atuando como barreira intransponível para a intervenção do Estado na vida em

²³⁷ Em sentido semelhante, ensina o português Jorge Reis Novais, em “A dignidade(...)”, volume I, obra citada, p. 09: “A dignidade da pessoa humana é, por definição constitucional, a base sobre que assenta a república e, com esse alcance, pode ser considerada o princípio supremo da ordem jurídica. Nessa qualidade, deve prevalecer sobre quaisquer outras razões, valores, bens, interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou contrário.”

²³⁸ No mesmo sentido de que o conceito de dignidade humana deve ser contextualizado, Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 199/199: “Hércules formará sua compreensão do conceito de dignidade examinando a vida desse conceito em tais contextos.”

²³⁹ Neste mesmo sentido, Jorge Reis Novais, “A dignidade(...)”, volume I, obra citada, p. 169.

sociedade²⁴⁰. Em outras palavras, ainda que se possa reconhecer o caráter relativo dos direitos fundamentais - o que, nas hipóteses de colisão, implicará em cedência recíproca à luz de um critério de proporcionalidade-, a ideia de dignidade humana exerce papel de limite absoluto às restrições de direitos resultantes da atuação estatal, que terá que respeitá-los. Imponderável em relação a outros direitos e interesses, a dignidade humana tem natureza absoluta, relaciona-se apenas consigo mesma, cedendo espaço a juízos ponderativos somente em circunstâncias de conflito interno entre “dignidades”. Como decorrência lógica, todo cidadão poderá resistir, inclusive, judicialmente, sempre que o Estado invadir indevidamente o núcleo essencial ou duro de direitos fundamentais a ela associados - verdadeiro espaço de “liberdade incomprimível”²⁴¹.

Diante deste novo cenário, a compreensão do significado do referido princípio constitucional em temas científicos assume enorme relevância nos tempos atuais, já que qualquer resolução técnico-científica que tenha a pretensão de penetrar na esfera jurídica de pessoas, para ser incorporada validamente pelo direito, terá que ter vocação “humanizadora”, evitando-se, mesmo em nome de festejados avanços científicos, qualquer transigência com aquilo que cada comunidade entende ser essencial para garantir a dignidade a seus membros. Como consequência desta lógica antropocentrista, a qual acolhemos, o direito, enquanto ciência histórica aplicada, passa a ser compreendido a partir das “lentes” da dignidade humana que, na qualidade de princípio fundamental do Estado, assume, nas palavras de Jorge Reis Novais, feições de valor “*orientador das ponderações que têm inevitavelmente lugar na realização de direitos fundamentais, tanto no âmbito de uma função protetora, de defesa, quanto na qualidade de orientação, de impulso e de programa de conformação positiva da ordem jurídica*”²⁴².

Por esta razão, diversos temas científicos relevantes terão que ser analisados na perspectiva da dignidade humana de cada comunidade. Assim, o fenômeno da incorporação de conteúdos técnicos no universo do direito, sobretudo do Direito Administrativo, deverá considerar, para ser tido como válido, os deveres do Estado de respeitar, proteger e promover a dignidade humana. Naturalmente que deste debate não surgirá um conceito pronto e acabado a ser seguido e aplicado pelos tribunais em

²⁴⁰ Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como “fundamento” dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais, “A dignidade(...)”, volume I, obra citada, Almedina, 2015.

²⁴¹ Jorge Reis Novais, “A dignidade(...)”, obra citada, volume I, p. 62/63.

²⁴² Jorge Reis Novais, “A dignidade(...)”, volume I, obra citada, p. 74.

circunstâncias que envolvam matérias técnico-científicas. A avaliação se determinada circunstância é ou não violadora da dignidade humana deve ser feita concretamente, quando então serão ponderados todos os interesses envolvidos antes da apresentação de uma justificativa racional que espelhe o pluralismo da sociedade. Dentro desta lógica, a admissão ou não de normas técnicas nos sistemas normativos atuais deverá submeter-se, quando não for possível confrontá-las diretamente com outras regras e princípios, constitucionais ou não, ao derradeiro filtro da dignidade humana. Na qualidade de limite absoluto e imponderável, qualquer inovação técnica que se afigure incompatível com sentido dado por uma comunidade ao princípio deverá ser considerada inconstitucional e ser imediatamente recusada pela Administração Pública. Da mesma forma, sempre que tais conteúdos técnicos apresentarem-se como veículos densificadores do princípio citado, contribuindo para o avanço das civilizações, sua importação jurídica deverá ser vista como necessária e, por esta razão, estimulada pelo direito.

b) Diretivas (argumento de política)

Sabemos que o direito deriva das resoluções políticas de cada sociedade, adquirindo, a partir daí, autonomia para regulá-la. Diante dessa constatação, resta-nos saber se, após sua instituição pela política, subsistirá espaço para que a mesma interfira na interpretação das normas jurídicas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para nós, a resposta deve ser positiva, ao menos no que se refere aos dois primeiros poderes. Não obstante a capacidade de o direito, no campo dos princípios em sentido estrito, expressar-se por meio da tradição, livre do subjetivismo do intérprete e do seu relativismo hermenêutico, não há como negar sua aptidão para institucionalizar a política através da criação de outro tipo de norma principiológica: as diretivas ou *policies*. Tal escolha, decorrente da impossibilidade de o direito assumir em definitivo o lugar da política, que será imprescindível na tomada de decisões futuras, mantém, dentro de limites jurídicos, a prerrogativa de entes estatais de argumentar politicamente.

Como consequência deste raciocínio, uma regra jurídica poderá ser resultado não apenas da ponderação legislativa entre direitos fundamentais, mas também destes e diretivas. Note-se que não se está sustentando aqui que a política possa ignorar o direito posto, passando a tratá-lo sem o respeito esperado; mas sim que o direito posto pode

democraticamente reservar espaços para que a política auxilie outras entidades constituídas a partir dele, com especial destaque para o Legislativo e o Executivo, na criação e interpretação da norma jurídica.

Com a aceitação destes argumentos, consolida-se a ideia de que o direito pode, a um só tempo, definir direitos fundamentais e estabelecer metas para atingir objetivos comuns que transcendam a esfera jurídica do indivíduo²⁴³, sobretudo no campo do Direito Administrativo, cujas normas quase sempre obrigam seu intérprete a lançar um olhar para futuro visando a consecução do interesse público. Naturalmente, tais metas não assumirão características meramente utilitaristas, mas terão, como adverte Dworkin, uma dimensão idealizada daquilo que seria o melhor para a comunidade como um todo²⁴⁴. Neste sentido, as diretivas passam a ser vistas como princípios que orientam programas coletivos a serem especificados através de argumentos de política. Mesmo em sociedades centradas em direitos há que se estabelecer, no plano político, estratégias definidoras de resultados positivos para o bem-estar da coletividade. Como seria impossível o direito visualizar todas as situações da vida e todas as estratégias políticas aplicáveis a diferentes contextos, o mesmo atribui a algumas instituições a prerrogativa de fazer política dentro dos limites por ele mesmo impostos. Em muitos casos, tal fenômeno exigirá dos entes envolvidos um juízo de prognose, próprio da política, sobre os efeitos futuros de suas decisões. Imaginar a inexistência de espaço, ainda que mínimo, para um pensamento consequencialista e político no planejamento da sociedade, sobretudo no âmbito do Poder Legislativo, mas, também, no seio do Poder Executivo, seria o mesmo que ignorar que a atividade pública também deve buscar alcançar objetivos e metas coletivos, tornando a vida em comunidade cada dia melhor para todos. Enquanto os argumentos de princípio preocupam-se em desvelar o sentido da moralidade política vigente em determinada

²⁴³ Dworkin, em “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 36, define o que ele vai chamar ao longo da obra de “política”: “Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”.

²⁴⁴ Dworkin, em “Levando os direitos(...)”, obra citada, p.442, distingue argumentos políticos meramente utilitaristas de outros denominados por ele de ideais: “Os argumentos de política utilitaristas argumentam que a comunidade como um todo estará em melhor situação porque - apresentando a ideia de maneira tosca - um maior número de cidadãos terá, em geral, mais daquilo que deseja, ainda que alguns venham a ter menos. Por outro lado, os argumentos de política ideais sustentam que a comunidade estará em melhor situação, não porque o maior número de membros terá mais daquilo que deseja, mas porque a comunidade estará, de algum modo, mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria.”.

comunidade de modo a proteger direitos fundamentais distribuídos entre os cidadãos, os argumentos de política possuem um viés, como já dissemos, consequencialista, ou seja, focado em resultados práticos em matéria de interesse público; visam, por esta razão, sempre definir a melhor estratégia para se alcançar os fins coletivos colimados pelo ordenamento jurídico. Neste ponto, a ideia de equidade deve ser entendida em sentido diverso daquele empregado quando se tratou de direitos fundamentais; equidade aqui revela-se no plano mais geral e aberto, ou seja, no estabelecimento de estratégia capaz de atender a todos genericamente falando, ainda que, no plano mais concreto, alguma distinção possa ser planejada e admitida ²⁴⁵.

Embora seja natural que argumentos políticos emanem do Poder Legislativo, sobretudo no âmbito constitucional, sede para a definição das políticas essenciais da democracia, o legislador, em muitas ocasiões, julga por bem transferir para a Administração Pública a prerrogativa de definir estratégias políticas no momento da interpretação das normas de Direito Administrativo, inclusive em matérias técnico-científicas. Com efeito, sempre que o Poder Legislativo confeccionar textos normativos que, direta ou indiretamente, confirmam poderes à Administração Pública para definir de que forma o interesse público será alcançado, a interpretação destas normas lhe exigirá também a utilização de argumentos de política.

Exemplificando, imaginemos uma regra jurídica que determine a Administração Pública a desapropriar bens privados “improdutivos” com o objetivo “de reduzir as desigualdades sociais”. De plano, três perguntas seriam inevitáveis: a) “qual a melhor estratégia para reduzir as desigualdades sociais?”; b) “o que é um bem imóvel improdutivo?”; c) “há como responder as duas últimas perguntas sem uma apreciação política?”. Da primeira indagação, poderiam surgir respostas como: “por meio de uma desapropriação para fins de reforma agrária”, “através da criação de um polo industrial que empregará milhões de pessoas” ou, ainda, “pela criação de polo turístico capaz de atrair milhões de estrangeiros dispostos a gastar”. À segunda pergunta, por sua vez, poderiam ainda surgir respostas como: “apenas as propriedades rurais que não desenvolvem atividade agrícola em 100% do terreno”, “propriedades rurais e urbanas sem qualquer atividade lucrativa” ou “propriedades rurais que não empreguem mais de 50

²⁴⁵ Neste mesmo sentido, ensina Ronald Dworkin, “O império(...)”, obra citada, p. 267/268: “As decisões em busca de estratégias, julgadas uma por uma, são questões de política e não de princípio; para testá-las, devemos perguntar se fazem avançar o objetivo geral, e não se concedem aquilo a que tem direito enquanto indivíduo.”.

agricultores e urbanas abandonadas”. Note-se, portanto, que a textura abertura da referida regra jurídica delega à Administração Pública, pela via da interpretação, a missão de refletir sobre: a) direitos fundamentais (sobretudo dos proprietários expropriados), b) a melhor estratégia política para “reduzir a desigualdade social” e c) a melhor definição técnica para o termo “improdutiva”. Em suma, não há como interpretar a referida regra jurídica apenas com base em princípios em sentido estrito, como se a moralidade política reservasse uma única resposta correta para este tipo de caso; a Administração Pública terá fatalmente que lançar mão de argumentos de política para definir sua estratégia de atuação; negar tal constatação seria tratar argumentos de política como se fossem de princípios, motivados por concepções político-ideológicas não confessadas.

David Epstein e Sharyn O`Halloran²⁴⁶ apresentam dois exemplos inseridos no universo jurídico dos Estados Unidos que ilustram como, mesmo em campo estritamente técnico, há espaços para a adoção de mais de uma política pública. Em artigo acadêmico intitulado “*Administrative procedures, information and agency discretion*”, os autores tratam do controle prévio exercido pelo Poder Legislativo sobre as políticas por ele delegadas a agências reguladoras; no primeiro deles, os doutrinadores mencionam uma lei que define trinta e três objetivos e setenta e cinco prioridades políticas a serem seguidas pela Agência Internacional de Desenvolvimento em relação a programas de proteção ao estrangeiro; no segundo, tratam do caso da lei que altera os métodos de despoluição adotados pela Agência de Proteção Ambiental. Como salientam os escritores, “*em ambos os casos, mesmo quando os critérios especificados na legislação não ditam a única e melhor política, eles (os legisladores) eliminaram algumas políticas que poderiam ser indevidamente consideradas.*”. Os exemplos retratam como a legislação pode manter espaços abertos para apreciações políticas da Administração Pública, mesmo em área técnica. Nos casos citados, o legislador esforça-se para reduzir o espaço destinado à argumentação política da Administração Pública, excluindo, por via legal, políticas “imprudentes” ou externas à “folga” definida pela norma legal.

Chegamos a um ponto crucial que, conforme nos ensina Ronald Dworkin, diferencia, em termos filosóficos, de forma clara, argumentos de princípios e de política. Enquanto os primeiros visam assegurar a equidade enquanto igual respeito que todos os cidadãos devem devotar uns aos outros, as diretivas não têm compromisso com este

²⁴⁶ “Administrative procedures, information and agency discretion”, American Journal of political Science, volume 38, n° 3, 1994, p. 701.

sentido de igualdade, mas sim com o bem-estar coletivo. Sobre esse assunto, o filósofo americano faz referência às chamadas *policies* de isenções fiscais que, por estratégia política baseada em uma concepção econômica qualquer, privilegiam determinado setor da economia em detrimento de outro, sem que se possa afirmar que há nesta prática qualquer violação à noção de equidade. Como o que se pretende com tais resoluções políticas é concretizar resultados consentâneos com o interesse público, um empresário de um setor não contemplado jamais poderia ingressar com medida judicial reivindicando sua inclusão no programa de isenções fiscais, aduzindo, para tanto, violação ao dever do Estado de tratar a todos com igual respeito. Tal conclusão decorre do fato de que a política de isenções fiscais baseia-se não numa concepção de direitos, mas sim em argumentos de política que, visando a apresentação de resultados que possam ser revertidos à coletividade de forma homogênea, são próprios de autoridades com legitimidade democrática para tomar essas decisões e distinguir, no campo da política, direitos de cidadãos em proveito de interesses coletivos.

Por tudo isso, a Administração Pública, sempre que as regras jurídicas admitirem, durante o processo interpretativo, a utilização de argumentos de política, terá a prerrogativa de promover escolhas desta natureza. Não há aqui, ao contrário do que sustentam alguns²⁴⁷, qualquer subversão aos princípios básicos da democracia. Isto porque será o próprio direito, por intermédio de suas instituições democráticas e na defesa de seus próprios valores, que promoverá a transferência de poderes políticos do Legislativo para a Administração Pública. A tese segundo a qual a indeterminação de textos normativos seria meramente ilusória, já que o direito, em razão de sua autonomia, sempre expressa, por meio da tradição, seu significado em face de um contexto qualquer, deve ser entendida com ressalvas em caso de necessidade do uso de argumentos de política. Nestas hipóteses não será possível, *ab initio*, definir, sem violar a ideia de pluralismo político, uma única solução dentro de um mesmo contexto decisório, já que quase sempre será possível vislumbrar cenários de enorme divergência entre

²⁴⁷ Como parece sustentar Luiz Henrique Braga Madalena, em sua excelente dissertação de mestrado sob o título “A discricionariedade (administrativa) à luz da crítica hermenêutica do direito”, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2014, p. 217: “Não é possível que se realize uma interpretação do direito em que a democracia, de forma democrática, delegue a definição do direito para instrumentos não democráticos, de modo que é o mesmo que dizer que se escolhe democraticamente não mais ser democrático. Ora, qualquer “método” interpretativo que leve a tal resultado de subverter à Constituição em múltiplas formas, indiscutivelmente retirando-lhe normatividade, não pode ser tida como autêntica, não sendo nada além de um verdadeiro golpe ao Estado Democrático de Direito.”

concepções/estratégias políticas sobre um tema. O juízo de prognose próprio da política – e muito presente no Direito Administrativo - impediria a definição no presente dos resultados futuros de *policies* admitidas pela norma legal.

Por fim, trataremos, por razões didáticas, apenas no próximo capítulo, da possibilidade de o Poder Judiciário utilizar argumentos de política por ocasião da interpretação da norma jurídica de conteúdo técnico.

c) Os princípios como critério para a definição da validade de uma atuação normativa

A primeira influência (ou, em outras palavras, a influência mais imediata) exercida pelos princípios jurídicos em sentido amplo recai sobre a atividade legislativa, entendida aqui como aquela desenvolvida para a edição de normas jurídicas, gerais e abstratas, com força de lei²⁴⁸. A atividade legislativa - internacional, comunitária, constitucional e legal - deve, vinculada que está a constituições e a textos internacionais, apresentar-se em harmonia com os princípios jurídicos, que funcionariam como espécies de vetores normativos a indicar a melhor maneira de confeccionar uma norma jurídica ajustada à juridicidade. Em certo sentido, as regras jurídicas legislativas, em razão de sua necessidade de ajuste constitucional, acabam por ser formuladas com inspiração em princípios que regem a matéria, mesmo nas hipóteses de tensão entre eles, caso em que uma ponderação prévia deverá ser feita pelo próprio legislador²⁴⁹. Como em matéria técnico-científica os regimes jurídicos iniciam-se a partir da autorização legislativa conferida por regra jurídica remissiva, está deve ter redação compatível com o direito; do contrário, poderá ser invalidada abstratamente.

A mesma lógica aplica-se às normas jurídicas elaboradas pela própria Administração Pública no exercício de sua atividade regulamentar que, em matéria técnica, convencionou-se chamar de *regulation*. Embora, nestes casos, a Administração

²⁴⁸ Assim, ordens jurídicas, como, por exemplo, as de matriz parlamentarista, em que se admite que entes governamentais, sob a liderança de um primeiro-ministro, formulem normas jurídicas equiparadas à lei parlamentar, também devem ser consideradas para os fins acima anunciados. O mesmo deve ser considerado em relação a modelos presidencialistas em que se admite a edição de normas jurídicas com força de lei pelo Poder Executivo.

²⁴⁹ Neste mesmo sentido, Ronald Dworkin, “O império(...)”, obra citada, p. 203. Neste mesmo sentido, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 433.

Pública parta, no seu obrar interpretativo, de alguma norma legal (remissiva), sua atividade regulatória não deixa de ter natureza interpretativa e, pela mesma razão, deverá ser exercida tendo em conta não só os limites formais definidos pela regra remissiva de topo, como também os princípios jurídicos em sentido amplo. Ao se desviar deste caminho, a Administração sujeita-se, logicamente, à invalidação de seus atos no plano abstrato, segundo os mecanismos de controle existentes em cada ordem jurídica.

No caso da atividade regulatória, a Administração Pública, para prolatar sua decisão de índole normativa, deverá promover escolhas técnicas compatíveis com as normas principiológicas, sob pena de antijuridicidade. O sentido dado às regras jurídicas pela Administração Pública, sobretudo quanto à escolha técnica realizada, para serem consideradas válidas e constitucionais, deverão sempre refletir a correta ponderação entre todos os princípios envolvidos, de modo a contextualizar a técnica de acordo com os valores da ordem jurídica. Somente desta maneira, será possível à Administração interpretar concretamente os textos normativos de natureza técnica de acordo com a juridicidade vigente.

d) Os princípios em sentido amplo como critério para a definição da validade de uma atuação administrativa concreta

No âmbito atividade administrativa concreta, os princípios, dentro da mesma lógica acima referida, atuam, dentre outras formas, como critérios de validade da atuação da Administração Pública concreta. Com efeito, a atividade administrativa, quando fundada na aplicação das normas remissivas, submete-se a um juízo de validade que considera, não só seu ajustamento aos aspectos formais em face de uma situação concreta, como também sua capacidade de fazer escolhas que se conformem com os princípios jurídicos. Neste sentido, os princípios atuam como "discursos de justificação"²⁵⁰ da validade da atuação da Administração Pública. Ao contrário do que sustentam os positivistas clássicos, defensores de uma superposição precisa entre direito e direito positivo, entendemos que está no "relacionamento dialético entre interpretação e justificação a

²⁵⁰ Neste sentido, Antônio Barbas Homem, "O Justo(...)", obra citada, p. 124.

ideia de “Direito Cheio” ou “Full Law”²⁵¹, justificação esta promovida pelos princípios e que contribuem para que a regra jurídica remissiva não seja vista apenas como forma, mas também como conteúdo.

Enquanto os textos de regras jurídicas contribuem para autorizar formalmente a Administração Pública a agir concretamente, os princípios auxiliam na compreensão do seu significado material, contribuindo para sua interpretação e aplicação em cenários concretos; funcionam, como dissemos, como espécies de vetores interpretativos. Como o sentido da norma jurídica num caso concreto apenas surge após a interpretação e aplicação de seu texto em circunstâncias fáticas específicas, conclui-se, com certa facilidade, que os princípios jurídicos contribuem sobremaneira na delimitação do conteúdo material de uma regra jurídica, exercendo papel decisivo para definir se o significado alcançado a partir do processo interpretativo, liderado, neste caso, pela Administração Pública, compatibiliza-se ou não com o direito e com a Constituição (princípio da juridicidade).

Em que pesem as regras jurídicas remissivas, apesar de igualmente abstratas, prestarem-se a regular precipuamente situações concretas da vida e, neste sentido, servirem de fundamento imediato, à luz do princípio da legalidade administrativa, da aplicação de seus comandos em algum contexto fático, serão os princípios os responsáveis por encaminhar a Administração para a interpretação mais ajustada daquelas primeiras. Como consequência deste entendimento, a definição da conduta administrativa a ser praticada pela Administração Pública deixa de resultar da mera subsunção de regras jurídicas em face de um caso concreto, cujos significados poderiam ser definidos discricionariamente por parte da Administração Pública desde que consentâneos com os limites formais de seus textos, passando a resultar de um processo hermenêutico que lhe exigirá a exata compreensão da influência dos princípios jurídicos em sentido amplo na definição da interpretação (ou das interpretações) mais ajustada à ideia de juridicidade.

