

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

JOÃO MARCELO LANG

**O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO COMO GARANTIA DA ATUAÇÃO
ADMINISTRATIVA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA**

SÃO LEOPOLDO

2015

João Marcelo Lang

O planejamento estratégico como garantia da atuação
administrativa constitucionalmente adequada

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Orientador: Professor Doutor Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2015

L269p Lang, João Marcelo.
O planejamento estratégico como garantia da atuação administrativa constitucionalmente adequada / João Marcelo Lang. – 2015.
406 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

"Orientador: Professor Doutor Darci Guimarães Ribeiro."

1. Planejamento estratégico. 3. Administração pública.
3. Estado de direito. I. Título.

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecário: Flávio Nunes – CRB 10/1298)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO COMO GARANTIA DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA”, elaborada pelo doutorando **João Marcelo Lang**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 21 de dezembro de 2015.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

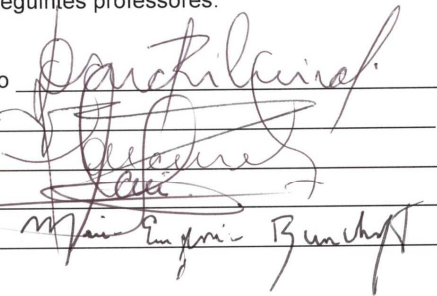
Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Juarez Freitas

Membro: Dr. Marcelino da Silva Meleu

Membro: Dr. Cristiano Becker Isaia

Membro: Dra. Maria Eugênia Bunchaft



Superior ao conhecimento especial da burocracia é apenas o conhecimento especial dos interessados da economia privada, na área “econômica”. Isto porque, para eles, o conhecimento exato dos fatos de sua área é diretamente uma questão de sua existência econômica: erros numa estatística oficial não trazem consequências diretamente econômicas para o funcionário responsável, mas erros nos cálculos de uma empresa capitalista causam-lhe perdas, ameaçando, talvez, sua existência. E também o “segredo”, como meio de poder, está mais seguramente guardado no livro comercial de um empresário do que na documentação das autoridades (Max Weber).

RESUMO

O Estado Democrático de Direito, até mesmo por ser fruto dos modelos antecedentes (Estado de Direito Liberal e Estado de Direito Social), não apenas deve atender às necessidades e conveniências dos cidadãos-administrados, mas acima de tudo deve atuar de modo a concretizar a Constituição Federal e a obter, como resultado último, a eficiência/eficácia deste atuar. As políticas públicas a serem desenvolvidas no Estado Democrático de Direito, por sua Administração Pública, não estão à disposição da mera vontade do administrador. Pelo contrário, a Administração Pública encontra-se cada vez mais sujeita e vinculada aos ditames jurídicos, não apenas à ideia de legalidade (formal), mas principalmente ao fundamento de juridicidade (substancial, conteudístico), pela qual legitimidade, eficiência e eficácia dos resultados da ação administrativa são prementes. O Administrador Público é um intérprete do Direito e, como tal, deve atuar concretizando os ditames constitucionais de modo a obter o resultado ótimo. Ao atuar, aguarda-se da Administração o comportamento ótimo, o agir ótimo, a melhor solução, a concretização da conduta ideal, o acerto, a providência excelente, a materialização da boa administração com o atingimento do resultado ótimo que é o verdadeiro interesse público. Esta “decisão correta” aguardada do atuar administrativo somente será possível quando o Administrador “levar a sério o texto constitucional”, quando se der conta de que a Administração Pública encontra-se “constitucionalizada” e se aperceber que sua função é a de concretizar os direitos fundamentais constitucionais. Assim, considerando-se a integridade, a coerência do Direito e a juridicidade que rege o atuar da Administração Pública, é possível dar respostas constitucionalmente corretas/adequadas em sede de Direito Administrativo/atuação administrativa, por meio de um “Administrador Público Hércules” fincado em planejamento estratégico vinculante definido nas leis orçamentárias? Para se chegar a isso, ao resultado ótimo, à boa administração, eficiente e eficaz, faz-se necessário mais do que obedecer às formalidades legais ligadas à edição do ato; faz-se necessário mais que realizar um sério e amplo controle finalístico, de resultado. Deve-se planejar a atuação administrativa, planejamento estratégico que servirá para uma administração estratégica. Este é o “Administrador Público Hércules”, o Administrador que está ciente e consciente de todos os seus papéis e afazeres, que planeja sua atuação administrativa, normatizando-a por meio das leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual) e vinculando-se a elas, permitindo ao cidadão controlar o ato administrativo e, principalmente, participar da sua formação. O planejamento estratégico consiste em selecionar objetivos, concentrar-se em assuntos relevantes, determinar necessidades prementes, pensar naquilo que

realmente seja importante e definir os meios para atingi-los. Porém, não basta planejar: é necessário vincular-se ao planejamento para que, a partir dele, administre-se estrategicamente. O ato de planejar permite desenvolver o sentido de direção, de futuro, pois exige de quem planeja que fixe, a partir do conhecimento do ambiente externo e do ambiente interno, a visão/missão da organização, passando-se à formulação e implantação das ações estratégicas para, ao final do processo, analisar-se a eficiência e a eficácia das ações, realimentando o sistema. Juntamente ao planejar estrategicamente está a Administração Estratégica, que consiste em um processo contínuo e interativo da organização com o ambiente, permitindo constante adaptação do planejamento à obtenção dos resultados positivos objetivados e vantajosos. O “Administrador Público Hércules” é esse administrador público líder, que monitora, que avalia, que gerencia, que define objetivos, que incute valores aos seus subordinados e deles e com eles ouve e divide experiências, reorientando-se criteriosamente a cada dia, a fim de atuar de modo a atender os anseios da sociedade por uma vida melhor e digna. A matriz teórica deste trabalho é a substancialista dworkiana.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Administração pública. Planejamento estratégico. Administração estratégica. Administrador público Hércules.

ABSTRACT

In the rule of law, even for being fruit of the background models (State of Law and Liberal State Social Law), must not only meet the needs and convenience of the citizens-administered, but above all must act in order to realize the Federal Constitution and to obtain, as