Retomando exemplo já mencionado, imaginemos que uma regra remissiva legal, que vise regular contratos administrativos, não tenha inserido em sua redação nem a proibição de aquisição de itens que não sejam “ecologicamente sustentáveis” tampouco

²⁵¹ Massimo La Torre, “Positivismo...”, obra citada, p. 690, na esteira dos ensinamentos de Ronald Dworkin. Na sequência, o autor cita um exemplo dado por Dworkin, em sua obra “Law’s empire”, no qual o autor americano indaga sobre a conformidade de uma lei que autoriza o aborto apenas a mulheres de olhos azuis para, na sequência, concluir que tal norma jurídica violaria o princípio da razoabilidade, não devendo ser, por esta razão, considerada “veramente “diritto””.

a competência de uma agência independente para regular abstratamente a matéria. De acordo com que temos sustentado, a Administração Pública deverá promover concretamente a importação de normas técnicas para o direito considerando o conteúdo dos princípios jurídicos existentes. Assim, embora não conste do texto da lei qualquer referência a preocupações de índole ambientalista, sabe-se que, na maior parte das ordens jurídicas, vigoram princípios que apontam para uma atuação estatal voltada para a proteção do meio ambiente. Por esta razão, a Administração Pública terá que considerar tais princípios por ocasião da interpretação das normas remissivas de natureza técnica, passando a escolher, caso não exista impedimento razoável, materiais “ecologicamente sustentáveis”. Caso ignore tal orientação principiológica, a Administração assumirá o risco de ter adotado interpretação em desconformidade com a juridicidade.

2.2. A discricionariedade da Administração em sede de controle material

Conforme dissemos no tópico 3 do capítulo anterior, a discricionariedade administrativa não constitui fenômeno jurídico cuja existência dependa de uma interpretação dos textos normativos sem sua necessária aplicação num certo contexto. Esta visão, muito associada a correntes da filosofia do direito que minimizam a importância dos princípios jurídicos, pressupõe o entendimento, não assumido por nós, segundo o qual, havendo, em tese, margem para interpretar textos normativos, à Administração Pública caberia escolher uma entre as soluções interpretativas possíveis com absoluta liberdade ou discricionariedade. Reconhecia-se como natural, portanto, certa dose de relativismo interpretativo por parte da Administração Pública, fruto da crença de que o intérprete dispunha de autorização legal para assenhorar-se do significado de textos normativos. Era dentro desta margem ampla de interpretação que se constituía o mérito administrativo.

O processo interpretativo, segundo este entendimento, se encerraria na apreciação teórica da norma e não após sua aplicação, como temos sustentando²⁵². Confirmada a tese

²⁵² Com o mesmo entendimento, Luíz Filipe Colaço, “A Ciência(...)”, obra citada, p. 321: “Precisamente um dos principais contributos da hermenêutica jurídica foi o de dar suficiente relevo à *applicatio* da norma jurídica, enquanto elemento constitutivo do processo de interpretação da lei.”.

segundo a qual não há como interpretar um texto sem contextualizá-lo ²⁵³, ou seja, sem aplicá-lo, resta-nos ainda apreciar se, mesmo nestes cenários, os princípios jurídicos em sentido amplo contribuiriam para estreitar, no limite máximo, a supracitada margem interpretativa, exterminando aquilo que nos acostumamos a chamar de mérito administrativo. Em suma, passado o momento descrito no capítulo anterior, isto é, aquele em que as opções técnico-científicas apresentam-se, no plano formal da regra remissiva em maior ou menor número, a Administração Pública, quando a interpreta para criar ou praticar, respectivamente, normas ou condutas administrativas incorporadoras, aplicando-a, terá margem discricionária para realizar escolhas técnicas ou, ao contrário, estará vinculada a uma única resposta técnica correta? Afinal, qual o grau de vinculação da atividade administrativa à interpretação juridicamente recomendada por princípios jurídicos em sentido amplo? Os princípios teriam provocado o fim da discricionariedade administrativa autêntica?

É o que tentaremos responder a seguir.

Se antes da inserção dos princípios jurídicos em sentido amplo nos sistemas normativos constitucionais a atividade administrativa fundava-se na lei (legalidade estrita), sendo certo que a menor ou maior margem de escolha do administrador decorria somente dos limites formais nela contidos e que lhe conferia o poder discricionário de escolher concretamente uma das soluções jurídicas apresentadas, com a inserção daqueles na ordem jurídica, tais regras abstratas passaram a ser hermeneuticamente influenciadas por seus conteúdos, circunstância que evidentemente restringiu sua margem anterior de escolha.

Nos casos específicos do que se convencionou tradicionalmente chamar de atividade discricionária, a existência de mais de uma solução administrativa extraída do texto de uma regra jurídica que antes exigia do agente público apenas sua subsunção a casos concretos por meio de sua livre escolha, com a consagração dos princípios em sentido amplo pelos novos sistemas normativos, a Administração Pública passou a ter que considerar como “razão de decidir” não só os limites formais das regras jurídicas, mas também a moralidade política de certa comunidade (no caso dos princípios jurídicos

²⁵³ Neste sentido, Luíz Filipe Colaço, “A ciência(...)”, obra citada, p. 322: “A aplicação do direito é, portanto, parte constitutiva do processo de compreensão, de modo que a legitimação do intérprete resulta da “autorização” que o sistema jurídico oferece ao intérprete de definir e qualificar o interesse público primário, mesmo na presença de pressupostos mais ou menos imprecisos.”.

em sentido estrito) e os objetivos comuns definidos pelo Estado (no caso das diretivas)²⁵⁴. Soma-se a esta conjuntura o fato de que a atividade administrativa na modernidade assume compromissos multilaterais que afetam não só os interesses daqueles diretamente envolvidos, mas tantos outros²⁵⁵. Há inquestionavelmente, com tal mudança de entendimento, uma diminuição brusca do tradicional conceito de mérito administrativo que, conforme veremos, em alguns casos, deixará inclusive de existir.

Dentro desta nova lógica interpretativa surgiu a noção, encampada em especial pela doutrina europeia, de redução da discricionariedade a zero. Com efeito, passou-se a entender que, não obstante a existência, no texto da regra jurídica, de mais de uma opção decisória, a Administração Pública, à luz dos princípios jurídicos em sentido amplo, passaria a ter que reduzir a zero a “discricionariedade” conferida pelo legislador, adotando comportamento que traduza, da melhor forma possível, os objetivos de dada ordem jurídica²⁵⁶. Portanto, segundo este entendimento, sendo possível identificar, por exemplo, entre três soluções interpretativas extraídas da lei, aquela que melhor se coadune com os princípios em sentido amplo, caberia à Administração Pública considerar tal fato, reduzindo a zero a margem de escolha anteriormente concedida pelo legislador. Para o administrador, portanto, não subsistiria qualquer discricionariedade, uma vez que, desde o princípio, o direito já lhe havia reservado, para aquelas circunstâncias, uma única solução possível.²⁵⁷

Concordamos em parte com essa tese. De fato, a presença de princípios jurídicos em sentido amplo nas modernas ordens jurídicas, sobretudo nas ocidentais, contribuiu, a partir do reconhecimento da institucionalização da moralidade política e de objetivos coletivos a serem perseguidos, para a limitação drástica das escolhas hermenêuticas dos intérpretes jurídicos, no caso deste trabalho, da Administração Pública. Contudo, não podemos olvidar que a ideia de “única resposta correta”, que decorreria desta única

²⁵⁴ Neste sentido, Luíz Filipe Colaço, “A ciência(...)”, obra citada, p. 289.

²⁵⁵ Neste sentido, Marcus J. T. do Amaral Filho, em “Limites ao exercício do poder discricionário em face do princípio da segurança jurídica”, texto publicado em “Os caminhos do ato administrativo”, Revista dos Tribunais, 2011, p. 276.

²⁵⁶ Sobre a possibilidade de redução da discricionariedade a zero, Luíz Filipe Colaço Antunes, “Teoria do Acto e a Justiça Administrativa”, Almedina, 2014, p. 223: “Este conceito, recorrente na doutrina alemã, não representa uma transformação do ato discricionário num ato vinculado, o que, aliás, constituiria uma construção dogmática contraditória e problemática, mas tão só a ausência de alternativas num caso concreto, equiparando tal decisão a um ato vinculado.”

²⁵⁷ Segundo Vasco Pereira da Silva, “Em busca do acto administrativo perfeito”, Almedina, 1996, p. 90, “(...)o ideal do Estado social de Direito não é a erradicação da discricionariedade, mas a sua “jurisdicização”, o seu entendimento como modo de realização do direito.”

interpretação possível de casos jurídicos (fáceis ou difíceis), apenas subsiste, para o próprio Dworkin, no plano da moralidade política. Apenas argumentos de princípios seriam capazes de apontar, por intermédio de uma apreciação histórica construtivista, o significado de certos princípios jurídicos e sua influência na definição do sentido desejado pelo direito²⁵⁸. Por isso, em cenário de colisão entre princípios em sentido estrito, a resposta correta decorreria da saída que se apresentasse como a mais proporcional²⁵⁹.

O citado filósofo americano, ao contrário do que muitos têm sustentado, jamais vislumbrou a possibilidade de se alcançar uma única resposta correta em espaços tipicamente políticos, delimitados pelo próprio direito. Até porque, nesse campo, a pluralidade de concepções, todas legítimas à luz da ideia consagrada de pluralismo político, impediria que argumentos de política encaminhassem o intérprete para uma única resposta correta. Reside, portanto, na distinção entre argumentos de princípio e de política o cerne da questão da discricionariedade administrativa, inclusive técnica.

Como já dissemos noutra passagem, a autonomia do direito em relação à política que o instituiu não deve ser entendida como autossuficiência, isto é, como se o próprio direito não pudesse, democraticamente, delegar a instituições por ele criadas a possibilidade de estas argumentarem, em situações específicas, politicamente. Embora seja possível, no campo da moralidade política, definir qual o sentido empregado aos princípios jurídicos em sentido estrito, socorrendo-se, para tanto, à história e à tradição de dada comunidade em certo contexto temporal, em matéria de diretivas, cujas definições surgem amparadas em argumentos de política, diversas concepções sobre a maneira segundo a qual tais objetivos coletivos serão implementados poderão indicar caminhos políticos legitimamente diferentes²⁶⁰.

²⁵⁸ Dworkin faz tal afirmativa expressamente, em “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 429: “Neste último capítulo, devo defender os argumentos do livro contra uma objeção bastante disseminada e, se bem-sucedida, destrutiva. Meus argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política.”

²⁵⁹ No direito italiano, o critério da proporcionalidade tem sido defendido majoritariamente como forma de controle judicial das escolhas técnicas da Administração Pública. Neste sentido, Paolo Salvatore, “Il controllo(...)”, p. 41.

²⁶⁰ Neste mesmo sentido, Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 224: “O segundo tipo de ponderação a que antes se fez referência (diretivas) é muito diferente. Não parte da constatação de que, perante um caso particular existem princípios que atuam em sentidos opostos, mas sim de que o ponto de partida é a necessidade de concretizar um objetivo tendo em conta, evidentemente, que isso não pode fazer-se prescindindo de considerar a possibilidade de afetar os restantes objetivos válidos estabelecidos pelo sistema ou ofendendo os limites fixados pelos princípios em sentido estrito. Além disso, enquanto que o resultado do primeiro tipo de ponderação (entre direitos) era uma (nova) regra de ação, de aplicação imediata ao caso, desta segunda resultarão

Se é bem verdade que, em um sistema normativo centrado em direitos, os princípios jurídicos, sobretudo aqueles previstos no texto constitucional e que fazem referência a direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, incorporam valores que refletem a moralidade política vigente em certa comunidade e em dado contexto, parece-nos inegável a possibilidade de a política - que instituiu o direito posto -, incluir no ordenamento jurídico, não obstante a importância conferida ao tema dos direitos individuais, metas coletivas por intermédio de diretivas; objetiva-se, com isso, equilibrar direitos e bem-estar coletivo. Negar tal poder à política significaria a rejeição de sua capacidade de limitar, dentro de margem razoável e democrática, direitos individuais em prol de interesses coletivos, absolutizando-os em face desses últimos. Em outras palavras, tal tese manteria o grau de relatividade de direitos fundamentais apenas nas hipóteses de colisão entre eles, excluindo qualquer possibilidade de metas coletivas (diretivas) serem também inseridas nessa equação. Tal conclusão, ao nosso sentir, resultaria no equívoco de limitar a política a uma única concepção de direito, baseada na prevalência absoluta e inegociável de direitos individuais sobre políticas que visem o bem-estar coletivo, como se estas fossem violadoras, em si, da ideia de democracia apenas por tentarem conciliar direitos fundamentais e interesse público. Em verdade, negar tal possibilidade resultaria na negação da própria noção de interesse público, que passaria a confundir-se com a de direitos fundamentais. Dentro desta lógica, institutos jurídicos como por exemplo os da prisão cautelar, desapropriação, servidão administrativa etc., teriam que ser tratados, já que contrapõem interesses públicos e particulares, como inconstitucionais.

Em suma, os atuais Estados democráticos de direito são, via de regra, incumbidos pelo direito de zelar pelo bem-estar coletivo, sem se descuidar de sua obrigação de garantir a proteção dos direitos fundamentais, cujos conteúdos, que gozam de aplicabilidade imediata, acabam por ser definidos pelo sentido conferido pela moralidade política de cada comunidade. Portanto, ainda que não se possa negar a força contramajoritária dos princípios em sentido estrito, verdadeiros trunfos contra o arbítrio, igualmente não nos parece possível admitir que um Estado atue apenas para efetivá-los sem quaisquer

tantas regras de ação como regras de fim ou a obrigação ou autorização para empreender determinadas ações. E, finalmente, enquanto que a primeira ponderação é típica dos juízes (sobretudo, dos juízes constitucionais; mas também dos legisladores que – como se viu – efetuam ponderações ao fixar regra de ação a partir de princípios e valores), a segunda situa-se, em princípio, fora da competência dos juízes, quer dizer, trata-se de uma operação que pressupõe níveis muito elevados de discricionariedade e que, por isso, os sistemas jurídicos confiam, quase exclusivamente aos legisladores e aos órgãos governamentais e administrativos.”.

pretensões de ordem coletiva, isto é, sem se preocupar em desenvolver a comunidade que representa a partir do avanço de seu bem-estar social, sobretudo em matéria de Direito Administrativo. Com isso, pretendemos dizer que, embora os princípios em sentido estrito, enquanto vetores que permitem que a noção de moralidade política faça parte do direito posto, possam ser traduzidos, mesmo em situação de colisão, em uma única resposta correta, como, aliás, sempre sustentou Ronald Dworkin, as diretivas, princípios jurídicos em sentido amplo, permitem que o Estado, neste caso, por meio da Administração Pública, valha-se de variados argumentos políticos (e não um único) para adotar medidas igualmente concretas.

Destarte, será imprescindível, sempre que a Administração Pública estiver diante de um texto normativo a ser interpretado, verificar se a regra jurídica objeto de sua interpretação sofre influência apenas de princípios em sentido estrito, situação que, por razão lógica, imporá àquela a redução da discricionariedade a zero²⁶¹ e a implementação prática da melhor solução possível, ou se, ao contrário, a mesma regra jurídica também sofre influência de diretivas que, por admitirem o uso de argumentos de política, possibilitarão à Administração a escolha de uma estratégia política (ou *policies*) compatível com suas pretensões de melhor desenvolver o bem-estar coletivo, logicamente sem comprometer ou restringir arbitrariamente direitos fundamentais.

A discricionariedade administrativa, dentro dessa lógica, situa-se no campo em que a política recebeu autorização do direito para influenciar o intérprete em suas decisões concretas²⁶². Neste sentido, o chamado mérito administrativo confunde-se com o espaço onde a Administração Pública poderá argumentar politicamente. Sempre que regras jurídicas forem editadas sob a influência de princípios jurídicos em sentido estrito e por diretivas (ou apenas por estas últimas), caberá à Administração Pública definir, no campo da moralidade política, qual ou quais interpretações melhor resguardam direitos fundamentais, bem como quais argumentos de política poderão subsistir a partir do entendimento firmado sobre a proteção daqueles direitos. Sendo possível a convivência

²⁶¹ Neste sentido, Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 304: “Os princípios em sentido estrito têm prioridade em relação às directivas e não admitem (ao contrário destas últimas) ser maximizados. Para dizer de outra maneira, utilizando a conhecida expressão de Alexy (que ele aplica indiscriminadamente a todos os princípios), os princípios em sentido estrito não são mandados de otimização, mas exigem pleno cumprimento; o seu uso argumentativo pressupõe ponderação, mas não discricionariedade.

²⁶² Este também parece ser o entendimento de Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 224.

entre a “única solução” (no campo dos direitos fundamentais) e mais de uma opção política, a Administração Pública poderá, desde que não aja na contramão daquilo definido pelos princípios em sentido estrito, apresentar argumentos de política que resultem na escolha de uma das interpretações politicamente possíveis.

Retomemos o exemplo da desapropriação para fins de redução das desigualdades sociais. Imaginemos que, diante de texto normativo que vinculou a expedição de decreto expropriatório à redução das desigualdades sociais, o administrador tenha determinado a desapropriação de um imenso terreno particular com o objetivo de nele criar um polo industrial com previsão de criação de milhares de empregos e ampliação da arrecadação do tesouro municipal em 15%. Rapidamente, diversas organizações sociais com as mais diferentes finalidades e designações passam a exigir do supracitado agente público outra destinação ao imóvel expropriado, alegando, para tanto, que as sugestões políticas por eles apresentadas seriam mais eficazes em matéria de “redução da desigualdade social”. Pergunta-se: poderá o administrador citado ser compelido a revogar seu projeto de construção de um polo industrial para atender aos reclamos de uma das organizações sociais postulantes? Em princípio, a resposta deve ser negativa. Isto porque, a menos que exista algum aspecto de direito fundamental que possa ser levantado naquele contexto específico e que, por esta razão, poderia limitar as opções políticas eventualmente existentes a um número mais reduzido, o cenário acima descrito posiciona a Administração Pública num campo estritamente político. A regra acima mencionada, por ter sido influenciada também por princípios em sentido amplo, *policies*, não indica ao administrador uma única solução possível, mas provavelmente várias, todas elas decorrentes das diversas concepções políticas que possam inspirar-lhe a agir. Priorizar uma estratégia política e não outra constitui prerrogativa daqueles que, segundo o direito, dispõem de legitimidade e competência para agir, sendo impensável imaginar que tal juízo político possa ser substituído pela vontade de grupos de pressão. A Administração Pública, ainda que disponha de legitimidade democrática debilitada, recebeu do legislador, ente politicamente legitimado para representar a sociedade e para dizer o direito, poderes para fazer escolhas políticas em seu nome, sendo impossível supor, dentro de uma ótica democrática, que organismos sociais possam intervir eficazmente a favor de seus interesses. Note-se que não se está negando a importância dos mesmos e a boa influência gerada pelo diálogo travado entre Administração Pública e sociedade civil, mas sim a possibilidade de organismos sociais decidirem administrativamente em seu

lugar. Para tanto, far-se-ia necessária a criação de um arcabouço normativo que conferisse representação à sociedade civil na definição de políticas públicas, como, aliás, acontece em alguns lugares do mundo, como por exemplo no Brasil, em matéria educacional e de saúde pública, onde conselhos formados em parte pela sociedade civil deliberam sobre as escolhas políticas a serem assumidas por gestores públicos²⁶³.

2.2.1. A questão da discricionariedade em matéria técnico-científica

Como temos sustentado, só há como cogitar a existência de genuína discricionariedade técnica caso se entenda possível conferir à Administração Pública a prerrogativa de escolher, por critério de conveniência e oportunidade, diante de um caso concreto ou no exercício de competência regulatória, a norma técnica a ser inserida na ordem jurídica. O tamanho do chamado mérito administrativo técnico se confundiria, dentro desta linha de raciocínio, com a margem de escolha técnica delegada à Administração Pública pelo Poder Legislativo.

No fundo, pretende-se responder às seguintes perguntas: é possível que exista mais de uma interpretação de uma regra remissiva quanto aos seus aspectos técnicos? Haveria

²⁶³ No Brasil, por exemplo, o artigo 7º da Lei Federal nº 9131/1995 prevê a criação do Conselho Nacional de Educação, composto por membros da sociedade civil, responsável por deliberar, de uma forma geral, sobre política pública educacional: “*O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional. § 1º Ao Conselho Nacional de Educação, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, compete: a) subsidiar a elaboração e acompanhar a execução do Plano Nacional de Educação; b) manifestar-se sobre questões que abranjam mais de um nível ou modalidade de ensino; c) assessorar o Ministério da Educação e do Desporto no diagnóstico dos problemas e deliberar sobre medidas para aperfeiçoar os sistemas de ensino, especialmente no que diz respeito à integração dos seus diferentes níveis e modalidades; d) emitir parecer sobre assuntos da área educacional, por iniciativa de seus conselheiros ou quando solicitado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto; e) manter intercâmbio com os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal; f) analisar e emitir parecer sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional, no que diz respeito à integração entre os diferentes níveis e modalidade de ensino; g) elaborar o seu regimento, a ser aprovado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto(...)*”.

uma contradição em si mesmo ao conferir-se liberdade em ambiente técnico²⁶⁴? Há no componente técnico um ínsito caráter vinculativo?²⁶⁵

Começemos pelas duas últimas perguntas. Não há contradição em si mesma na nomenclatura “discricionabilidade técnica” quando adotada no sentido acima empregado, tampouco há no componente técnico um genético caráter vinculativo, tese apenas aceitável caso tivéssemos, desde o princípio, acolhido o entendimento segundo o qual a técnica, dada sua neutralidade científica, não necessitaria de contextualização jurídica, tampouco de análise de seus efeitos sociais.

Inquestionavelmente há nas ciências divergências técnicas reconhecidas pela comunidade científica que, ao menos juridicamente, relativizam os resultados apresentados. Como não compete ao direito dirimi-las, mas sim contextualizá-las à realidade jurídica de cada comunidade para que se defina a melhor (ou melhores) interpretação técnico-jurídica à luz dos princípios, é preciso reconhecer, caso o legislador não escancare, em cenários controversos, qual a melhor interpretação a ser dada a uma regra remissiva, a possibilidade, ainda que excepcional, de o administrador público ter à sua disposição mais de uma solução técnica possível.

Em matéria técnico-científica, será o grau de influência dos princípios na instituição das regras jurídicas remissivas que definirá, no fundo, a existência ou não de margem de discricionabilidade técnica da Administração Pública.

Com efeito, a Administração Pública, enquanto primeira intérprete de regras remissivas, deve interpretar todos os textos normativos levando em consideração, em primeiro lugar, seus limites formais e, em segundo lugar, os princípios em sentido estrito que ajudaram a instituí-las. Encerrada esta fase, dois caminhos apresentar-se-ão: a) as regras remissivas não sofreram qualquer influência de diretivas previstas no ordenamento

²⁶⁴ Neste sentido, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 768. Entendendo que, nas hipóteses de “discricionabilidade técnica”, subsistiria margem de escolha quanto ao “como” e “quando”, Pietro Virga, “Diritto Amministrativo, volume II, Giuffrè Editore, p. 11. Entendendo que em matéria técnica, a Administração Pública só poderá adotar uma “solução juridicamente válida”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, Atlas, 2004, p. 209. Admitindo o termo “discricionabilidade técnica”, Alexandre Santos Aragão, “Agências(...)”, obra citada, p. 88 e Michele Corradino, “Il Diritto(...)”, obra citada, p. 168.

²⁶⁵ Sobre a ideia de discricionabilidade técnica no Direito italiano, discorre Michele Carradino, “Il Diritto(...)”, obra citada, p. 168/169: “Enquanto na discricionabilidade administrativa tal oponibilidade seria fruto da escolha legislativa de não vincular a administração, conferindo-lhe uma margem de autodeterminação dentro de parâmetros de boa administração, naquela técnica (discricionabilidade), essa seria consequência da incerteza da lei científica (norma técnica) aplicada ao caso concreto.”

jurídico, possibilitando a redução da discricionariedade a zero, com o consequente aparecimento da única resposta técnica possível; ou b) as regras remissivas sofreram influência tanto de princípios em sentido estrito quanto de diretivas (ou *policies*). Neste caso, a Administração Pública terá que refletir sobre o significado dos princípios em sentido estrito naquele contexto, segundo a moralidade política vigente para, ao pacificar a questão em matéria de direitos fundamentais, avaliar se subsistem opções políticas normativamente delegadas à apreciação administrativa, devendo, neste caso, efetivá-las em caráter discricionário.

Para fins didáticos, podemos explicitar o iter interpretativo da Administração da seguinte maneira: diante de uma pluralidade de opções técnicas no plano abstrato, que resulte numa pluralidade de hipóteses interpretativas – que ainda não podemos chamar de discricionariedade –, cabe ao agente público competente avaliar quais princípios em sentido amplo influenciaram a instituição da regra remissiva. Recaindo a matéria sobre aspectos relacionados a direitos fundamentais, o primeiro passo a ser dado consistirá em saber qual solução melhor reflète a ideia de moralidade política no contexto investigado – a única resposta correta de Dworkin. Somente após esta avaliação (ou quando o tema técnico abordado não tiver relevância em matéria de direitos fundamentais) será possível definir se, mesmo no campo técnico, a Administração Pública terá, por meio de argumentos de política, a prerrogativa de escolher livremente uma das plurais escolhas técnicas subsistentes.

Pertinente relembrarmos um exemplo mencionado que ilustra bem a possibilidade de se delegar escolhas técnicas para a Administração Pública reguladora. Ocorrido nos Estados Unidos, o caso refere-se à apreciação judicial da interpretação conferida a um dispositivo legal do *Clean Water Act*. Naquele caso, as agências reguladoras interessadas na questão da despoluição das águas, ao regularem o citado ato legislativo, conferiram ao termo “águas navegáveis” o significado dado por uma norma técnica quando era tecnicamente possível adotar outros entendimentos. No fundo, as cortes judiciais americanas terão a oportunidade de reponder se, naquele caso, era possível usar outras normas técnicas por critério de conveniência e oportunidade ou havia uma única definição para o termo “águas navegáveis” naquele caso específico.

No campo da *adjudication*, podemos imaginar o seguinte exemplo: determinado administrador público resolve acolher parecer elaborado por órgãos técnicos que encampou tese, cientificamente reconhecida, segundo a qual antenas de telefonia não

causam qualquer efeito nocivo à saúde de moradores, passando a autorizar a desapropriação de propriedades privadas para a instalação dos referidos aparelhos em área densamente habitada, em desconformidade com outros estudos técnicos que apontavam que tal conduta administrativa colocaria em risco à saúde de quantitativo expressivo de pessoas. Indaga-se: tal medida é juridicamente aceitável? Para respondê-la, faz-se necessário avaliar, segundo o exposto acima, se as regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto, além de permitirem do ponto de vista semântico a escolha administrativa tomada, não sofreram a influência de princípios em sentido estrito, instituídos para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas colocadas em situação de risco à saúde, e de diretivas. Na esteira do princípio em sentido estrito da precaução, segundo o qual, sempre que houver indicações de riscos à saúde das pessoas, a Administração Pública terá que optar, a fim de precaver-se dos riscos, por adotar medidas concretas com menor potencial lesivo, a solução do caso concreto acima ventilado provavelmente indicaria a exclusão da interpretação técnico-jurídica que apresentava maiores riscos à saúde das pessoas. Note-se que, neste caso, foi possível limitar as interpretações disponíveis de forma a excluir aquela mais danosa do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Contudo, nem sempre tal cenário verificar-se-á na prática. A exclusão de interpretações técnico-jurídicas, com base em argumentos de princípio, pode não ser exaustiva ou redutora a uma única solução. Imaginemos um caso em que determinada Administração Pública pretenda construir uma hidrelétrica em dois terrenos com características distintas. Imaginando que, em certa comunidade e contexto, órgãos técnicos aproveem ambos os projetos, não havendo, do ponto de vista técnico e de direitos fundamentais, qualquer distinção entre construir uma hidrelétrica em qualquer um dos terrenos, como a Administração deve agir? Nestes casos, não havendo qualquer necessidade de reflexão em matéria de direitos fundamentais, a Administração Pública não terá outra saída senão se posicionar politicamente. Diante do impasse científico, a ela caberá fazer uso de sua legitimidade, decorrente, em última análise, da lei e da constituição, para agir com discricionariedade técnica e escolher o terreno A ou B. Em casos como esses, basta que a decisão tomada situe-se dentro da margem de interpretações técnico-jurídicas indiferentes do ponto de vista da moralidade política, apresentando-se ao mundo jurídico com grau de razoabilidade aceitável, para que a atuação administrativa seja considerada válida e insuscetível de invalidação ulterior. A discricionariedade técnica, portanto, resulta da possibilidade concreta de escolher uma entre mais de uma

escolha técnica possível, sem se correr o risco de tal decisão restringir, além do necessário, direitos fundamentais, e contrariar a direção dada pelas chamadas diretivas.

Em resumo, o relativismo técnico, entendido aqui do ponto de vista meramente jurídico, já que o direito, como consequência da política, não tem aptidão, diante de disputas no campo científico, para “fazer ciência” ou dizer o que deve ser considerado como “melhor ciência”, permite que interpretações do regime jurídico técnico, igualmente chanceladas pelo meio científico, possam apresentar-se, sem violar substancialmente a moralidade política vigente, como estratégias políticas possíveis e razoáveis para o direito visto em sua integridade. A Administração, enquanto intérprete do direito, não pode ir além dele próprio e “fazer ciência”. O máximo que lhe será concedida será a possibilidade de, pela via do direito e sob sua autorização, resolver o debate científico por meio da interpretação técnico-jurídica que lhe pareça politicamente mais ajustada. Assim agindo, não estará fazendo o que acima se afirmou proibido: estará, ao contrário, fazendo uma escolha técnico-política por autorização do direito posto, dentro de seus limites.

Voltaremos ao tema quando tratarmos do controle judicial de escolhas técnicas feitas pela Administração Pública, momento em que teremos a oportunidade de avaliar se tais opções poderão ou não ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

2.3. A recusa da Administração Pública em aplicar regime jurídico técnico: a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

Questão resultante do desdobramento da problemática acima mencionada recai sobre a possibilidade de a Administração Pública, diante de regras remissivas que lhe pareçam violadoras de princípios jurídicos, recusar sua força vinculativa e deixar de aplicá-la no exercício de uma espécie de controle administrativo de constitucionalidade. Estaria a Administração Pública obrigada a agir, em respeito à lei, na contramão do indicado por princípios jurídicos? Estando os Estados vinculados à proteção da dignidade humana e de direitos fundamentais, poderá a Administração Pública, em nome da legalidade administrativa, dentro da visão antropocêntrica aqui adotada, atuar em sentido oposto ao da proteção do homem e de sua dignidade?

Com efeito, a aplicação de regras remissivas deve ser entendida pela Administração Pública, como já dissemos, a partir do sentido hermenêutico empregado pelos princípios jurídicos. Legitimar uma atuação cega e acéfala da Administração Pública no momento da aplicação destas regras resultaria na admissão do ingresso acrítico de normas técnicas em determinada ordem jurídica mesmo quando divorciados de suas regras, princípios e diretivas²⁶⁶.

Por isto, o Estado e todos os poderes públicos vinculam-se aos princípios jurídicos e, por esta razão, a aplicação do regime jurídico técnico deve sempre compatibilizar-se com o direito em sua integridade, não sendo mais admissível imaginar situações em que seja possível conviver, em nome da legalidade administrativa formal, com graves violações cometidas contra o indivíduo.

Desta maneira, pode suceder que, em virtude de escolhas pretéritas, presumivelmente constitucionais, os órgãos competentes tenham, por alguma razão, editado regras remissivas de forma a violar a dignidade humana, não subsistindo margem de interpretação capaz de conciliar todos os interesses envolvidos. Nestes casos, considerando a impossibilidade de vulnerabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo caráter absoluto sustentamos ao longo deste trabalho, parece-nos ser juridicamente impossível vincular o administrador público a regras cujos sentidos hermenêuticos revelam-se inconciliáveis com a ideia de dignidade²⁶⁷. Admitir tal hipótese seria o mesmo que convidar a Administração Pública a violar o direito, passando a legitimar uma atuação administrativa com propósitos de mera instrumentalização ou objetificação do ser humano.

Obviamente que tal bloqueio, enquanto exceção ao princípio da legalidade administrativa, deve ser admitido apenas em caráter excepcional e, portanto, somente

²⁶⁶ Sobre a possibilidade, em certos casos, de controle administrativo da legalidade, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 656, a saber: “Admitir irrestritamente será tornar a Administração órgão de controle de legalidade, ao invés de executora desta. Por outro lado, a negação completa significa colocar a Administração Pública numa posição de completa passividade, tendo que conviver com invalidades das mais perniciosas para os interesses públicos.” Entendendo que compete também aos órgãos administrativos declarar a injustiça da normas jurídicas, Antônio Barbas Homem, “O justo(...)”, obra citada, p. 53.

²⁶⁷ Neste sentido, Paulo Otero, “Legalidade(...)”, obra citada, p. 660 e seguintes. Numa visão mais restritiva, segundo a qual a desaplicação de lei pela Administração Pública apenas seria possível nos casos de violação de direitos fundamentais insusceptíveis de suspensão mesmo em estado de sítio, Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, tomo VI, Coimbra Editora, 2001, p. 181 e seguintes.

quando configurada uma violação àquilo que determinada comunidade entende ser o espaço intangível da dignidade humana. Afinal, não se pode admitir a possibilidade de a Administração Pública, mesmo diante de uma violação ao epicentro material do ordenamento jurídico, aplicar cegamente uma norma jurídica que insere no direito norma técnica em violação à dignidade da pessoa humana, desprotegendo o homem enquanto ser irrepitível de maneira irrazoável.

Sobre isto, é importante destacar que eventuais violações à dignidade humana poderão decorrer tanto do tratamento dado aos elementos jurídicos quanto técnicos da regra remissiva, sendo admissível que o administrador público deixe de aplicá-lo por vícios ocorridos em um ou ambos componentes normativos. Se experimentos semelhantes ao do Dr. Victor Frankenstein recebessem da comunidade científica algum tipo de reconhecimento, sendo, em seguida, incorporados em um ordenamento jurídico, naturalmente estaríamos diante de um caso em que a própria norma técnica seria violadora da dignidade humana, uma vez que pressuporia, para sua realização prática, a utilização de órgãos de pessoas falecidas, cujas honras permanecem protegidas pelo direito, mesmo após sua extinção. Embora os experimentos científicos imaginados por Mary Shelley, em sua célebre obra literária, pertençam ao mundo da ficção, não tardará o momento em que temas, como a clonagem humana²⁶⁸, irão impor aos operadores do direito uma reflexão sobre uma possível violação direta de uma norma técnica aos valores e aos princípios que inspiram o sistema normativo, bem como sobre a possibilidade de agentes públicos aplicarem comandos legislativos desastrosos do ponto de vista dos direitos fundamentais. Em que pese não seja muito comum identificar temas científicos que, por si só, atentem contra a dignidade humana, uma vez que aspectos éticos e jurídicos também são considerados, como dissemos anteriormente, durante o processo de produção científica, tal hipótese não pode ser descartada pelo direito, nem quando analisa experimentos atuais, tampouco quando lança um olhar de prognose para um futuro distante.

Registre-se aqui que não se está, com o reconhecimento da possibilidade de o administrador público desaplicar um regime jurídico técnico inconstitucional, a contradizer premissa anteriormente estabelecida segundo a qual o direito e seus

²⁶⁸ Entendendo que a clonagem humana traduz um atentado à individualidade humana e, por consequência, à própria dignidade humana, Paulo Otero, “Pessoa Humana(...)”, obra citada, p. 364.

operadores não podem interferir no conteúdo de normas técnicas por serem estas realidades pertencentes ao mundo das ciências. O que se propõe com a desaplicação de tal regime, nestes casos excepcionais, não é a alteração de sua substância técnica, o que seria proibido, mas sim o bloqueio de seu acesso ao sistema normativo, em razão de sua incompatibilidade material com valores intrínsecos a este mesmo sistema.

3. Resumo do capítulo

O controle material de regras remissivas resulta da interpretação do texto normativo pela Administração Pública à luz dos princípios jurídicos, que funcionariam como discursos de justificação de uma atividade administrativa em consonância com o direito. São, portanto, vetores interpretativos fundamentais para a compreensão das regras jurídicas que autorizam o ingresso de normas técnicas no Direito Administrativo.

Os princípios jurídicos em sentido amplo, na esteira do que ensina Ronald Dworkin, dividem-se em princípios jurídicos em sentido estrito e diretivas. Os primeiros expressam o sentido de moralidade política ou consciência jurídica geral de certa comunidade em matéria de direitos; referem-se ao conteúdo de direitos fundamentais, que coexistem no mesmo habitat jurídico, e devem ser a expressão da ideia de equidade, entendida no plano individual. As segundas têm dimensão política. O direito posto, por inspiração na política, reserva um espaço para que, dentro dos seus limites, as instituições criadas a partir dele possam utilizar argumentos de política. Inseridas no âmbito das estratégias políticas, a interpretação das diretivas comporta mais de uma resposta correta em virtude da ideia democrática de pluralismo político. A equidade aqui deve ser vista no plano ideal do bem-estar coletivo.

Dito isto, as regras jurídicas remissivas devem ser interpretadas à luz de princípios jurídicos em sentido estrito e diretivas. Para tanto, a Administração Pública deverá, após delimitar os aspectos formais destas regras, definir quais princípios jurídicos em sentido amplo ajudaram a instituí-las. Em caso de conjugação das duas modalidades de princípios, a Administração deverá identificar a única resposta correta em matéria de direitos fundamentais, qual seja, aquela que revele o sentido da moralidade política do lugar naquele contexto histórico, bem como a subsistência ou não de alguma margem interpretativa. Havendo ainda espaço para a adoção de escolhas políticas, o agente público

competente, dentro dos limites mais amplos das diretivas, poderá, com base em discricionabilidade técnica, promover uma das escolhas técnicas subsistentes.

Por fim, ante a influência dos princípios jurídicos em matéria interpretativa, a Administração Pública, vinculada que está ao princípio da dignidade da pessoa humana, poderá desaplicar regras remissivas que ofendam o conteúdo do referido princípio em sentido estrito.

CAPÍTULO V

O CONTROLE JUDICIAL EM MATÉRIA TÉCNICO-CIENTÍFICA

1. O princípio da separação dos poderes

Não há como falar, nos dias atuais, de controle judicial da atividade administrativa sem fazer referência ao princípio da separação de poderes. Isto porque, independente do sistema de governo adotado por uma ordem jurídica, presidencialista ou parlamentarista, a maioria dos Estados democráticos de direito ocidentais concentra sua atividade política nos poderes Legislativo e Executivo. É através do parlamento e do governo – que, no regime parlamentarista, também é chefiado por membro do Poder Legislativo – que o Estado assume posições eminentemente políticas. Ao Poder Judiciário cabe, em modelos como esse, apenas as funções de interpretar e aplicar o direito sem originalidade, corrigindo, por meios coercitivos próprios, ações públicas que contrariem o sistema normativo, seja por meio de controle judicial de leis e atos normativos, seja através do controle judicial das atividades desenvolvidas pelo Executivo e pela Administração Pública²⁶⁹.

Com efeito, a chave para tal engenharia institucional - idealizada em 1748 por Montesquieu a partir da publicação de sua célebre obra “O espírito das leis” - traduzida na repartição de competências entre poderes, parece ser simples: legitimidade democrática. Isto é, não dispondo os membros do Poder Judiciário, na maior parte dos Estados ocidentais, de legitimação democrática - já que não recebem mandato do titular da soberania estatal, o povo, para agir em seu nome -, aos tribunais resta apenas a prerrogativa de dizer o direito com o propósito de controlar juridicamente, sempre que instados a fazê-lo, os atos (*lato sensu*) de outros poderes, negada a possibilidade de imiscuírem-se em atividades eminentemente políticas, salvo quando disciplinadas pelo próprio direito. Como bem adverte Dworkin²⁷⁰, as decisões políticas devem submeter-se

²⁶⁹ A fim de reforçar a centralidade do princípio da separação dos poderes no direito americano, Marvin B. Rosenberry, em “Administrative(...)”, obra citada, p. 32, lembra que a Constituição de Massachusetts expressamente diz: “O Poder Judiciário jamais exercitará poderes legislativos e executivos(...)”.

²⁷⁰ “Levando os direitos(...)”, obra citada”, p. 133.

ao processo político e a todas as suas vicissitudes, inclusive a ações de lobistas, de grupos de pressão e, sobretudo, à avaliação do eleitorado que, no caso dos juízes, não poderá responsabilizá-los nas eleições seguintes²⁷¹. Admitir que um juiz possa, protegido pelas necessárias garantias da magistratura, proferir decisões políticas, sem a possibilidade de ser responsabilizado politicamente por isso, seria negar o fato de que a democracia representativa sempre penaliza, pelo voto, aqueles que assumem posições equivocadas; além disso, uma atuação política de tribunais importaria riscos desnecessários à ideia de igual respeito ou equidade (no plano individual) para que juízes passem a se afastar do seu papel de tutelar direitos para traçar estratégias de interesse público sem qualquer legitimidade democrática para tanto ²⁷².

Esta configuração de Estado, engendrada a partir da ideia de separação de poderes e de democracia representativa, permanece, de modo geral, vigente na atualidade. Ao Poder Judiciário cabe, de fato, avaliar juridicamente, via de regra, as ações dos demais poderes apenas sob o prisma estritamente jurídico, e não político. Esta é uma exigência do princípio democrático, que confere, em última análise, ao povo a prerrogativa de escolher as entidades públicas que, pela via da representação direta ou indireta, tomarão decisões políticas em seu nome.

É importante consignar que não estamos querendo dizer com isso que o Poder Judiciário, em tempo algum, poderá avaliar juridicamente decisões políticas tomadas por outros poderes ou pela Administração Pública. Conforme veremos mais à frente, a possibilidade de tribunais interpretarem ações políticas de outros poderes deve ser vista como compatível com o regime democrático, desde que possa ser controlada não por meio de argumentos de política encampados subjetivamente por magistrados não eleitos, mas sim por razões exclusivamente de princípio. O que nos parece ser completamente defeso ao juiz, é preciso deixar claro, não será a análise do compromisso da Administração Pública com balizas jurídicas para eventuais ações políticas, mas a mera substituição de concepções políticas assumidas pelos demais poderes por outras apoiadas, também em caráter político, pelo Poder Judiciário. É a definição e condução de políticas

²⁷¹ Neste sentido, Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, obra citada, p. 221.

²⁷² Ronald Dworkin, “Levando os direitos(...)”, p. 137: “As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira.”

estatais por juízes não eleitos que devem ser vistas como incompatíveis com a visão de democracia encampada neste trabalho.

2. Controle judicial da atividade administrativa

Em decorrência desta sorte de ideias, a atividade administrativa, mesmo em matéria técnico-científica, não está imune ao controle judicial, que pode (e deve) ser exercido pelos tribunais sempre que constatadas violações ao direito vigente, compreendido em toda sua integridade (juridicidade). A Administração Pública, enquanto primeira intérprete de regras remissivas, pode, no exercício de seu mister, praticar normas ou condutas administrativas técnicas que violem, formal e materialmente, o direito, cabendo ao Poder Judiciário controlar a validade jurídica destas escolhas.

Enquanto derradeiro intérprete dos regimes jurídicos técnicos, ao Poder Judiciário compete avaliar se a interpretação conferida pela Administração Pública por ocasião da formação da atividade de regulação ou da prática de alguma conduta administrativa técnico-científica atendeu ou não aos requisitos formais e materiais apresentados nos capítulos anteriores, ajustando-se, em caso positivo, ao direito como integridade. Enquanto no primeiro caso (controle formal) será necessário avaliar o respeito ou não por parte da Administração Pública aos limites verticais, horizontais e procedimentais da normatização existente, no segundo caso (controle material) será imprescindível avaliar a compatibilidade entre a interpretação técnico-jurídica final e os princípios jurídicos em sentido amplo. Grosso modo, ao Poder Judiciário compete avaliar, em fase de controle material, se o sentido hermenêutico, indicado tanto pela moralidade política (em matéria de direitos e garantias fundamentais) como também pelos objetivos coletivos definidos por meio das chamadas diretivas, foi observado pela Administração Pública na feitura de norma reguladora ou na prática de uma conduta administrativa. Isto porque, com o surgimento da noção de juridicidade, a Administração Pública deixa de gozar de excessiva liberdade para atribuir discricionariamente significados a textos normativos, passando a ter que fazê-lo a partir do sentido indicado por princípios jurídicos, do contrário, tal atividade poderá ser controlada judicialmente.

Com efeito, não há propriamente diferenças entre o modo como tribunais e a Administração Pública interpretam regras remissivas. O direito, enquanto ciência, vincula

hermeneuticamente todos os entes, públicos e privados, de uma certa comunidade jurídica, não havendo razões para se imaginar um direito para a Administração Pública e outro para o Poder Judiciário²⁷³. Há, contudo, conforme tentaremos demonstrar, zonas decisórias dentro das quais os tribunais não poderão adentrar para que não se rompa, como já dissemos, com a noção de separação de poderes, típica de Estados democráticos de direito preocupados em delimitar repartições de competências e impedir que entes públicos, desprovidos de qualquer legitimidade democrática, definam os rumos políticos da sociedade.

3. Controle judicial formal

Da mesma maneira que a Administração Pública interpreta regras remissivas, o Poder Judiciário terá que fazer o mesmo sempre que instado a avaliar a compatibilidade de uma atuação administrativa em face da lei. Naturalmente, não se está dizendo que um tribunal pode indiscriminadamente criar normas regulatórias ou praticar condutas administrativas em substituição à Administração, circunstância que poderia ser vista como incompatível com o princípio da separação de poderes, mas tão somente que terão que interpretar os mesmos textos normativos que fundamentaram o agir administrativo para então formar um juízo sobre sua validade jurídica.

O processo interpretativo judicial inicia-se, da mesma maneira, a partir de uma apreciação das regras jurídicas remissivas existentes; no caso de controle sobre a atividade regulatória, o Poder Judiciário se concentrará na verificação da compatibilidade objetiva da regra jurídica incorporadora de normas técnicas elaborada pela Administração em face da regra remissiva legal (em sentido amplo). Todos os aspectos formais ou extrínsecos estabelecidos na lei deverão ser aqui confrontados (verticais, horizontais e

²⁷³ Ronald Dworkin deixa transparecer esse mesmo entendimento quando, em “O Império(...)”, obra citada, p. 19, faz referência às razões pelas quais escolhera focar sua análise na maneira de argumentar dos juízes, e não de outros intérpretes: “Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista dos juízes, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca.”.

procedimentais). Já no caso de controle da atividade administrativa concreta (*adjudication*), pela mesma razão, os tribunais devem, num primeiro momento, mapear os elementos formais descritos nas regras remissivas para, na sequência, avaliar se a conduta praticada era compatível com seu regime jurídico.

Trata-se de um controle formal exercido pelo Poder Judiciário, nos mesmos moldes daqueles definidos para a Administração Pública, com o objetivo de avaliar a validade de uma norma ou conduta administrativas técnicas a partir da exclusão de interpretações situadas fora dos limites formais das regras remissivas (zona de certeza negativa). Como já se falou em relação à atividade hermenêutica da Administração Pública, sempre que o Poder Judiciário reconhecer que a decisão administrativa incorporadora resultou de uma interpretação transbordante dos limites linguísticos de uma regra jurídica de natureza técnica (controle horizontal), teve fundamento normativo em norma que, de acordo com o ordenamento jurídico, surgiu em consequência de uma violação de preceitos normativos que regulavam a formação e hierarquia entre regras jurídicas (controle vertical) ou desatendeu requisitos procedimentais (controle procedimental), deverá intervir para invalidar a atividade administrativa (normativa ou concreta) com fundamento em vício de forma ou extrínseco.

Por óbvio, as consequências e os efeitos das invalidades advindas da violação dos requisitos formais da regra remissiva por uma norma ou conduta administrativas técnicas dependerão da sistemática de cada ordenamento jurídico, que poderá ser, de acordo com regras e princípios adotados concretamente, mais ou menos leniente em relação às mesmas. Institutos como os da convalidação ou da relativização de uma invalidade em face de outros interesses poderão adotar os mais diferentes contornos consoante a decisão política dos legisladores de cada Estado e os valores que pretendem proteger em cada matéria.

Imaginemos que determinada regra remissiva de competência tenha estabelecido, com base em normas técnicas emanadas da sociedade médica de oncologia, que apenas oncologistas têm qualificação técnica para apresentar diagnóstico de câncer em hospitais de rede pública. Naturalmente, a apresentação de diagnóstico por médico ortopedista pode ensejar a intervenção do Poder Judiciário com o fito de obrigar a Administração Pública a submeter o paciente a uma consulta com um médico habilitado (obrigação de fazer). Neste caso, não se estará discutindo a qualidade de possíveis interpretações abrangidas pela linguagem de tal texto, mas sim a (in)validade de interpretação conferida

pela Administração que não encontra, linguística e semanticamente, qualquer amparo normativo. Nem mesmo a justificativa mais “razoável” seria capaz de transformar em sinônimos os termos “ortopedista” e “oncologista”; o desrespeito desta normativa por parte da Administração Pública poderá exigir a intervenção judicial como forma de obrigá-la a aplicar a regra jurídica dentro de seus limites semânticos, restaurando a legalidade violada.

No âmbito da regulação técnica, situação semelhante pode ocorrer. É possível, por exemplo, que uma determinada agência reguladora afaste-se completamente dos aspectos formais das normas legais às quais está submetida para aprovar normativas técnico-jurídicas absolutamente inválidas. Imaginemos a hipótese grosseira em que entidade responsável por elaborar listagem de entorpecentes para fins criminais inclua substância sem características alucinógenas ou, não sendo o caso, sem promover um amplo debate com a sociedade, conforme definido em regra legal. Nestes casos, diante do não enquadramento semântico entre a substância incluída e o conceito técnico-legal de “entorpecentes”, caberá ao Poder Judiciário, no primeiro caso, de acordo com o rol de competências definido em cada ordem interna, invalidar tal norma jurídica administrativa no plano abstrato; no segundo caso, sua invalidação decorrerá da inobservância de requisito procedimental previsto para garantir a participação dos interessados no processo decisório e a publicidade da medida.

Em todos os casos citados, um controle judicial formal já será eficaz para interromper a incorporação inválida de normas técnicas na ordem jurídica.

4. Controle judicial material

Dando sequência à interpretação das regras remissivas, o Poder Judiciário deve avaliar, no plano da adjudicação, após identificar que a conduta administrativa praticada em concreto pela Administração Pública respeitou todos os requisitos extrínsecos (procedimentais, verticais e horizontais), se aquela conduta encontrava-se em sintonia com os princípios jurídicos à época vigentes; da mesma maneira, no plano da regulação, os tribunais devem avaliar se a interpretação feita pela Administração Pública, ao criar uma norma regulatória, também respeitou os mesmos pressupostos formais.

Nesta seara, mais uma vez, será imprescindível que o Poder Judiciário interprete as regras remissivas ou em face da norma administrativa criada (*regulation*) ou da conduta concreta (*adjudication*), buscando encontrar o sentido hermenêutico indicado pelos princípios jurídicos em sentido amplo (princípios jurídicos em sentido estrito + diretivas), com a ressalva, aqui mencionada, de que os tribunais não dispõem de legitimidade democrática para substituir as concepções políticas adotadas concretamente pela Administração Pública pelas suas, sempre que aquelas opções forem democraticamente admitidas por delegação do legislador²⁷⁴. É precisamente neste ponto que reside, ao nosso sentir, a diferença entre os limites interpretativos da Administração Pública, que poderá agir politicamente sempre que o parlamento (entidade com legitimidade democrática máxima) lhe conferir a prerrogativa de prolatar decisões com tal conteúdo, e o processo hermenêutico a ser desenvolvido em sede de controle judicial. O resultado dessa diferença de alcance constitui o mérito administrativo.

Assim, sempre que a interpretação de regras jurídicas remissivas depender de uma apreciação acerca do significado de princípios jurídicos em sentido estrito (ou da ponderação entre eles), a avaliação do Poder Judiciário será necessariamente jurídica e, portanto, admitida pelo direito. Não havendo questões de direitos fundamentais a serem dirimidas ou, se existentes, tendo a Administração captado o sentido hermenêutico dos princípios em sentido estrito, não poderá o Poder Judiciário assumir concepção política diversa daquela adotada pelo administrador. Voltemos ao exemplo da construção de uma hidrelétrica em terreno com características técnicas A ou B. Como dissemos na ocasião, estudos técnicos apontaram, naquele caso concreto, que a construção da referida obra pública, do ponto de vista técnico e jurídico, poderia realizar-se em qualquer dos dois tipos de terreno, restando à Administração a prerrogativa de prolatar uma decisão final em qualquer dos dois sentidos. Não havendo, do ponto de vista dos princípios jurídicos em sentido estrito, ou seja, em matéria de direitos fundamentais, qualquer diferença entre

²⁷⁴ Dworkin, que está naturalmente inserido dentro do contexto dos EUA, em sua obra “O império do direito”, obra citada, p. 474/475, diz que o juiz-Hércules “vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão do jogo é fundamentalmente de política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação.” Embora o filósofo americano tenha feito referência ao Poder Legislativo, pelas mesmas razões, não poderá o Poder Judiciário se imiscuir em decisões políticas da Administração Pública, quando delegadas pelo Poder Legislativo. Se Hércules não tem tendências “ativistas” em relação ao Legislativo, por qual razão teria em relação à Administração Pública, que age nos limites da lei?

construir uma hidrelétrica no terreno A ou B, pergunta-se: poderá o Poder Judiciário, com base exclusivamente em sua visão subjetiva do caso, invalidar decisão administrativa anterior? A resposta, naturalmente, deve ser negativa. E a razão é simples: os argumentos que seriam apresentados pelo Poder Judiciário, caso quisesse contrariar a Administração Pública, seriam necessariamente políticos, e não de princípios (ou jurídicos). Como o princípio democrático veda tradicionalmente que juízes, que não gozam de legitimidade democrática, substituam as concepções políticas adotadas administrativamente pelas suas, tal prática deve ser considerada como incompatível com Estados democráticos de direito.

4.1. O princípio da proporcionalidade no controle judicial

Sempre que o Poder Judiciário quiser avaliar se o sentido hermenêutico dado pela Administração Pública às regras jurídicas existentes estava em sintonia com a juridicidade, os tribunais, em cenários de colisão entre princípios jurídicos em sentido amplo, terão que se socorrer do princípio da proporcionalidade para controlar a atividade administrativa²⁷⁵.

Enquanto a elaboração das regras jurídicas de natureza técnica faz-se, na maior parte dos casos, por meio de um juízo prévio de proporcionalidade, emitido pelos órgãos com competência para legislar sobre a matéria que, com o escopo de manterem-se em consonância com o direito, em especial com os princípios jurídicos em sentido amplo, buscam chegar a uma redação final legal e constitucional, compete igualmente à Administração interpretá-las, quer para aplicá-las no caso concreto, quer para criar uma norma jurídica regulatória. Ambas as atividades também exigirão por parte da Administração Pública um juízo de proporcionalidade.

Assim, sempre que um juiz deparar-se com a análise de uma conduta ou norma administrativas de natureza técnica, será necessário avaliar se as regras remissivas que serviram de fundamento para o agir da Administração Pública foram ou não interpretadas por ela de maneira legal e conforme a juridicidade. Nos casos em que a questão envolver colisão entre princípios jurídicos em sentido amplo, o Poder Judiciário naturalmente terá

²⁷⁵ Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 434, chega a falar em “Administração Pública de balanceamento ou de ponderação.”.

que verificar se a Administração Pública criou regra jurídica proporcional, no caso da atividade regulatória, ou conferiu às regras remissivas uma interpretação, em concreto, também compatível com a ideia de proporcionalidade, dando aos princípios envolvidos o peso constitucionalmente adequado²⁷⁶.

Este trabalho hermenêutico exigirá do magistrado, um Hércules²⁷⁷, nas palavras de Dworkin, uma compreensão de todos os princípios jurídicos que influenciaram na elaboração das regras remissivas, sejam eles relacionados à proteção de direitos fundamentais, sejam eles associados ao cumprimento de metas coletivas por meio de avanços tecnológicos. Em cenários de franca colisão entre eles, ao Judiciário caberá avaliar se a definição do sentido hermenêutico daquelas regras conferida pela Administração Pública partiu da correta ponderação entre direitos fundamentais e diretivas²⁷⁸. Somente assim o Poder Judiciário terá condições de afirmar se a interpretação dada em abstrato, nas hipóteses de regulação, ou num caso concreto, nos casos de atividade adjudicatória, merecem ou não ser invalidadas judicialmente.

Naturalmente não se está com tal afirmativa dizendo que a Administração Pública deve fidelidade ao juízo de ponderação historicamente realizado pelas instâncias legislativas. O tempo e a evolução histórica poderão alterar a resultado desta apreciação, devendo a Administração Pública estar atenta a essas mudanças a fim de conferir uma interpretação atualizada das regras jurídicas existentes; entendimento diverso manteria a Administração presa a uma interpretação histórica muitas vezes obsoleta e desatualizada²⁷⁹.

Pergunta-se: como o juiz deve então chegar à interpretação adequada à luz da proporcionalidade? Haverá sempre uma única resposta correta?

Neste ponto, dois caminhos muito distintos têm sido tradicionalmente indicados pela doutrina. O primeiro deles, consagrado principalmente pelo esforço acadêmico de

²⁷⁶ Sobre a importância do princípio da proporcionalidade no controle judicial da atividade administrativa, Luiz Roberto Barroso, em “Curso(...)”, obra citada, p. 290 e seguintes.

²⁷⁷ Ronald Dworkin, “O império(...)”, obra citada, p. 312.

²⁷⁸ Neste sentido, Ronald Dworkin, “Levando os direitos...”, obra citada, p.130.

²⁷⁹ Dworkin, sobre esse tema, em “O império do direito”, obra citada, p. 416, descreve o que denominou de “método Hércules”: “O método Hércules desafia esse aspecto da teoria da intenção do locutor juntamente com todo o resto. Rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem todo – e o único - significado que sempre terá. Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando.”

Robert Alexy, estabelece, por meio da criação de um procedimento, que a avaliação da proporcionalidade de um ato jurídico depende da observância de basicamente três juízos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁸⁰. Embora não seja possível afirmar que tais requisitos receberam o mesmo tratamento jurídico em todo o mundo, estes, de uma maneira geral, podem ser compreendidos como critérios de justificação para uma atividade estatal restritiva de direitos fundamentais e concretizadora de outros valores considerados relevantes por uma ordem jurídica, como aqueles previstos em diretivas. Segundo esta orientação, é preciso que o Poder Judiciário, num primeiro instante, avalie se a decisão administrativa incorporadora, resultante da interpretação da Administração Pública de regras remissivas, ajusta-se aos fins propostos, ou seja, se há causalidade ou não entre ela e os resultados oferecidos (adequação). Na busca de uma ação proporcional, a Administração Pública ainda deve demonstrar, para justificar, frente aos tribunais, sua intervenção na esfera jurídica dos administrados, ser sua atividade necessária, em outras palavras, não haver a possibilidade da prática de outras ações capazes de alcançar os mesmos resultados com menos sacrifícios (necessidade)²⁸¹. Como desfecho, o Poder Judiciário teria ainda que avaliar se os sacrifícios suportados pelas normas ou condutas administrativas adotadas justificariam os benefícios por ela oferecidos (proporcionalidade em sentido estrito).

Ultrapassado o referido passo a passo, entende-se que os tribunais teriam condições de avaliar se a decisão administrativa praticada era ou não proporcional e, portanto, justificável à luz da juridicidade. A depender da conclusão, ao Judiciário caberia, no exercício do controle judicial, reconhecer sua validade ou invalidade, determinando a produção dos efeitos jurídicos definidos por cada sistema normativo²⁸².

²⁸⁰ Neste sentido, Luiz Roberto Barroso, obra citada, p. 291.

²⁸¹ Enxergando semelhanças entre o requisito da necessidade e o princípio da vedação do excesso, Luiz Roberto Barroso, obra citada, p. 294.

²⁸² Em *Constitutional Law in the Age of Proportionality*, Vicki C. Jackson, *The Yale Law Journal*, traça algumas distinções entre o uso do princípio da proporcionalidade em alguns países: “Se uma infração ao direito for demonstrada, e se a ação desafiada foi prescrita segundo a lei e for legítima e importante, deve-se submeter a questão a três critérios: a) racionalidade, b) mínimo prejuízo e c) proporcionalidade como tal. Muitos desses critérios correspondem aos seguintes elementos nos EUA: “estrito”, “intermediário” e “base racional”: a necessidade e importância da ação governamental; a racional conexão exigida entre o objetivo escolhido e seu fim; e o mínimo prejuízo, ou seja, se existe menos restrição em face do objetivo (p. 3099). A proporcionalidade em países como Canadá, Alemanha e Israel incluem um estágio adicional – a proporcionalidade em sentido estrito –, que questiona se a invasão nos direitos pode ser justificada pelos benefícios conquistados pelo objetivo público alcançado (p. 3099). A proporcionalidade em sentido estrito

O segundo deles, encampado pela hermenêutica jurídica, consiste em não tratar a questão da ponderação e da proporcionalidade de maneira objetiva ou metodológica, como se uma fórmula matemática fosse capaz de resolver, pela via de um método científico isolante, qualquer caso jurídico. Aqui, o significado das regras jurídicas em contextos determinados deve exsurgir, não de critérios objetivos, criados dentro de uma relação científica do tipo sujeito-objeto, em que o intérprete acumula o poder de conferir sentido as coisas a partir de si mesmo (de sua visão de mundo), mas, em matéria de direitos fundamentais, da historicidade e da tradição de uma comunidade. Segundo esta orientação, o direito, dentro de uma relação científica do tipo sujeito-sujeito, expressa-se por meio de sua história, construída ao longo de séculos (como num romance em cadeia), e não por intermédio da subjetividade de seu intérprete, que pode deixar-se levar, no afã de se assenhorar do significado das coisas, por pré-compreensões ilegítimas dissociadas da moralidade política de sua comunidade. Na linha do que preconizavam Gadamer e Heidegger²⁸³, a interpretação sucede sempre a sua compreensão, isto é, o intérprete primeiro compreende algo e só depois o interpreta (interpretar é explicitar a compreensão²⁸⁴). Assim, o operador do direito, embora acredite estar interpretando genuinamente o texto de uma regra jurídica, na verdade está apenas exteriorizando justificativas racionais e retóricas para o já compreendido²⁸⁵. Tal circunstância não

é parte de uma doutrina que, como um todo, prioriza o direito, colocando o fardo da justificação ou fundamentação no governo (p. 3100).”

²⁸³ Sobre Heidegger, ensina Jean Grondin, em “Hermenêutica”, obra citada, p. 38: “Com Heidegger, a hermenêutica mudará de objeto, de vocação e de estatuto. Primeiramente, ela mudará de objeto, deixando de incidir sobre os textos ou sobre ciências interpretativas para incidir sobre a própria existência. Podemos falar, então, de uma virada existencial da hermenêutica(...) Ela também mudará de vocação, porque a hermenêutica deixará de ser entendida de maneira técnica, normativa ou metodológica. Ela passará a ter a sua função mais fenomenológica, mais “destruidora” no sentido libertador do termo, que decorre de sua mudança de estatuto: ela será não apenas uma reflexão que incide sobre a interpretação (ou seus métodos), ela será também a realização de um processo de interpretação que se confundirá com a própria filosofia(...) (p. 38). Nesse quadro, a filosofia é efetivamente concebida como ontologia por que sua questão primária é ser (p. 42).”

²⁸⁴ Neste sentido, Jean Grondin, “Hermenêutica”, obra citada, p. 47. Em sentido semelhante, Richard E. Palmer, “Hermenêutica”, obra citada, p. 244/245.

²⁸⁵ Ainda sobre Heidegger, explica Jean Grondin, em “Hermenêutica”, obra citada, p. 48: “Dois deslocamentos maiores são operados aqui com relação à problemática clássica da interpretação. A) O que trata de trazer à luz não inicialmente o sentido do texto ou intenção do autor, mas a intenção que habita a própria existência, o sentido de seu projeto. B) A interpretação deixa aqui de ser o “procedimento” que permite atingir o entendimento, seguindo a estrutura teleológica da interpretação e do entendimento que prevaleceu na concepção clássica da hermenêutica. Não, a interpretação é, sobretudo, o esclarecimento crítico de um entendimento que precede. Primeiro, vem o entendimento, depois sua interpretação, na qual o entendimento vem a se entender em si mesmo, a se apoderar de suas antecipações.”

constituiria mero detalhe, mas fato transformador do entendimento que sempre existiu acerca da interpretação: interpretar textos a partir de um sujeito que atribui significados à linguagem sempre resulta, segundo esta visão, na sua subjetiva versão sobre o objeto interpretado, e não numa tentativa de revelação da sua verdadeira essência no contexto histórico em que está inserido²⁸⁶.

Dentro desta linha de raciocínio, a dogmática alemã, de viés mais analítico, quando define critérios objetivos para aplicar o princípio da proporcionalidade, parte necessariamente da premissa, rejeitada pela hermenêutica jurídica, de que sua formulação seria capaz de neutralizar, pela via do método, as pré-compreensões do intérprete, possibilitando uma interpretação acerca da proporcionalidade de uma atividade administrativa. Alexy mantém-se, portanto, dentro de uma relação do tipo sujeito-objeto, marcada pela crença de que o intérprete reúne condições de atribuir, partindo de si mesmo, sentido às coisas. Para o mestre alemão, o texto da norma não estabelece com o intérprete uma relação de reciprocidade²⁸⁷ e, por esta razão, sua interpretação, segundo esta visão, fatalmente redundaria numa manifestação inevitável do sujeito e não do “ser” definido na e pela linguagem.

O resultado deste debate oferece respostas muito distintas não só no campo filosófico como prático. Isto porque enquanto Alexy admite a existência de mais de uma solução igualmente proporcional²⁸⁸, Dworkin nega peremptoriamente esta possibilidade²⁸⁹ quando a questão recair exclusivamente sobre matéria de moralidade política ou, em outros termos, de princípios em sentido estrito. Para o autor americano, em matéria de sopesamento entre direitos fundamentais, há sempre uma resposta correta; negar isso seria, para ele, o mesmo que negar a autonomia do direito e a existência de uma única moralidade política num determinado contexto de tempo e espaço.

Por coerência e por tudo que já sustentamos ao longo deste trabalho, nossa posição acompanha a segunda linha de pensamento. Ainda que se siga o passo a passo

²⁸⁶ Gadamer, conforme salienta Richard E. Palmer, “Hermenêutica”, obra citada, p. 204, reforça o entendimento segundo o qual a compreensão da linguagem não ocorre nos moldes objetivos da ciência tradicional. Para o filósofo, a linguagem é viva, transforma-se permanentemente.

²⁸⁷ Neste sentido, Richard E. Palmer, em “Hermenêutica”, obra citada, p. 200.

²⁸⁸ Aparentemente filiando-se a esta corrente, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 444: “(...) o tribunal, em tais casos, poderá predeterminar a ponderação administrativa, nunca lhe sendo admissível, no entanto, à luz do princípio da separação dos poderes, se existirem diversas soluções ponderativas possíveis, substituir aquela que foi adotada pela sua.”

²⁸⁹ Neste mesmo sentido, Massimo La Torre, “Positivismo(...)”, obra citada, p. 710.

hermenêutico de Robert Alexy, em algum momento, o intérprete terá, por mais que tente esconder de todos e de si mesmo, que atribuir subjetivamente (ou discricionariamente) peso aos princípios jurídicos em colisão, o que lhe obrigará a partir de si e de sua visão pessoal da realidade circundante para dar cabo deste processo de quantificação²⁹⁰. Neste preciso momento, quando já se sabe que tudo está mais do que compreendido pelo sujeito que agora se lança na missão de interpretar uma norma jurídica, admitir, sem ressalvas, a metodologia de Alexy seria o mesmo que aceitar que o intérprete possa dar vazão às suas pré-compreensões mesmo em matéria de direitos fundamentais, afastando-se, se preciso for, das tradições e da história da comunidade em que se encontra inserido²⁹¹. Com isso, o sentido do texto, que deveria ser conferido pela sua historicidade refletida na linguagem, passaria a ser impelido unilateralmente por um único sujeito ou tribunal; o direito voltaria a ser aquilo que dizem os tribunais, ainda que absolutamente dissociado da tradição jurídica de uma sociedade. O direito seria, portanto, filho do poder, e não da história²⁹².

Afinal, qual o peso a ser dado ao princípio da liberdade de expressão quando em colisão com o princípio da privacidade? Peso 2? Peso 3? A Administração Pública deve autorizar eventos artísticos com propósitos difamatórios aceitos culturalmente? Quem deve dar peso as coisas, o intérprete ou a tradição de cada lugar? As respostas a estas indagações seriam as mesmas no Brasil, em Portugal e na Turquia? Na esteira do que ensina sobretudo Gadamer, o intérprete, por mais bem-intencionado que possa ser, já

²⁹⁰ Após fazer referência aos trabalhos de Mariana Melo Egídio e Sérvulo Correia, Paulo Otero não nega certa margem de discricionariade no uso do método de ponderação, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 445.

²⁹¹ No mesmo sentido, Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 223: “Creio que a análise de Alexy é interessante porque põe em evidência, efetivamente, quais são os diversos ingredientes que devem ser tidos em conta para dar prioridade a um princípio sobre o outro, o que contribui para racionalizar a operação. Mas parece-me que o propósito de uma formulação matemática pode dar a falsa impressão de que se trate de um cálculo, de seguir um algoritmo, ou algo do mesmo estilo (...)Mas o problema é que a atribuição dos valores variáveis – como Alexy reconhece – é feito de maneira consideravelmente discricionária, no sentido de que não é algo pré-determinado(...), de maneira que o importante não seria, em todo caso, o cálculo em si mesmo, mas a atribuição dos valores numéricos.”

²⁹² Em sentido semelhante, Ronald Dworkin, quando trata do direito como integridade, em sua obra “O império(...)”, obra citada, p. 258 e 263: “Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade (p. 258)(...). O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em quem se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz (p. 263).”

compreendeu o texto quando julga interpretá-lo; portanto, ele não dispõe de recursos para afastar-se de suas pré-compreensões e conferir, de forma isenta, peso a princípios jurídicos em colisão. Para tal problemática, só há uma solução: recorrer ao sentido das tradições de cada comunidade, abrindo-se para um diálogo dialético entre dois sujeitos (intersubjetivo): o que interpreta e o que é interpretado. Fazer aquilo que se vulgarizou dizer no campo da hermenêutica filosófica: fundir os horizontes do intérprete com os da história e da tradição, livrando-se, neste processo, de pré-juízos ilegítimos e irracionais²⁹³. Somente desta forma, desvendar-se-á a essência e o sentido de regras jurídicas remissivas e o significado da ideia de proporcionalidade em face de certos contextos. Imaginar uma solução abstrata para situações de colisão entre princípios jurídicos por meio de critérios metodológicos assépticos seria o mesmo que desconsiderar que cada comunidade, dentro da ideia rawlsiana de “pluralismo razoável”²⁹⁴, interpreta tal tensão à sua maneira, consoante o processo de construção de sua história²⁹⁵.

Em resumo, partilhamos da tese segundo a qual a questão da proporcionalidade deve ser resolvida a partir do contexto em que a norma ou conduta administrativas incorporadoras estiverem inseridas, devendo os tribunais fazer uma incursão sobre a história e a tradição construídas ao longo de gerações com o objetivo de definir, a um só tempo, o significado da moralidade política face à tensão entre os valores morais institucionalizados por meio de princípios em sentido estrito e sua relação com os objetivos e metas coletivas definidos por diretivas. O resultado deste processo hermenêutico desembocará numa única resposta correta sempre que a interpretação recair apenas sobre aspectos relacionados a direitos fundamentais, que não comportam, como

²⁹³ Neste sentido, Ronald Dworkin, “O império do direito”, obra citada, p. 306: “Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de uma comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.”

²⁹⁴ John Rawls, “A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada”, 70, 2014, p. 163/164: “(...) Os cidadãos apercebem-se de que não podem chegar a acordo ou sequer aproximar-se de um entendimento mútuo com base nas suas doutrinas abrangentes irreconciliáveis. Precisam, por isso, de considerar que tipo de razões podem razoavelmente apresentar uns aos outros quando estão em causa questões políticas fundamentais. Proponho que na razão pública as doutrinas abrangentes de verdade ou retidão sejam substituídas pela ideia do politicamente razoável destinadas aos cidadãos enquanto cidadãos.”

²⁹⁵ Entendendo que o juiz deve se despir de suas convicções pessoais, Ronald Dworkin, “O império do direito”, obra citada, p. 306: “As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável...Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questão de justiça.”

vimos, apreciações políticas²⁹⁶, sendo viável, neste caso, a redução da discricionariedade do intérprete a zero. Por outro lado, o citado esforço hermenêutico poderá, em alguns casos, conferir margem de escolha interpretativa à Administração Pública, caso subsista, mesmo após uma avaliação do significado dos princípios em sentido estrito (ou da ponderação entre eles), espaço para uma apreciação política acerca do alcance de diretivas igualmente influentes. No primeiro caso, haverá sempre uma única resposta proporcional; no segundo, será imprescindível reconhecer a superveniência de mais de uma solução possível.

4.2. O controle judicial da atividade administrativa para proteger direitos fundamentais

Diuturnamente, Administrações Públicas mundo afora criam as mais diferentes normas e praticam as mais diferentes condutas de natureza técnica visando promover o bem-estar da comunidade com o propósito de elevar seus níveis de desenvolvimento social, econômico, cultural etc., sempre com foco na consecução do interesse público. Tal visão consequencialista, ainda vigente nos dias atuais, serve para impulsionar a Administração Pública para a prática de atos voltados para os interesses coletivos da sociedade, considerados, sob este ponto de vista exclusivo, com supremacia em relação aos direitos individuais dos administrados. O interesse público tutelado na construção de uma hidrelétrica consiste no fornecimento de mais energia à população; na desapropriação de um terreno particular para construção de uma escola, na ampliação da rede pública que presta o serviço educacional; e no estabelecimento do conceito de entorpecentes por via de uma norma reguladora, a proteção da saúde pública.

Contudo, é preciso reconhecer que, em ordens jurídicas centradas em direitos, sobretudo aqueles considerados fundamentais à luz da moralidade política vigente, a atividade administrativa, mesmo quando direcionada ao atingimento de finalidades públicas, deve sofrer, antes de tudo, contenções próprias de um modelo que impõe ao Estado, desde sua constituição, o dever de respeitar, garantir e dar efetividade a direitos fundamentais. Nos exemplos acima mencionados, a Administração Pública não estará

²⁹⁶ Luiz Roberto Barroso, “Curso...”, em obra citada, p. 96, atribui à razão pública rawlsiana, definida através de consensos acerca do sentido de princípios de justiça, a função de auxiliar o intérprete das normas jurídicas em situação de conflito entre princípios.

livre para tomar decisões voltadas para a consecução do interesse público, sem qualquer preocupação em conjugar sua pretensão de promover maior bem-estar coletivo e sua obrigação natural de proteger os direitos fundamentais atingidos por suas escolhas. Portanto, é esta incessante tensão entre uma visão puramente consequencialista, segundo a qual a Administração Pública deve sempre visar a consecução do interesse público, em contraposição à ideia de respeito aos direitos dos cidadãos, cujas restrições terão que se dar dentro de limites toleráveis, que passou a marcar o exercício da atividade da Administração Pública na era dos direitos humanos²⁹⁷.

Por esta razão, não nos parece arriscado afirmar que a principal função do controle judicial da atividade administrativa abstrata ou concreta, técnica ou não, consiste na proteção de direitos fundamentais, que poderá ser exercida, dada sua natureza estritamente jurídica, com a profundidade necessária. É através da proteção de direitos que o Poder Judiciário oferece à sociedade uma prestação jurisdicional efetiva.

Dentro desta linha de raciocínio, ao Poder Judiciário restará sempre a missão de apreciar, juridicamente, se as normas e condutas administrativas romperam, no afã de garantir o atingimento do interesse público, com o equilíbrio acima anunciado, passando a atuar em ambiente alheio à juridicidade vigente, entendida aqui como o conjunto de regras e princípios que, de alguma forma, buscam legitimar uma atuação administrativa vocacionada, a um só tempo, à consecução do bem-estar coletivo e à proteção dos direitos.

Em matéria de direitos fundamentais, será possível, na esteira do defendido por Dworkin, encontrar uma única resposta correta, reduzindo a zero, no âmbito do Direito Administrativo, a “abertura discricionária” abstratamente prevista nos textos normativos. O direito, compreendido através das tradições de uma determinada comunidade, manifesta-se, no campo dos direitos fundamentais (ou princípios em sentido estrito), por meio do sentido empregado pela moralidade política vigente em face de um determinado contexto. Será a partir da compreensão, por parte do intérprete das regras remissivas, deste processo construtivo do significado hermenêutico do conjunto de normas jurídicas

²⁹⁷ Entendendo que o interesse público é sempre respeitado quando protege-se, ao menos na sua porção essencial, os direitos fundamentais dos cidadãos, Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 95.

aplicáveis que se definirá, à luz dos sentidos empregados pelos princípios em sentido estrito, a única resposta jurídica possível²⁹⁸.

Imaginemos a seguinte situação: uma determinada Administração Pública desapropria um imenso terreno para a construção de uma grande hidrelétrica. No referido terreno vivem populações indígenas, proprietários privados, posseiros, quilombolas, agricultores, comunidades pesqueiras e traficantes de entorpecentes. Embora ninguém conteste o alcance público da referida obra, não há como negar que aspectos relacionados a direitos fundamentais devem ser ponderados antes de sua execução, a saber: pessoas sem título de propriedade devem ser indenizadas ou abandonadas à própria sorte? Pessoas que exerciam atividades produtivas e remuneradas devem ser indenizadas de forma diferenciada em relação a meros proprietários improdutivos? Proprietários de terras que dão destinação ilícita aos imóveis devem ser indenizados? Terras indígenas e de populações quilombolas devem ser expropriadas sem qualquer preocupação com a preservação de suas culturas?

Portanto, note-se que, além da questão atinente ao interesse público a ser contemplado (fornecimento de energia à população, aquecimento da economia etc.), diversas questões relacionadas a direitos fundamentais de cidadãos eventualmente atingidos por decisões administrativas, regulatórias ou adjudicatórias, devem ser também consideradas. A pacificação da tensão natural entre o interesse público a ser alcançado

²⁹⁸ Sabemos que, no mundo da prática forense, nem sempre tal verdade será desvelada. Em muitos casos, a verdade dos tribunais será imposta ainda que dissociada das tradições da comunidade em que se encontra inserida. Contudo, tal dificuldade não pode ser vista como uma demonstração de que a resposta correta jamais existira. Se o direito goza de autonomia, expressando-se por meio de sua linguagem, algo tentou dizer. Em sentido semelhante, ensina Ronald Dworkin, no prefácio de sua célebre obra “O império do direito”, obra citada, p. XIII: “Durante muitos anos, também argumentei contra a alegação positivista de que não podem existir respostas “certas” a questões jurídicas polêmicas, mas apenas respostas “diferentes”; insisti em que, na maioria dos casos difíceis, existem respostas certas a ser procuradas pela razão e pela imaginação. Na interpretação de alguns críticos, o que quis dizer era que, nesses casos, uma resposta poderia ser demonstrada para todos como correta, de forma incontestável, ainda que eu tenha enfatizado, desde o início, que a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos certa resposta é diferente da questão de se poder ou não demonstrar que tal resposta é certa...Afirmo que, na verdade, a controvérsia diz respeito à moral, não à metafísica, e que, entendida como uma questão moral, a tese da inexistência de respostas certas é muito pouco convincente, tanto do ponto de vista moral quanto jurídico.” E prossegue, na mesma obra, à p. 431: “Mesmo havendo, em princípio, uma teoria do direito superior às outras e, portanto, uma única resposta correta a um caso difícil, esta resposta está trancafiada no céu do filósofo de direito, inacessível tanto aos leigos quanto aos advogados e juízes.”

por uma norma ou conduta administrativas (técnica ou não) e os direitos fundamentais atingidos por estas apenas pode ser promovida pelo Estado não a partir da adoção de uma concepção subjetiva do intérprete (no caso, do magistrado) mas sim pelo entendimento, num primeiro momento, do significado de moralidade política construído ao longo da história de determinada comunidade. Somente a partir desta reflexão que se poderá afirmar, com toda a segurança, qual o peso da cultura indígena ou quilombola para determinada sociedade, da propriedade privada quando exercida para fins criminosos e da posse como fenômeno socialmente relevante, tudo isso em face do bem-estar coletivo promovido pela construção de uma hidrelétrica no local. A apresentação de uma resposta atemporal e descontextualizada, defendida retoricamente por um julgador, nem sempre refletirá o direcionamento histórico dado por cada comunidade e, por consequência, pelo direito vigente.

4.3. Controle judicial da atividade administrativa para proteger a dignidade humana

Como decorrência do controle judicial da atividade administrativa técnica com foco na proteção dos direitos, o Poder Judiciário deve ter atenção redobrada para possíveis violações à dignidade humana, enquanto “limite dos limites” de restrições a direitos fundamentais. Portanto, sempre que os tribunais tiverem que interpretar regimes jurídicos técnicos à luz de princípios em sentido amplo colidentes, o princípio da dignidade humana servirá como limite absoluto inalcançável pela ponderação entre direitos fundamentais em aparente tensão ou entre estes últimos e diretivas²⁹⁹. O resultado deste processo hermenêutico não poderá ultrapassar o limite da dignidade humana para, em nome de uma imposição técnica, reduzir pessoas à condição de mero instrumento da vontade do Estado. Nestes casos, deverá o Poder Judiciário intervir de forma a conciliar todos os interesses envolvidos até o limite da dignidade humana.

Na esteira do sustentado por Jorge Reis Novais³⁰⁰, entendemos que todos os direitos fundamentais que decorram da ideia de dignidade humana possuem uma auréola maior, representativa do âmbito de proteção da norma jusfundamental, e um núcleo de dimensão

²⁹⁹ Neste sentido, Luiz Roberto Barroso, “Curso(...)”, obra citada, p. 97,

³⁰⁰ “A dignidade(...)”, volume I, obra citada, p. 184.

infinitamente menor, representativo do espaço mínimo de proteção da dignidade de seu titular intolerante a qualquer tipo de violação. Enquanto no espaço compreendido entre este núcleo duro e aquela auréola maior será possível, pela via da aplicação da ponderação, restringir direitos fundamentais estruturados na forma de princípios em sentido estrito, no interior do conteúdo essencial será absolutamente defeso a utilização de qualquer critério de sopesamento por força da inadequação, segundo nosso juízo, de qualquer relativização da dignidade da pessoa humana em face de outros direitos, em sistema jurídicos que, direta ou indiretamente, contemplam o referido princípio.

Importante destacar que poderão haver hipóteses em que não estará bem configurada a necessidade de invalidação judicial de uma norma ou conduta administrativas técnicas por violação à dignidade humana, sendo possível imaginar situações em que não seja imprescindível a adoção de medida tão drástica. Embora um juízo de proporcionalidade não possa conviver com a ideia de sacrífico à dignidade de um único ser humano³⁰¹, não devemos chegar ao extremo de sustentar que uma única situação de desproteção seja suficiente para afastar uma norma ou conduta administrativas técnicas. Havendo maneiras de se conciliar todos os interesses envolvidos, o Poder Judiciário pode e deve estimular tal desfecho. Para a solução destas situações, a Administração Pública deve obrigatoriamente, antes de qualquer coisa, proteger a essência dos direitos fundamentais de todas os administrados envolvidos, prevenindo situações de indignidade. Medidas que neutralizem o potencial de violação de direitos fundamentais devem sempre ser adotadas previamente pela Administração Pública que, em caso de omissão, deverá ser instada a fazê-lo pelo Poder Judiciário. Por exemplo, afigura-se inadmissível que determinada Administração Pública, antes da construção de um estádio “padrão FIFA” para uma Copa do Mundo, possa deixar, com fundamento em argumentos técnicos incorporados ao ordenamento jurídico, de salvaguardar seus administrados de situações de completa indignidade, expulsando pessoas, como animais, dos locais onde vivem desde o nascimento, sem oferecer antecipadamente qualquer solução de moradia. Note-se que não se está propondo aqui a não realização de evento esportivo considerado importante para os países-sede e a consequente invalidação de condutas administrativas baseadas em normas jurídicas

³⁰¹ Neste sentido, Paulo Otero, “Pessoa humana(...)”, obra citada, p. 366: “(...)é na existência de um espaço próprio do indivíduo perante o poder, limitando-o, e no respeito desse mesmo espaço de exclusão do poder, que se alicerça o moderno Estado de direito.”

técnicas justificadoras da construção de estádio em determinada localidade, mas tão somente que não se possa, em nome do bem comum anunciado por técnicos, reduzir a pó a noção de dignidade humana, seja ela de uma ou de milhares de pessoas³⁰².

Naturalmente, como dissemos quando tratamos do princípio da dignidade humana, a definição de seu conteúdo deve ser extraída, igualmente, das tradições de cada comunidade, e não a partir de apreciações abstratas sem qualquer compromisso com a historicidade de cada lugar.

4.4. Controle judicial da atividade administrativa para proteger diretivas

Dando sequência ao processo de interpretação judicial de um regime jurídico técnico, que, em sede de Direito Administrativo, sempre terá por finalidade a consecução do interesse público, os tribunais terão que avaliar, na sequência da definição da melhor direção em matéria de direitos fundamentais, se, do ponto de vista dos objetivos coletivos impressos em suas normas jurídicas e em diretivas, há alguma margem para que a Administração Pública promova escolhas de natureza política.

Nesta matéria, o Poder Judiciário, ainda que de forma mais limitada, exerce também importante papel no controle das decisões políticas tomadas pela Administração Pública quando em colisão com os objetivos coletivos previstos no ordenamento jurídico – e também nas regras jurídicas remissivas que poderão reduzir ainda mais a margem interpretativa especificando metas. Naturalmente, nesta fase, o Poder Judiciário deverá se certificar se, em matéria de direitos fundamentais, a solução apresentada pela Administração Pública corresponde àquela desejada pelo direito. Ultrapassada esta etapa, quando será possível atestar a inexistência de violação a direitos fundamentais, os tribunais poderão apreciar a subsistência de alguma margem de utilização de argumentos políticos para justificar escolhas administrativas técnicas discricionárias³⁰³.

Nesta fase, a atuação judicial deve ser mínima³⁰⁴. Deve restringir-se a hipóteses em que a Administração Pública, ao lançar mão de argumentos de política, contrariou as

³⁰² Neste sentido, Paulo Otero, “Manual(...)”, obra citada, p. 67.

³⁰³ Neste sentido, Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 224.

³⁰⁴ Sobre isto, ensina Ronald Dworkin, “O império(...)”, obra citada, p. 292/293: “Assim, quando juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm liberdade

diretivas existentes (ou interesse público específico previsto no texto da regra jurídica), passando a desobedecer os comandos políticos do legislador. Se a prerrogativa conferida pelo Poder Legislativo à Administração Pública para atuar politicamente deve-se à legitimidade democrática daqueles que, direta ou indiretamente, representam o administrado, o desrespeito ao balizamento normativo definido pelo parlamento para dar vazão a concepções políticas rechaçadas pela lei deve ser, pela mesma razão, combatido, inclusive, judicialmente.

Desta forma, havendo no texto normativo que serve de padrão interpretativo a indicação de possíveis encaminhamentos políticos para a resolução de determinada situação concreta ou para a elaboração de norma administrativa reguladora, nada obstará que o Poder Judiciário, caso a Administração Pública ignore as diretrizes ali apontadas, reveja a solução adotada, obrigando-a a assumir uma das opções políticas normativamente estabelecidas³⁰⁵. Agindo desta forma, os tribunais assumem a relevante função de pacificar a conhecida tensão entre interesses públicos planejados pela ordem jurídica e direitos fundamentais nela contemplados, sem fazer uso de argumentos de política.

4.5. As peculiaridades da matéria técnico-científica

Definido, no plano filosófico, os limites de atuação do Poder Judiciário no controle da atividade administrativa, faz-se necessária uma reflexão mais específica sobre as hipóteses em que as regras remissivas que autorizam a Administração Pública a agir dependem de uma apreciação técnico-científica. O problema que se pretende enfrentar é basicamente o seguinte: uma norma ou conduta administrativas técnicas poderão ser revistas pelo Poder Judiciário? Em caso positivo, em quais circunstâncias?

Como já sustentamos em momento anterior, as normas técnicas, por não terem a mesma natureza das normas jurídicas, precisam se acoplar a estas para que produzam efeitos jurídicos. Tal processo de incorporação pode efetivar-se por via normativa (*regulation*) ou adjudicatória. No primeiro caso, a análise sobre as escolhas técnicas

que há pouco afirmei ser uma prerrogativa do legislador. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política(...).”

³⁰⁵ Neste sentido, Manuel Atienza, “O direito(...)”, obra citada, p. 224.

assumidas por norma administrativa deve ser feita no plano meramente abstrato. No segundo, as regras remissivas devem ser interpretadas pela Administração Pública dentro de uma circunstância concreta qualquer. Em ambos os casos as normas legais terão que ser, em última análise, interpretadas conjuntamente por técnicos (quanto aos seus elementos técnicos) e por não técnicos (quanto aos seus efeitos jurídicos). Por exemplo, uma regra jurídica que autoriza um ente público a intervir na propriedade privada para instalação de antenas de telefonia móvel em local onde não afete à saúde de moradores da vizinhança exigirá do intérprete reflexões sobre aspectos jurídicos (por exemplo, quanto à forma jurídica de intervenção do Estado na propriedade privada) e técnicos (por exemplo, quais os requisitos técnicos para que a referida instalação não comprometa a saúde de pessoas), que, certamente, terão que ser avaliados por agentes públicos com e sem formação técnica.

Além disso, deve ser acrescentada à supracitada problemática o fato de que tanto no campo jurídico quanto no campo técnico poderá haver controvérsia acerca das escolhas técnicas e jurídicas a serem tomadas. No caso acima, alguns poderão sustentar que, por exemplo, o modo por meio do qual o Estado deve intervir na propriedade privada deve ser a desapropriação, com a retirada, mediante o pagamento de justa indenização, de todos os moradores num raio de alguns quilômetros; outros, ao contrário, orientados por estudo técnico divergente, poderão interpretar a mesma regra jurídica no sentido de que, diante da “remota” possibilidade de antenas de telefonia móvel causarem males à saúde, bastaria uma mera servidão administrativa, sem retirada de moradores, para que se assegurem todos os interesses envolvidos, com menor despesa pública. Todas essas controvérsias, de origem técnica ou não, que podem surgir no dia a dia da rotina administrativa, poderão, ao menos do ponto de vista formal, ampliar o debate sobre qual a melhor solução a ser adotada, quer do ponto de vista técnico, quer sob o ângulo estritamente jurídico.

Note-se, portanto, que, em casos como estes, qualquer administrador público poderá, diante de referências científicas vagas contidas num texto normativo, titubear quanto à melhor norma ou conduta administrativas a serem, respectivamente, editadas ou praticadas em determinado contexto. A variedade de concepções sobre os mais diferentes ramos das ciências gera naquele que deve decidir administrativamente, caso não exista um direcionamento normativo muito claro, dúvidas naturais sobre o melhor caminho a ser seguido. Não raro, tais dúvidas recairão sobre questões técnicas sobre as quais o

agente público não técnico (e competente para decidir) sequer tem expertise para confrontá-las tecnicamente, apesar de sua atribuição e de seu dever funcional de tomar decisões em meio a acalorados debates acadêmicos.

Assim, sempre que se analisa um texto de lei em matéria técnico-científica, parece-nos imprescindível, em primeiro lugar, verificar se há pluralidade de normas técnicas para auxiliar em sua interpretação e aplicação jurídicas. Não havendo, caberá à Administração Pública (e, na sequência, ao Poder Judiciário) interpretar a norma segundo as diretrizes técnicas estabelecidas, já que não compete às instituições públicas divergir de conhecimentos técnico-científicos definidos consensualmente pela comunidade científica, cabendo apenas rechaçá-los quando as consequências de sua aplicação no mundo real forem inconstitucionais.

Outrossim, como primeira conclusão, podemos afirmar que sempre que a Administração Pública deparar-se com regras remissivas que não envolvam pluralidade de sentidos técnicos, como acontece normalmente em matéria técnica “normalizada”, o controle exercido pelo Poder Judiciário recairá, quando a norma ou conduta administrativas tiverem considerado o único significado técnico possível, sobre os aspectos jurídicos que possam carecer ainda de análise. Háverá, nestes casos, vinculação técnica. Caso a Administração decida de outra forma, terá desrespeitado a vinculação técnica à qual estava submetida, passando a sujeitar-se à invalidação de seus atos pelo Poder Judiciário.

Em casos de divergências sobre a técnica a ser empregada, a questão, em razão dos diversos significados técnico-jurídicos que regras jurídicas podem assumir, não poderá ser resolvida no campo apenas formal sem, com isso, conferir ao intérprete ampla discricionariedade, já que, em termos linguísticos, qualquer das soluções técnicas apresentadas poderia ser tida como válida. Para resolver a questão, será necessário avaliar tal divergência à luz dos direitos fundamentais (princípios em sentido estrito) e das diretivas existentes.

Como dissemos noutras passagens, não compete ao direito, enquanto resultado da política, dirimir debates científicos ou “fazer ciência”, mas sim interpretar normas jurídicas à luz da juridicidade reinante, de modo a acolher a norma técnica que melhor se ajustar à realidade social da comunidade por ele regulada. Por isso, se houver a impossibilidade técnica de definir-se caminhos técnico-científicos únicos, todas as soluções dadas pela ciência e técnica, enquadradas no campo semântico do regime

jurídico técnico, devem submeter-se ao controle material do Poder Judiciário. Num cenário técnico que valida mais de uma solução para determinado contexto fático, competirá ao direito, cuja missão é contextualizar os efeitos do uso da técnica, desempatar, quando possível, essa disputa e adotar soluções consentâneas com a juridicidade vigente. Com efeito, a descontextualização da técnica pode provocar resultados sociais desastrosos, como aqueles citados na Índia da década de 60 do século passado, quando a importação de técnica agrícola incompatível com o poder aquisitivo de seus agricultores gerou a ruína da maioria deles.

Dito isto, a análise judicial deve recair, num primeiro momento, sobre aspectos relacionados aos princípios em sentido estrito, que comportam uma única posição. Ou seja, o Poder Judiciário deve avaliar se a(s) escolha(s) técnica(a) administrativa(s) está(ão) em consonância com o encaminhamento hermenêutico feito por normas de direitos fundamentais ou pela ponderação entre estes. Sendo possível, já nesta fase, reduzir o leque de escolhas técnicas a apenas uma por meio de argumentos de princípios, os tribunais devem fazê-lo. Imaginemos, retomando ao caso da construção de uma hidrelétrica nos terrenos A e B, que, apesar de inexistir qualquer distinção entre eles do ponto de vista técnico, exista, no terreno A, um maior quantitativo de pessoas a ser retirado pela via da desapropriação. Naturalmente, mesmo não havendo, do ponto de vista técnico, uma única solução para o caso, a Administração Pública, em cenários como esse, deve determinar a construção da referida hidrelétrica no terreno B, evitando que, com sua conduta, os direitos fundamentais de um maior número de pessoas sejam restringidos.

Contudo, é importante consignar que nem sempre será possível, pela via dos princípios em sentido estrito, reduzir a margem de escolha técnica a zero, isto é, a uma única norma técnica. Não raro, subsistirão, conforme já relatamos, possibilidades técnicas resistentes a qualquer argumento de princípio, contraditáveis apenas por meio das diferentes concepções políticas. Imaginemos que em certa sociedade sejam admitidas em tese cinco soluções técnicas para o controle de natalidade: a) castração; b) limitação da quantidade de filhos; c) propaganda institucional de conscientização; d) fornecimento gratuito e voluntário do serviço de ligadura de trompas para as mulheres e e) distribuição gratuita de medicação abortiva nos primeiros meses de gestação. Imaginemos que o agente público responsável por definir a política de controle de natalidade exclua, a partir de argumentos de princípios, as opções que, segundo a moralidade política, violam a ideia de dignidade humana, a saber: castração (a) e limitação da quantidade de filhos (b). Da

mesma maneira, em razão dos altos custos financeiros indicados por órgãos técnicos para eventual programa de distribuição gratuita de medicamentos abortivos, a Administração Pública, em respeito ao princípio da eficiência, também excluiu tal saída (e). Imaginemos ainda que, considerando os mesmos argumentos, o agente público, dentro do contexto em que se encontra inserido, não tenha identificado nenhum outro capaz de lhe indicar qual a melhor política entre as duas subsistentes - (c) propaganda institucional de conscientização e (d) fornecimento gratuito e voluntário de serviço de ligadura de trompas acessíveis para mulheres. Não conseguindo mais apresentar qualquer argumento de princípio que aponte para a melhor solução técnica para o caso, a Administração passa então a adotar argumentos políticos para definir a conduta a ser praticada; e a partir do entendimento segundo o qual a ligadura de trompas, ainda que consentida, não estaria em consonância com o projeto político do qual faz parte, resolve então adotar como política pública a veiculação de propaganda institucional de conscientização da necessidade de planejamento familiar.

Na hipótese acima, prevaleceu legitimamente a argumentação exclusivamente política construída pela Administração Pública naquele caso concreto.

Voltemos ao exemplo trazido pelo Decreto-Lei n° 141/2010. Portugal, na qualidade de Estado-membro da Comunidade Europeia, realizou, por via da referida norma jurídica com força de lei, a transposição da Diretiva n° 2009/28/CE, que trata da importância, em âmbito europeu, da utilização de fontes renováveis de energia. O artigo 2º, item 1 do referido decreto-lei fixou em 31% a meta de utilização de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto até o ano de 2020. O mesmo decreto, em seus artigos 3º, item 1, alínea a) e 6º, itens 1, 2 e 3, definiu que o cálculo do consumo final bruto de eletricidade proveniente de fontes renováveis deve considerar, basicamente, os seguintes fatores: a) deve ser excluído do cálculo “a eletricidade produzida em unidades de armazenamento por bombeamento a partir de água previamente bombeada”; b) deve ser igualmente excluído do cálculo, “nas instalações multicompostíveis que utilizam fontes renováveis e convencionais”, a energia proveniente de fontes convencionais; c) o cálculo da energia elétrica produzida em usinas hidrelétricas e a partir de energia eólica devem ser submetidos às regras matemáticas definidas no anexo I. Note-se, portanto, que em matéria de sustentabilidade para produção de eletricidade, a legislação portuguesa confere, do ponto de vista técnico, margem para que a Administração Pública opte por qualquer das fontes renováveis de energia elétrica. O importante, segundo a referida

legislação, não será o tipo de fonte usada, mas sim alcançar, em 2020, a meta de 31% do consumo final. Ou seja, excluída “a eletricidade produzida em unidades de armazenamento por bombeamento a partir de água previamente bombeada” e desde que seja possível alcançar a meta, a Administração Pública lusitana poderá valer-se de qualquer das fontes de energia elétrica renováveis. Naturalmente, tal escolha poderá ter influência no exercício dos direitos fundamentais, podendo, inclusive, ter repercussões graves na vida de alguns administrados, com especial destaque para aqueles que vivem nos arredores da construção de empreendimento de grande porte. Contudo, não se pode descartar cenários em que, do ponto de vista dos princípios em sentido estrito, uma margem interpretativa técnico-jurídica subsista mesmo assim, de forma que as decisões administrativas apresentem-se como resultante de uma escolha política da Administração, fundada na lei. Se para a ciência duas opções são igualmente válidas e para o direito não há maiores consequências em termos de direitos fundamentais, não nos parece haver razões para impedir que a Administração Pública decida com base em argumentos de política, judicialmente não sindicáveis. Tais situações, embora excepcionais - pois, para que possam existir, será preciso que as escolhas técnicas ofereçam as mesmas consequências em termos de direitos fundamentais -, não podem ser simplesmente descartadas.

Em situações como essas surge naturalmente a pergunta: caso um tribunal discorde do posicionamento adotado pela Administração, poderá intervir a fim de obrigá-la a aderir sua concepção política acerca da matéria? Como temos sustentado, a resposta deve ser negativa. Não sendo possível ao magistrado competente formular argumentos de princípios capazes de justificar a adoção de outra medida diversa da escolhida; o mesmo não deve substituir a concepção política do gestor de políticas públicas, cuja atuação fora autorizada democraticamente pelo legislador, pela sua, mesmo em searas exclusivamente técnicas. É que, não havendo qualquer aspecto relacionado a direitos fundamentais, a ação administrativa tomada deve ser vista como proporcional e razoável do ponto de vista do direito, ainda que subsistam escolhas políticas no cardápio da Administração Pública. As consequências políticas do acerto ou erro das decisões técnicas adotadas devem ser suportadas por aqueles que, direta ou indiretamente, atuam no campo da política, e não por juízes ou tribunais.

Chegamos então a uma segunda e final conclusão: sempre que a Administração Pública puder optar, com base em argumentos de política, por uma escolha técnico-

científica, ao Judiciário caberá respeitá-la, salvo quando possível a apresentação de argumentos de princípios capazes de reduzir a margem de escolha abstratamente existente. Somente princípios em sentido estrito têm aptidão para exterminar o “mérito administrativo técnico” e vincular tecnicamente a Administração Pública.

5. Alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema

Antes de encerrarmos, reservamos um espaço para comentar as principais posições sobre o tema da discricionariedade técnica. Faremos, inicialmente, um resumo, de forma esquemática, das diversas visões existentes para, na sequência, comentá-las com base naquilo que sustentamos durante esta exposição. Não nos preocuparemos com os resultados práticos de cada uma das posições, já que estes poderão, em realidade, encaminhar-nos para lugares muito próximos, mas sim com seus fundamentos jurídico-filosóficos.

a) No direito europeu

Na Europa, o tema do controle judicial das escolhas técnicas efetivadas pela Administração Pública foi considerado, conforme decisão proferida pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia em 21 de janeiro de 1999 (causa C – 120/97) - cujo mérito recaía sobre a vedação da venda de um medicamento produzido pela empresa inglesa Upjohn Ltd. -, como sendo próprio da apreciação interna de cada Estado-membro. Na ocasião, a referida corte optou por não se imiscuir no mérito da decisão administrativa que suspendeu a comercialização de medicamento por falta de comprovação de sua eficácia terapêutica, tendo apenas consignado que o tratamento a ser dado pelo Poder Judiciário de cada Estado-membro deve ter em conta o direito interno de cada país.

Tal decisão perdeu grande oportunidade de uniformizar a matéria no âmbito da comunidade europeia.

1º posicionamento. Começaremos pela Itália, país onde o tema desenvolveu-se enormemente. De modo geral, os tribunais e doutrinadores italianos têm entendido majoritariamente que, não obstante a possibilidade de o Poder Judiciário controlar os atos

praticados pela Administração Pública técnica, sua intervenção apenas poderá recair, de maneira plena, sobre aspectos formais e procedimentais (ou extrínsecos) da norma ou conduta administrativas; em relação às escolhas de natureza técnica (aspectos intrínsecos), tal controle, em cenários de divergência desta natureza, se restringiria a uma análise da proporcionalidade e da razoabilidade da medida adotada ³⁰⁶. Conforme esclarece o presidente do Conselho de Estado italiano, Giuseppe Barbagallo, a aplicação do princípio da proporcionalidade nestes casos não resultará necessariamente numa única resposta correta: “*A particularidade deste controle, que reenvia conceitos que são definidos por ciências não exatas, é que não existe só uma solução, mas mais de uma solução aceitável*”³⁰⁷.”.

Tal entendimento é confirmado por Maurizio Asprone que, ao fazer referência a uma decisão do Conselho de Estado italiano (processo n. 2199, de 26 de fevereiro de 2002), esclarece que o controle judicial interno ou de mérito das decisões técnicas da Administração Pública italiana é do tipo fraco, restrito à avaliação de sua razoabilidade, lógica e coerência técnica³⁰⁸.

Crítica. Ao nosso sentir, o referido posicionamento aproxima-se do que temos sustentado. Entretanto, parece-nos, ao menos aparentemente, haver divergências quanto à noção de proporcionalidade empregada. Como sustentamos ao longo deste trabalho, a aplicação do critério de proporcionalidade deve, na esteira do que ensina Ronald Dworkin, resultar no aparecimento de uma única posição que represente corretamente o sopesamento entre princípios jurídicos em sentido estrito em colisão. Neste ponto, não há como imaginar mais de uma solução proporcional. Admitir uma saída plural neste aspecto, tratando-as como igualmente razoáveis, seria o mesmo que negar que, no plano

³⁰⁶ Neste sentido, informa Paolo Salavatore, em “Il controllo(...)”, obra citada, p. 41: “Conforme o nível de aprofundamento do controle judicial, os tribunais poderão sindicá-los plenamente os fatos e controlar a proporcionalidade das opções adotadas no exercício da discricionariedade técnica que deve ser inspirado em critérios de razoabilidade e coerência.”. No mesmo sentido, Roberto Chieppa, “Il controllo del giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziali delle autorità amministrative indipendenti”, em “Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti”, Giuffrè Editore, 2009, p. 71.

³⁰⁷ Participação de Giuseppe Barbagallo no VII Colóquio Itália-Espanha sobre o Controle judicial administrativo sobre discricionariedade técnica e, em particular, sobre atos das autoridades independentes, publicado pela Editora Giuffrè, em 2009.

³⁰⁸ Maurizio Asprone, Massimo Marasca e Antônio Ruscito, na obra “La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione”, Giuffrè Editore, 2009, p. 89.

empírico de uma certa comunidade, uma das saídas existentes melhor se ajustaria à moralidade política de seus membros.

Como temos defendido, o entendimento segundo o qual há respostas proporcionais no campo da moralidade política afasta-se completamente de nossa posição, assegurando ao intérprete o poder de dizer, a partir de suas próprias pré-compreensões, aquilo que significa o direito, desde que tenha aparência razoável. Portanto, para que exista uma perfeita coincidência entre o que temos sustentado e a posição italiana seria necessário que a compreensão da noção de proporcionalidade encaminhe a Administração Pública a uma única resposta em matéria de direitos fundamentais para, somente após fincada esta premissa, discutir-se a existência de mais de uma interpretação jurídica da norma, caso ainda subsista espaço para juízos políticos sobre a melhor técnica empregada.

2º posicionamento. Os autores italianos Maurizio Asprone, Massimo Marasca e Antônio Ruscito, na obra “*La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*”³⁰⁹ fazem referência a um entendimento, que classificam com tradicional, segundo o qual as escolhas de natureza técnica realizadas pela Administração Pública seriam não sindicáveis. O argumento utilizado parte da ideia de que não competiria ao Poder Judiciário adentrar ao mérito de temas de natureza científica.

Crítica. Tal entendimento deve ser rechaçado pelas razões já tratadas neste trabalho. Em que pese a impossibilidade de tribunais definirem a melhor escolha técnica do ponto de vista da ciência, já que não compete ao direito “fazer ciência”, mas tão somente refletir sobre os efeitos jurídicos de sua incorporação no seio de uma comunidade política, nada obsta uma apreciação do Poder Judiciário acerca da inserção de normas técnicas na vida social. No fundo, o vetusto entendimento parte da premissa por nós negada de que o conhecimento científico goza de neutralidade tanto na sua essência quanto nos resultados sociais por ele apresentados, como se houvesse certa inevitabilidade no seu acolhimento social. Apenas esta pode ser a razão para que não se discuta, de plano, as consequências da inserção de normas técnicas no mundo do direito, sobretudo no campo dos direitos fundamentais.

Conforme temos defendido, a missão do direito e, por tabela, dos tribunais, não é a de apontar a melhor escolha do ponto de vista da ciência, uma vez que, não tendo a comunidade científica certeza quanto a esta questão, ao Judiciário não caberia dirimir esta

³⁰⁹ Editora Giuffrè, 2009, p. 33 e seguintes.

controvérsia, mas apenas apreciar, do ângulo do direito, em especial dos princípios em sentido amplo, qual ou quais das escolhas possíveis melhor se ajustariam a uma dada realidade. Entendimento diverso apenas submeteria os administrados ao enorme risco de sofrer graves violações a seus direitos, sem que possam recorrer ao Poder Judiciário para vê-los protegidos³¹⁰.

3º posicionamento. Uma terceira visão do assunto parece ser aquela assumida pelos tribunais superiores espanhóis e franceses: a do erro manifesto. Conforme notícia Ricardo Enriquez Sancho, o Tribunal Supremo espanhol tem decidido, em diversas ocasiões pela manutenção das escolhas técnicas efetivadas pela Administração Pública da Espanha sempre que não restar demonstrado o chamado erro manifesto. Em três decisões semelhantes, duas em matéria de contratação pública e outra de concurso para provimento de cargos públicos, aquela corte prestigiou as decisões técnicas tomadas pela Administração sob o argumento de que não havia sido diagnosticado qualquer desvio ou excesso de poder, fraude ou erro³¹¹. Esse mesmo entendimento tem também recebido enorme acolhida no Conselho de Estado Francês³¹². Em diversos processos, a Justiça francesa, sobretudo em matéria licitatória, reconheceu a invalidade da adjudicação de diversos contratos com base em erro de fato quanto ao “mérito técnico”³¹³.

Crítica. Mais uma vez a solução aventada não se ajusta àquilo que temos sustentado. Ao que parece, a aplicação da teoria do erro manifesto padece dos mesmos

³¹⁰ Neste mesmo sentido, Maurizio Asprone e outros, “La discrezionalità...”, obra citada, p. 57.

³¹¹ “Control(...)”, obra citada, p. 100 e seguintes. Este também parece ser o entendimento adotado pelo Tribunal Superior Administrativo espanhol que, no bojo da sentença n. 517 de 28 de setembro de 2016, entendeu válida a intervenção do Instituto Dominicano de Telecomunicações (INDOTEL) que, no exercício de sua atividade de regulação prevista na Lei Geral de Telecomunicações, com base em estudo técnico-econômico, alterou os preços e encargos de contratos de interconexão no que se refere ao transporte nacional de chamadas. Sem adentrar no mérito das normas técnicas envolvidas, o tribunal considerou que o órgão regulador atuou dentro dos limites normativos e de forma razoável com o fim de impedir distorções discriminatórias no funcionamento do mercado.

³¹² Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Discrezionalità técnica e discrezionalità amministrativa”, em Revista eletrônica de direito administrativo econômico, número 9, 2007, p. 7: “No que diz respeito às questões técnicas, o Conselho de Estado adota a teoria do erro manifesto, aplicável nos três tipos de controles referidos. Isto significa que a apreciação dos fatos, se tem caráter técnico, é reconhecida como faculdade discricionária da Administração, excluída, portanto, do controle jurisdicional. No entanto, naqueles casos de erro manifesto, que salta aos olhos sem necessidade de um perito na matéria a exclusão da apreciação judicial pode conduzir ao arbítrio.”

³¹³ Conselho de Estado (CE), 28 de abril de 2006, n. 286443; CE, 29 de dezembro, n. 273783; CE, 8 de fevereiro de 2010, n. 314075. Fonte: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Valeur-technique-ofre.htm>.

vícios mencionados na hipótese anterior, qual seja, a de que o direito comporta, sempre e em qualquer circunstância, mais de uma única solução técnica e, por esta razão, a atuação judicial no controle da atividade administrativa técnica apenas se justificaria em casos extremos como o do erro manifesto.

Ao nosso sentir, também subjaz ao mencionado entendimento a crença na neutralidade da técnica e na sua capacidade de resolver da melhor forma os problemas da vida, sem que seja necessária a aferição de seus efeitos no campo dos direitos fundamentais e das diretivas. Naturalmente que, nos raros casos em que a escolha técnica for neutra no que tange aos princípios jurídicos em sentido amplo ou haver uma única saída técnica, como parece ser o caso das decisões judiciais do Tribunal Supremo espanhol, a preservação das escolhas realizadas pela Administração Pública parece ser o caminho natural. Contudo, nas hipóteses de pluralidade de soluções técnico-científicas em que exista clara repercussão em matéria de princípios ou diretivas, uma atuação tímida do Poder Judiciário no sentido de contentar-se com qualquer solução que não lhe pareça teratológica apenas contribui para o enfraquecimento dos direitos dos administrados e para a concretização de uma prestação jurisdicional inefetiva.

4º posicionamento. Com grande acolhida nas doutrinas da Alemanha³¹⁴ e da Espanha³¹⁵, o tema da discricionariedade técnica por vezes é associado ao estudo dos conceitos jurídicos indeterminados. Não obstante a natureza técnica de certos termos contidos em textos normativos, os problemas relacionados à melhor aplicação por parte da Administração de conceitos técnicos resolve-se pela sua correta interpretação jurídica à luz dos princípios da ordem jurídica³¹⁶. Defluiria desta correta interpretação a única solução possível para um caso concreto específico. Tal entendimento, se levado às últimas consequências, extermina qualquer tipo de discricionariedade administrativa, depositando todas as expectativas na capacidade do intérprete de compreender o sentido das regras remissivas técnicas.

Crítica. Conforme temos defendido ao longo deste trabalho, a apreciação da existência ou não de discricionariedade técnica situa-se no campo da interpretação jurídica; na regulação técnica, através da interpretação de norma legal com o objetivo de

³¹⁴ No direito tedesco, notabilizaram-se por adotar tal posicionamento Tezner e Buhler.

³¹⁵ No direito espanhol, notabilizaram-se por adotar tal posicionamento Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez.

³¹⁶ Neste sentido, Maria Sylvania Zanella di Pietro, “Discricionariedade...”, obra citada, p. 94.

criação de norma administrativa incorporadora; na seara da adjudicação, através da interpretação e aplicação do texto das normas jurídicas técnicas em face de um caso concreto. Neste ponto, não identificamos qualquer discordância entre a corrente citada e o que temos sustentado. Ocorre que a plurissignificância de termos técnicos no plano abstrato ou teórico nem sempre resultará, especialmente quando as normas ou condutas administrativas não repercutirem apenas em matéria de direitos fundamentais, na definição de uma única interpretação possível. Embora concordemos com a ideia de que conceitos indeterminados devem ser interpretados, não chegamos ao ponto de sustentar que, em todo cenário de controvérsia quanto ao conteúdo destes, haverá uma única solução possível. Adotamos tal entendimento, na esteira dos ensinamentos de Ronald Dworkin, apenas em matéria de direitos fundamentais. Em temas indiferentes do ponto de vista dos direitos dos administrados ou com forte apelo político sobre a definição do interesse público específico, temos defendido a possibilidade, ainda que excepcional, de a Administração promover escolhas técnicas de forma discricionária. Como em alguns cenários a concretização do interesse público poderá ser obtida por meio da definição de uma entre diferentes estratégias políticas, parece-nos salutar, nestes casos, reconhecer a possibilidade da adoção de critérios políticos por parte da Administração, em princípio, não sindicáveis perante o Poder Judiciário.

5º posicionamento. No âmbito do direito português, Paulo Otero, por exemplo, parece acolher tanto as doutrinas do conceito jurídico indeterminado quanto a do erro manifesto. Segundo o autor português, as instâncias tecnocráticas da Administração Pública devem interpretar conceitos técnicos inseridos no texto das regras remissivas (ou remetidos por ela) e, mesmo em cenário de pluralidade de sentidos ou soluções, a interpretação por elas conferidas não estaria sujeita ao controle judicial, salvo em caso de erro manifesto. Neste mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça português, no acórdão do recurso contencioso nº 2473/2008: “*Em matéria de classificação e graduação dos candidatos ao acesso ao STJ, o CSM, na sua função e qualidade de júri de seleção e graduação, goza daquilo a que, na linguagem dos cultores do direito administrativo, se costuma chamar de discricionariedade técnica, com o que se pretende exprimir a ideia de juízos exclusivamente baseados em experiência e nos conhecimentos científicos e/ou técnicos do júri, que são juízos de livre apreciação, mas materialmente sindicáveis em juízo, mas tão só nos seus aspectos formais, tais como a competência do órgão que os emitiu, a forma adotada, o itinerário procedimental preparatório, a*

fundamentação e outros. II - Apesar disso, essa discricionariedade técnica sempre terá que se conciliar com os princípios estruturantes de um Estado de Direito e que se cruzam no ato, como sejam os da legalidade, da boa-fé, do respeito por direitos, liberdades e garantias individuais e, por isso, tem de se admitir o controle da qualificação jurídica dos fatos no caso de erro manifesto de apreciação ou de adoção de critérios ostensivamente desajustados, nomeadamente por intervenção dos princípios corretores (constitucionais) da igualdade, da proporcionalidade e da justiça.”

Crítica. Conforme temos sustentado, a doutrina do erro manifesto, ainda que conjugada com a ideia de conceitos vagos a serem interpretados por instâncias administrativas técnicas, parte da premissa de que normas técnicas devem ser consideradas, como regra, válidas e benéficas do ponto de vista do direito, salvo em casos excepcionais. Ao nosso sentir, cenários de pluralidade de soluções técnico-científicas, como ventilado pelo autor lusitano acima referenciado, embora não habilitem o Poder Judiciário a dizer a saída técnica de maior confiabilidade científica - o que seria absurdo, pois transformaria tribunais judiciais em “tribunais técnico-científicos” -, não afastam das instâncias judiciais a missão de avaliar os impactos jurídico-sociais das escolhas técnicas da Administração³¹⁷. Não estará o Poder Judiciário imiscuindo-se nas decisões técnicas sempre que, ao se deparar com um cenário de controvérsia não solucionada pela comunidade técnica, exigir que a Administração faça uma escolha, dentre as possíveis tecnicamente, mais consentânea com os direitos fundamentais e com as metas definidas em diretivas. A absolutização de escolhas técnicas pautada no simples fato de terem essa natureza nega, como temos sustentado, a importância do direito na sua contextualização jurídica. Se não compete ao direito resolver dilemas técnicos, a ele compete dar o melhor direcionamento jurídico aos mesmos, sempre à luz dos direitos fundamentais dos cidadãos e dos objetivos coletivos de cada comunidade. Reservar esta intervenção apenas para casos grotescos, parece-nos subtrair do direito e, por consequência, dos tribunais, sua missão mais relevante: a de tutelar direitos.

³¹⁷ Paulo Otero diverge categoricamente deste entendimento. Em “Manual (...)”, obra citada, p. 463, sustenta o mestre português: “O poder legislativo e o poder judicial nunca podem dizer que a solução decisória x que foi adotada é, no que diz respeito ao seu conteúdo técnico-científico, incorreta, devendo ser substituída pela solução y: a decisão concreta avaliativa impõe-se aos poderes legislativo e judicial(...), salvo se, perante os tribunais, existir ilegalidade.”

b) Na América

6º posicionamento. Proposta semelhante àquela apresentada pelos tribunais superiores espanhol e francês é tradicionalmente adotada nos Estados Unidos. País onde as ideias de neutralidade técnico-científica e de especialização técnica assumem expressões mais marcantes, o direito americano é muito refratário em relação à possibilidade de o Poder Judiciário intervir nas escolhas técnicas promovidas pela Administração Pública, com especial destaque para as chamadas agências reguladoras³¹⁸. Marvin B. Rosenberry retrata³¹⁹, em artigo publicado nos primórdios das agências reguladoras americanas, as divergências doutrinárias da época e que, de certa forma, podem auxiliar na compreensão atual do tema. Segundo o autor, formaram-se claramente duas correntes acerca da possibilidade de controle judicial dos atos das agências reguladoras americanas: a primeira, por acreditar que tais entes instituíram uma espécie de “tirania” técnica, defendia a existência de recurso ao Judiciário; a segunda, com fundamento em critérios de eficiência e pragmatismo, defendia que a existência de controle judicial interromperia o bom andamento das políticas desenvolvidas pelos referidos órgãos técnicos, podendo, inclusive, destruí-las. Percebe-se, como pano de fundo do debate, o recorrente dilema entre submeter juízes a temas próprios da engenharia, contabilidade, economia etc., ou assegurar ampla liberdade para que engenheiros, contadores, economistas etc., influenciem o direito.

Na atualidade, parece-nos que deste debate emergiu o entendimento segundo o qual o controle judicial da atividade técnica da Administração ocorre apenas em casos tidos como arbitrários, absurdos, caprichosos ou contrários à intenção do legislador. Conforme relata Robert W. Aldier³²⁰, em artigo acadêmico em que analisa, conforme já relatamos, o caso das agências reguladoras *US Environmental Protection Agency* e *Army Corps of Engineers*, que se socorreram da regra técnica fornecida pela *Waters of the United States* para definir “águas navegáveis”, consolidou-se naquele país, em matéria de conceitos jurídicos indeterminados, a tese segundo a qual dois caminhos podem se descortinar no horizonte do intérprete: a) o conceito vago comporta um único significado, devendo a

³¹⁸ Neste sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Discricionariedade(...)”, obra citada, p.111/112. Idem, Juan Carlos Cassagne, “El principio(...)”, obra citada, p. 209.

³¹⁹ Obra citada, p. 41/42.

³²⁰ “Us environmental(...)”, obra citada, p. 1599.

autoridade pública adotá-lo sob pena de invalidade; b) o conceito vago comporta mais de um significado, devendo a autoridade pública optar por qualquer um deles, desde que “plausível”.

Tal visão parece ter cristalizado-se com a edição do “*Administrative Procedure Act*” (5 U.S.C. § 706 (2) (A)) que expressamente acolhe a teoria do erro manifesto³²¹.

Em suma, os tribunais americanos, de modo geral, costumam respeitar as escolhas técnicas definidas por suas agências reguladoras, passando a exercer um controle, tanto na *regulation* quanto na *adjudication*, apenas nos casos de comprovada falta de razoabilidade das escolhas realizadas³²².

Crítica. Em relação ao modelo americano, as mesmas críticas dirigidas à teoria do erro manifesto, acolhida aparentemente pelo Conselho de Estado francês e pelo Tribunal Superior espanhol, assumem aqui as mesmas feições. Ao nosso sentir, a sacralização da técnica nestes modelos cria óbices à discussão por parte do Poder Judiciário dos efeitos sociais do uso da técnica no plano concreto, enfraquecendo direitos e tornando a tutela jurisdicional menos efetiva. A resignação com uma interpretação que não constitua a melhor para a proteção dos direitos fundamentais ou admissível em matéria de diretivas fragiliza os cidadãos e exime os tribunais de um papel mais decisivo na apreciação da juridicidade de decisões administrativas técnicas. Para que tal entendimento aproxime-se do nosso, seria necessário que a ideia de proporcionalidade encampada pelo direito americano tenha a mesma dimensão daquela por nós apresentada, implicando, sobretudo, numa posição única em matéria de direitos fundamentais, ainda que, para tanto, seja necessária a exclusão de parte das normas técnicas existentes.

7º posicionamento. Segundo Juan Carlos Cassagne, as escolhas técnicas promovidas pela Administração Pública Argentina são passíveis de amplo controle judicial por meio do uso do princípio da proporcionalidade. Segundo o autor, os princípios da tutela jurisdicional efetiva, pilar do Estado democrático de direito, impediria a negativa de uma avaliação principiológica das escolhas administrativas, ainda que técnicas³²³.

³²¹ Neste sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Discrecionalidade(...)”, obra citada, p. 111.

³²² Esta também é a leitura de Maria Silvia Zanella di Pietro, “Discrecionalidade(...)”, obra citada, p. 112.

³²³ “El principio(...)”, obra citada, p. 208/209.

Crítica. Concordamos com tal entendimento; contudo, na mesma linha do que dissemos anteriormente, entendemos que a única posição que assegura uma tutela jurisdicional efetiva é aquela que perquire a posição mais proporcional nos casos de sopesamento entre direitos fundamentais a partir da ideia de moralidade política, ainda que de tal operação hermenêutica sobrevenha a exclusão de soluções técnicas admitidas pela ciência.

8º posicionamento. No Brasil, percebe-se, entretanto, a tendência por uma abordagem associada ao tema dos conceitos jurídicos indeterminados, mas com algumas variações. Encontra-se autores, como Eros Roberto Grau e Luis Manuel Fonseca, que tendem a considerar, na mesma linha da dogmática alemã, que todo conceito vago é passível de interpretação; outros, como Lúcia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella di Pietro, sustentam que os conceitos indeterminados, quando plurissignificativos, estabelecem zonas de certeza negativa, positiva e intermediária; dentro desta última residiria a discricionariedade administrativa; em outras palavras, excluídas as hipóteses claramente fora do campo semântico da norma, qualquer interpretação adotada deve ser vista como “plausível”, desde que aprovada por um critério de proporcionalidade ou razoabilidade.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, através de seu órgão pleno, endossou o entendimento acima referido ao denegar, em 24 de fevereiro de 2017, o Mandado de Segurança nº 24.888 impetrado por proprietário de terra rural que sofreu a desapropriação de sua propriedade para fins de reforma agrária em razão de alegada “improdutividade” atestada pelo órgão federal competente. Na decisão, seu relator, o Ministro Luis Roberto Barroso, foi taxativo ao afirmar: “(...)a determinação dos índices para a aferição dos graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, para fins de desapropriação, insere-se no âmbito de discricionariedade técnica do órgão federal competente, de modo que não cabe ao Judiciário intervir, salvo nas hipóteses de extrapolação da atribuição legal conferida (art. 6º da Lei nº 8.629/1993), o que não é o caso dos autos. Informações que demonstram a razoabilidade dos índices estabelecidos (...)”. Note-se, portanto, que a corte constitucional brasileira entendeu que a definição técnica de “terra improdutiva” constitui monopólio das autoridades públicas dotadas de expertise, a ser contraditada apenas nos casos de ausência de “razoabilidade”. Noutro julgamento histórico (RE nº 627.189/SP), a corte suprema brasileira, em episódio já relatado, entendeu que a adoção de norma técnica, por parte do legislador brasileiro

(artigo 4º da Lei Federal nº 11.934/2010) e da Agência Reguladora de Energia Elétrica (Resolução normativa nº 398/2010), produzida pela Organização Mundial de Saúde em matéria de radiação, deveria ser considerada razoável apesar de controvérsia científica instaurada pela utilização de outros padrões técnicos por países como a Suíça, não aplicando ao caso o princípio da precaução. Tais decisões demonstram, ao nosso sentir, uma tendência da jurisprudência brasileira por acolher as decisões técnicas tomadas pelos demais poderes desde que plausíveis ou razoáveis.

Crítica. Nosso posicionamento sobre o assunto também não pode ser considerado idêntico àquele que vem sendo seguido no Brasil. Independente do resultado prático dos entendimentos e julgamentos anteriores apresentados, nossa abordagem sobre o tema parte de premissas diferentes. Como já sustentamos antes, entendemos que a utilização de conteúdos técnico-científicos em textos normativos não altera o processo hermenêutico de sua interpretação e aplicação. O fato de ser possível identificar conceitos indeterminados de natureza técnica em textos de lei não elimina a premissa por nós assumida segundo a qual o direito tem vontade própria, não podendo ser considerado como resultado da discricionariedade do intérprete legislador, administrador público ou magistrado, salvo em hipóteses em que o próprio direito reservou espaços delimitados para apreciações políticas. Por isso, entendemos não ser admissível uma escolha técnica livre em matéria de direitos. Neste campo, não há como se satisfazer com respostas apenas “não arbitrárias”, em especial diante do princípio da tutela jurisdicional efetiva. No mais, as mesmas críticas formuladas em relação à teoria do erro manifesto aplicam-se aqui.

6. Resumo do capítulo

Por todo o exposto, a atuação dos tribunais no controle da atividade administrativa técnica basear-se-á num esforço hermenêutico fundado em quatro critérios: a) Formal-vertical: nele o Judiciário avalia se as regras jurídicas adotadas pela Administração Pública para a edição de norma reguladora (*regulation*) ou para prática de uma conduta concreta (*adjudication*) são aplicáveis e válidas segundo as normas jurídicas que tratam da formulação e do escalonamento entre regras jurídicas remissivas; b) Formal-procedimental: todos os requisitos procedimentais indicados pelo legislador devem ser observados pela Administração Pública por ocasião da interpretação das regras

remissivas; c) Formal-horizontal: nele o Judiciário avalia se a interpretação adotada pela Administração Pública das regras jurídicas existentes em matéria técnica estão entre aquelas semanticamente possíveis; d) Material-princípios jurídicos em sentido estrito: nele o Judiciário avalia se a interpretação adotada pela Administração Pública é a mais adequada do ponto de vista dos direitos fundamentais e da dignidade humana; d) Material-diretivas: por fim, o Judiciário avalia, uma vez identificada a posição correta em matéria de direitos fundamentais, se subsistem escolhas técnicas a serem tomadas a partir de argumentos de política e que se enquadrem no âmbito das diretivas - neste último caso, sua atuação restringir-se-á a apreciar se as escolhas políticas estavam dentro dos limites definidos pelas *policies*.

Pelas razões adiantadas acima, entendemos, na esteira do que sustenta Ronald Dworkin, que, em um Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário não compete apresentar argumentos de política para reavaliar posicionamentos adotados pelos demais poderes, seja o Legislativo, seja o Executivo, circunscrevendo sua avaliação à verificação de eventual desrespeito aos limites formais (vertical, horizontal e procedimental) das regras jurídicas técnicas e do sentido hermenêutico dado pelos princípios jurídicos em sentido estrito instituidores. Qualquer avaliação de natureza política, amparada naquilo que um juiz entende ser o melhor argumento político para o caso, resultaria numa autorização ao Poder Judiciário para, a um só tempo, romper com a ideia de equidade (na sua dimensão individual), para definir suas estratégias políticas, prerrogativa conferida democraticamente apenas aos demais poderes de Estado. Imaginar que o Poder Judiciário possa, a partir de um concepção política qualquer, rever, por exemplo, uma política de isenções fiscais planejada por outros poderes para passar a adotar outra de seu agrado, seria o mesmo que admitir que um magistrado, apesar da ausência de qualquer legitimidade democrática, pudesse, tal qual um gestor público, direcionar a política pública e discriminar cidadãos com base em sua exclusiva visão sobre aquilo que considera subjetivamente mais adequado, sem qualquer risco de ser responsabilizado politicamente pelo escrutínio popular.

Outro aspecto que deve ser mencionado reside na impossibilidade de o Poder Judiciário fazer uma incursão meramente técnica sobre a melhor interpretação técnico-jurídica de regras remissivas, seja em face de um caso concreto, seja para elaborar uma norma reguladora abstrata. O direito posto, como resultado da política, não tem poderes para “fazer ciência”, mas apenas para, diante do cardápio técnico-científico existente,

apontar quais soluções formalmente possíveis ajustam-se à ideia de juridicidade, acolhendo a possibilidade de discricionariedade técnica em situações em que o próprio direito conferiu à Administração Pública espaços para argumentar politicamente.

Após uma análise dos diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema no mundo, verifica-se que tem prevalecido a posição segundo a qual o Poder Judiciário deve respeitar as escolhas técnicas efetivadas pela Administração Pública, desde que plausíveis, razoáveis ou proporcionais.

CAPÍTULO VI

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por propósito refletir, num plano jusfilosófico e jurídico, o fenômeno da incorporação de conteúdos técnico-científicos no direito, com foco na atividade desenvolvida pela Administração Pública através da regulação (*regulation*) ou da prática de condutas concretas (*adjudication*).

Embora nossa proposta metodológica não tenha sido a de trabalhar o tema da discricionariedade técnica do ponto de vista da filosofia, não negamos partir, desde o princípio, de reflexões de ordem filosófica que acabaram por permear toda a estrutura argumentativa do trabalho.

I - Premissas filosóficas

i) O direito é ciência histórica aplicada e autônoma. Aplicada por prestar-se a resolver assuntos práticos e não de natureza abstrata; histórica por não desconsiderar os contextos onde está inserido, tampouco a subjetividade dos seres humanos que o interpretam; e autônoma porque expressa sua própria verdade por meio de sua linguagem e tradição.

ii) O direito é uma ciência que se manifesta na e por meio do uso da linguagem; os sentidos a serem conferidos aos textos normativos não podem ser alcançados longe de seus contextos sociais, de forma metafísica; interpretar uma norma jurídica é interpretar textos em face destes contextos. Duas consequências principais devem ser extraídas daí: a) o processo de interpretação não se encerra com o entendimento do texto abstrato de normas jurídicas, mas com a aplicação de seu sentido dentro de uma realidade (interpretação e aplicação são fenômenos que se confundem); b) o indivíduo é incapaz de definir de forma isolada, a partir de si mesmo, o sentido das normas jurídicas; apenas o recurso às tradições de cada comunidade em face de sua realidade, refletida nos seus valores morais, é capaz de aproximar o intérprete da verdade, sobretudo em matéria de direitos.

iii) O direito é ciência interpretativa: quem quer que opere com normas jurídicas terá que interpretá-las. O parlamento interpreta a constituição e leis vigentes antes de confeccionar a redação de novos textos normativos; a Administração Pública interpreta normas jurídicas antes de regulamentar leis ou praticar condutas administrativas concretas; e o Poder Judiciário interpreta o direito, em abstrato ou em concreto, sempre que julga leis ou condutas concretas. No fundo, os tribunais interpretam as interpretações anteriormente conferidas pelos demais poderes, funcionando como uma espécie de “válvula de escape institucional”.

iv) O direito é uma ciência íntegra e coerente: enquanto resultado da política e única justificativa para o uso da coerção por parte do Estado, deve, por obrigação, expressar-se de forma coerente. Deve ser, em matéria de direitos, a expressão da moralidade política de certa sociedade medida pela tradição de cada lugar no tempo e no espaço. Como só há um sentido para a moralidade política num mesmo contexto histórico, sendo impossível imaginar uma comunidade política com várias “moralidades políticas”, a interpretação em matéria de direitos fundamentais jamais poderá ser plural. A única resposta correta de Dworkin decorre do fato de que toda comunidade política, dentro da ideia de pluralismo razoável de Rawls, sempre terá um posicionamento que represente melhor a sua moralidade ou “consciência jurídica geral” em face de certa realidade, ainda que sua perfeita compreensão só possa ser alcançada por um juiz-filósofo com atributos sobre humanos.

v) O direito descende da política e, por esta razão, esta última pode transferir ao direito positivo a prerrogativa de entes públicos valerem-se de juízos políticos como razão de decidir. Apenas uma condição deve ser assegurada: tais entes deverão gozar, direta ou indiretamente, de legitimidade democrática. Não há como manifestar-se de forma política sem receber, direta ou indiretamente, dos “donos” da política autorização para tanto. Por esta razão, não reconhecemos ao Poder Judiciário, ente sem legitimidade democrática, a possibilidade de, no exercício da atividade judicante, emitir juízos meramente políticos. A política é, por essência, uma atividade de risco; apenas aqueles que podem sofrer controle político por seus atos e vontades podem emitir juízos políticos, aptos a desigualar pessoas em prol da coletividade; admitir tal prerrogativa a juízes, amparados por todas as garantias da magistratura e sem qualquer submissão ao escrutínio dos reais titulares do poder, seria negar a democracia que conhecemos a fim de conceber uma “juizocracia” elitista e sentimental.

vi) O direito não tem aptidão para “fazer ciência”, devendo se posicionar, diante de situações não padronizadas, como ciência histórica e não como instância “supra científica”. Tal proibição, contudo, não deve jamais ser compreendida como uma espécie de impedimento das instâncias democráticas de fazerem escolhas técnico-científicas. Neste ponto parece haver o primeiro foco de tensão entre a visão tradicional sobre o assunto e a nossa. Enquanto majoritariamente entende-se, sob a alegação de que escolhas técnicas efetivadas pelo direito devem ser respeitadas por conta de seu tecnicismo, nossa posição é no sentido de que o direito, enquanto ciência social aplicada, deve, sem “fazer ciência”, escolher a(s) solução(ões) técnico-científica(s) que melhor acomode(m)-se aos seus princípios e valores, ainda que para isso seja necessário recusar conteúdos técnicos anteriormente incorporados. Temos defendido que tal conclusão não torna o direito um “fazedor” de conhecimento científico, ao contrário, reconhece, a um só tempo, sua incapacidade de apontar “a melhor ciência” e sua aptidão para concentrar-se na apreciação dos efeitos sociais e jurídicos do fenômeno da incorporação técnica.

Destarte, numa ordem jurídica centrada em direitos, que conjuga a necessidade de proteção de direitos individuais, com foco na dignidade humana, e a prossecução do interesse público, nada mais natural que as instituições que o interpretam e o aplicam apenas incorporem para o interior de uma comunidade política as soluções técnicas que produzam os efeitos sociais que melhor acomodem-se aos objetivos supramencionados. Ao nosso sentir, a teoria do erro manifesto abraça a lógica tecnicista para negar ao direito a possibilidade de exercer seu papel principal de contextualizar o conhecimento científico na ordem social e jurídica. Aceitar que uma escolha técnica, sabidamente menos aderente aos princípios de uma ordem jurídica, apenas por não poder ser vista como fruto de “erro manifesto” ou “arbítrio”, seria o mesmo que admitir que o direito possa renunciar à incorporação de conteúdos técnicos mais harmonizados com a moral e com a política de uma determinada comunidade para prestigiar, sem qualquer razão aparente, a técnica.

II – Premissas jurídicas

i) Com o propósito de definir o objeto desta investigação, substituímos a noção de normas técnicas consagrada pela prática da normalização por outra mais ampla, de forma a contemplar qualquer tipo de conteúdo técnico-científico; entendemos necessário

promover tal troca para que o tema da discricionariedade técnica fosse estudado numa perspectiva mais abrangente, livre da “standardização” técnica que, embora existente e extremamente útil, não reflete a complexidade do pensamento técnico-científico e, de certa forma, contribui para disseminar a crença de que o tecnicismo impõe-se como forma de expressão humana apolítica ou neutra.

As normas técnicas, do ponto de vista aqui empregado, são, portanto, soluções técnico-científicas, fundadas em paradigmas científicos reconhecidos dentro ou fora de um mesmo sistema jurídico, formuladas por pessoas de forma objetiva e pretensamente neutra, sem caráter jurídico, que visam resolver demandas humanas de natureza prática, sem prejuízo de eventual provisoriedade ou relativismo de seus cânones. Tal definição abre a janela para o reconhecimento jurídico da multiplicidade do pensamento técnico-científico; desmistifica a crença de que o conhecimento técnico, neutro e apolítico, goza de certa inevitabilidade, como se subjacente a ele não pudessem existir enormes controvérsias quanto aos seus efeitos sociais.

ii) A norma técnica, enquanto realidade extrajurídica, apenas pode ser incorporada à ordem jurídica após sua apreciação política. As instâncias criadoras de conhecimento científico não gozam de legitimidade democrática e para que suas decisões valham para todos e passem a produzir efeitos jurídicos devem submeter-se a um filtro da democracia. A lei, como representação da vontade geral, deve autorizar o ingresso de normas técnicas no universo do direito, permitindo que produzam consequências jurídicas na vida social.

O veículo normativo por meio do qual tal autorização se fará denominamos de regra jurídica remissiva. Tal norma jurídica, que, na maior parte dos casos, terá natureza de norma deslegalizadora, exercerá a função de assegurar que sua complementação, especialmente a de natureza administrativa, desfrute de algum grau de legitimidade democrática. A seu juízo político e a depender do bem jurídico que se pretender proteger, o legislador poderá valer-se de cinco técnicas legislativas diferentes, a saber: i) autorização pela via da incorporação textual de norma técnica (ou remissão imprópria), ii) autorização através da remissão explícita a normas técnicas específicas (ou remissão explícita específica); iii) autorização através da remissão explícita a normas técnicas inespecíficas (remissão explícita inespecífica); iv) autorização implícita de inserção de normas técnicas através de conceitos jurídicos indeterminados (remissão implícita por conceitos jurídicos indeterminados) e v) autorização implícita de inserção de normas técnicas através de regras de competência definidoras da atribuição legal e/ou funcional

de entes ou profissionais com especialização técnica (remissão implícita através de regras de competência). As duas primeiras devem ser entendidas como estáticas e as demais como dinâmicas.

iii) A atividade administrativa de incorporação de normas técnicas, que poderá efetivar-se a partir das técnicas acima referidas, deverá submeter-se aos controles formal e material. No fundo, avaliar se há ou não discricionariedade técnica consiste em saber se a Administração pode, após ultrapassar o teste de juridicidade, escolher livremente uma solução técnico-científica por critério de conveniência ou oportunidade, sem que possa ser impedida por intervenção ulterior do Poder Judiciário.

iv) Em seu percurso hermenêutico, a Administração Pública deve, num primeiro momento, definir os limites formais das normas remissivas abstratas que autorizaram o ingresso de regras técnicas no direito; tais normas jurídicas, como temos defendido, podem ter origem constitucional, supranacional ou legal, bem como servirão de esteio para a preservação do princípio da legalidade administrativa, veículo imprescindível para a irradiação da legitimidade democrática do legislador para a Administração Pública.

v) Definidas as escolhas técnicas encobertas pelos limites legais (vertical, horizontal e procedimental), a Administração Pública, antes de concretizar suas preferências em um determinado caso concreto ou por meio da criação de uma norma abstrata, precisará confrontá-las com os princípios em sentido amplo (princípio em sentido estrito + diretivas) que delineiam o sentido da moral e da política da comunidade em que está inserida.

vi) Neste ponto, nossa linha argumentativa encaminha-se ao encontro do pensamento do filósofo americano Ronald Dworkin. Para o autor citado, toda comunidade política manifesta-se por meio de seus princípios, cujos conteúdos têm forte apelo moral ou político. A moral manifesta-se em temas que envolvem direitos fundamentais, ou seja, o sentido a ser conferido aos direitos dos membros de certa comunidade política expressa-se através da moralidade política ali vigente, medida por meio da tradição de cada lugar em dado tempo. Neste campo, conforme sustenta Dworkin, não há espaço para mais de uma resposta correta. A moralidade política de uma comunidade em um certo contexto histórico é uma só; não pode haver mais de uma, pois esta sempre será o resultado do pluralismo nela existente. Embora as morais subjetivas

existam em permanente tensão, a moral política necessariamente extrai-se da relação, mais o menos conflituosa, entre elas. Como consequência dessa premissa, a colisão entre direitos fundamentais e o resultado da ponderação entre eles à luz da moralidade política vigente sempre indicará uma única direção ou um único resultado. É, por isso, que para Dworkin, ao contrário de Alexy, não há respostas proporcionais em matéria de direitos, mas uma única resposta proporcional.

Neste ponto, surge mais um foco de tensão entre nossa posição e aquela tradicionalmente adotada em matéria técnica. As teorias prevalentes do “erro manifesto” e do controle de proporcionalidade das escolhas técnicas feitas pelo legislador ou administrador partem da ideia de que é possível estabelecer mais de uma solução proporcional. Subjaz a este entendimento a crença de que, não havendo erro manifesto, sempre subsistirão escolhas razoáveis, ainda que não correspondam à melhor do ponto de vista dos direitos fundamentais. Tal entendimento, como temos defendido, enfraquece a proteção dos direitos fundamentais, bem como retira do Poder Judiciário, última trincheira do direito, a possibilidade de reajustar as escolhas técnicas anteriores à realidade de uma dada comunidade política. No fundo, debilita-se, ao se preservar o que não parece arbitrário, a própria efetividade da tutela jurisdicional.

vii) Não obstante a existência de uma resposta correta em matéria de direitos, não negamos a possibilidade de o direito, enquanto resultado da política, admitir que argumentos políticos possam interferir no resultado da interpretação de normas jurídicas sempre que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, não resultarem, em concreto (*adjudication*) ou em abstrato (*regulation*), na violação da moralidade política de certa comunidade. A autonomia do direito não deve, neste sentido, ser confundida com autossuficiência, isto é, como se sua instituição pela política tornasse possível sua interpretação ao longo da história sem a reedição de qualquer juízo político. Ao nosso sentir, o direito posto, amparado na legitimidade democrática de suas instituições, poderá reservar espaços para argumentações políticas por parte daqueles que interpretam e aplicam as normas, tais como o Legislativo e o Executivo, poderes dotados de legitimidade democrática.

viii) Como consequência, a interpretação de regras remissivas de natureza técnico-científica deverá levar em conta, em um primeiro momento, seu impacto em matéria de direitos. Havendo reflexos neste campo, será imprescindível alcançar um sentido hermenêutico para normas jurídicas que contemple a melhor proteção de direitos

fundamentais, recusando interpretações que, pela via da ponderação, não assegurem a maior efetividade dos mesmos.

Ultrapassada esta etapa e subsistindo espaço para uma argumentação política, a Administração terá que promover escolhas políticas de índole técnica para dar cabo de sua missão interpretativa. Ou seja, após proteger os direitos fundamentais envolvidos, terá liberdade para politicamente escolher as soluções técnicas subsistentes.

III – Conclusão

A definição da existência ou não de discricionariedade técnica depende ainda de uma análise da posição do Poder Judiciário em face das escolhas feitas pela Administração. Admitir espaços de discricionariedade administrativa significa, nesta linha de raciocínio, limitar o alcance dos tribunais; significa, em última análise, agir passivamente em relação a uma zona decisória não sindicável chamada de “mérito administrativo técnico”.

Nossa resposta a essa questão exige, ultrapassado um exame da legalidade, que se defina se a interpretação das regras remissivas técnicas sofre influência de princípios jurídicos em sentido estrito, de diretivas ou da conjugação de ambos. No primeiro caso, os tribunais poderão exercer um controle pleno da atividade administrativa técnica, uma vez que será possível encontrar uma única solução técnica que reflita a moralidade política da comunidade. No segundo caso, o controle do Poder Judiciário será do tipo fraco, pois a interpretação jurídica das normas no caso concreto, na *adjudication*, ou da regra remissiva legal, na *regulation*, não o autorizará a substituir os argumentos políticos usados pela Administração Pública pelos seus, restringindo seu controle à apreciação de escolhas técnicas enquadradas nos limites mais abrangentes das diretivas. O terceiro caso, o mais complexo, exigirá da Justiça a identificação das interpretações que se apresentem como neutras do ponto de vista dos direitos fundamentais e, havendo mais de uma, o reconhecimento de margem de discricionariedade técnica para a Administração escolher uma delas a partir de argumentos políticos. Nos segundo e terceiro casos, parece-nos inevitável reconhecer a existência de “mérito administrativo técnico”, judicialmente não sindicável.

Referências bibliográficas

Adler, Robert W.

- *US environmental protection agency's new waters of the United States Rule: connecting law and science*, Freshwater Science, volume 34, n. 4, 2015

Alexandrino, José Melo

- *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Principia, 2ª edição, 2015.

Antunes, Luís Filipe Colaço

- *Teoria do Acto e a Justiça Administrativa*, Almedina, 2014.

- *A Ciência Jurídica Administrativa*, Almedina, 2016.

Aragão, Alexandre Santos

- *Agências Reguladoras*, Forense, 2013.

Ascensão, José de Oliveira

- *O Direito. Introdução e teoria geral*, Almedina, 1993.

Asprone, Maurizio e Massimo Marasca e Antonio Ruiscito

- *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Editora Giuffrè, 2009.

Atienza, Manuel

- *O direito como argumentação*, Escolar Editora, 2014.

Azevedo, Maria Eduarda

- *Temas de Direito da Economia*, Almedina, 2014.

Barroso, Luiz Roberto,

- **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, Editora Saraiva, 5ª edição, 2016.

Boghossian, Paul

- *O Medo do Conhecimento*, Filosofia Aberta, Gradiva, 2015.

Bonavides, Paulo Bonavides

- *Ciência Política*, Malheiros, 2013.

Caetano, Marcello

- *O Respeito da legalidade e a justiça das leis*, Revista de Direito e Administração Pública, 1949.

- *Manual de Direito Administrativo*, volume I, Almedina, 1984.

Calado, Jorge

- *Limites da Ciência*, editora Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

Canotilho, J.J Gomes

- *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, 1998.

Cassagne, Juan Carlos

- *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, 2009.

Conselho Pontifício “Justiça e Paz”

- *Compêndio da Doutrina Social da Igreja*, editora Principia, 2015,

Corradino, Michele

- *Il Diritto Amministrativo*, CEDAM, 2007.

Chieppa, Roberto,

- *Il controllo del giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziali delle autorità amministrative indipendenti*, em *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, Giuffrè Editore, 2009.

Chiner, J. Montoro

- *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

- *Direito Administrativo*, Atlas, 2004.

- *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Editora Atlas, 2012.

- *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*, em Revista eletrônica de direito administrativo econômico, número 9, 2007.

Di Rosa, Giovanni

- *Dai principi alle regole, appunti do biodiritto*, G. Giappichelli Editore, 2013

Dworkin, Ronald

- *O Império do Direito*, Martins Fontes, 2007.

- *Levando os direitos a sério*, Martins Fontes, 2016.

Epstein, David e Sharyn O'Halloran

- *Administrative procedures, information and agency discretion*, American Journal of political Science, volume 38, n. 3, 1994.

Filho, Marcus J. T. do Amaral

- *Limites ao exercício do poder discricionário em face do princípio da segurança jurídica*, texto publicado em *Os caminhos do ato administrativo*, Revista dos Tribunais, 2011.

Feltz, Bernard

- *A ciência e o ser vivo. Filosofia das ciências e modernidade crítica*, Pensamento e Filosofia, 2015

Freitas do Amaral, Diogo

- *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Lisboa, 2003.

- *Manual de introdução ao direito*, Almedina, 2012.

Grondin, Jean

- *Hermenêutica*, tradução Marcos Marcionilo, editora Parábola, 2014.

Ganho, Maria de Lourdes Sirgado Ganho

- *Acerca do pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola*, em “Discurso sobre a dignidade humana”, Giovanni Pico Della Mirandola, editora Textos Filosóficos, p.. XVIII

Gleick, James

- *Caos. A construção de uma nova ciência*, Ciência aberta, 2013.

Guerra, Sérgio

- *Discricionariedade, regulação e reflexividade*, Fórum, 2013.

Habermas, Jürgen

- *Técnica e ciência como “ideologia”*, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2011.

Homem, António Pedro Barbas

- *O justo e o injusto*, AAFDL, Lisboa, 2014.

- *A lei da liberdade*, volume I, Principia, 2001.

Hubner, Kurt

- *Crítica a razão científica*, editora O saber da filosofia, 1986

Huxley, Aldous

- *Admirável Mundo Novo*, editora Biblioteca Azul, tradução Lino Vallandro e Vidal Serrano, 21ª edição, 2013.

Jackson, Vicki C.

- *Constitutional Law in na Age of Proportionality*, The Yale Law in Journal

Kelsen, Hans

- *Teoria Pura do Direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

Kuhn, Thomas S.

- *A estrutura das revoluções científicas*, Guerra e Paz, 2009.

La Torre, Massimo

- *Positivismo Giuridico, Enciclopedia Del Diritto*, Annali VI, Pubblicazione Fuori Commercio Giuffrè, 2013.

Latorre, Angel

- *Introdução ao Direito*, Almedina, 2002.

Miranda, Jorge

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

- *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Neto, Floriano de Azevedo Marques

- *A superação do ato administrativo autista*, texto publicado em *Os caminhos do ato administrativo*, Revista dos Tribunais, 2013.

Otero, Paulo

- *Legalidade e Administração Pública, O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Lisboa, 2011.

- *Manual de Direito Administrativo*, volume I, Almedina, Lisboa, 2013.

- *Pessoa Humana e Constituição: Contributo para a concepção personalista do Direito Constitucional*, texto publicado em obra intitulada *A pessoa humana e o direito*, coordenação de Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato, Almedina, Lisboa, 2009.

- *Lições de Introdução ao estudo do Direito*, Lisboa, 1998

- *A Democracia Totalitária*, Principia, 2015.

Palmer, Richard E.

- *Hermenêutica*, Saber da filosofia, 2015

Pardo, Esteve,

- *Técnica, riesgo y Derecho*, Civitas, Madrid, 1999

Passos, J.J Calmon de

- *O futuro do Estado e do Direito do Estado: democracia, globalização e neonacionalismo*, em *Revista Brasileira de Direito Público*.

Pereira da Silva, Vasco

- *O contencioso Administrativo no divã da psicanálise*, Almedina, 2014

- *Para um contencioso administrativo dos particulares - esboço de uma teoria subjectivista do Recurso Directo de Anulação*, Almedina, 1989.

- *Em busca do acto administrativo perfeito*, Almedina, 1996.

Popper, Karl

- *O mito do contexto. Em defesa da ciência e da racionalidade*, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2015.

Reis Novais, Jorge

- *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra Editora, 2014.

- *A dignidade da Pessoa Humana*, volume I, Almedina, 2015.

- *A dignidade da Pessoa humana*, volume II, Almedina, 2016.

Roque, Miguel Prata

- *A dimensão transnacional do Direito Administrativo*, AAFDL, 2014.

Rousseau, Jean-Jacques

- *O Contrato Social*, tradução Manuel João Pires, Editora Temas e Debates, 2008.

Rosenberry, Marvin B.

- *Administrative Law and the Constitution*, em *The American Political Science Review*, volume 23, n. 1, 1929.

Salvatore, Paolo

- *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica nell'ordinamento italiano*, em *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare sugli atti delle autorità indipendenti*, Giuffrè Editore, 2009.

Sancho, Ricardo Enrique

- *Control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica*, em *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare sugli atti delle autorità indipendenti*, Giuffrè Editore, 2009.

Schmidt-Assmann, Eberhard

- *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003.

Soares, Rogério Ehrhardt

- *Direito Público e Sociedade Técnica*, Editora Coimbra, Coimbra, 1969.

Streck, Lenio Luiz

- *Garantismo, hermenêutica, e (Neo)constitucionalismo, um debate com Luigi Ferrajoli*, Livraria do advogado, 2012.

Telles, Galvão

- *Introdução ao Estudo do Direito*, F.D.L, 1952-1953.

Thompson, E.P

- *A formação da classe operária inglesa*, Paz e Terra, 2011.

Varoufakis, Yanis

- *Quando a desigualdade põe em risco o futuro*, Planeta, 2015.

Virga, Pietro

- *Diritto Amministrativo*, volume II, Giuffrè Editore.

Vives, Marc Tarrés

- *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, tese de doutoramento, Facultat de Dret, Universitat de Girona, 2001

- *Las normas técnicas en El Derecho Administrativo*, en *Revista de documentació administrativa*, n. 265/266, 2003.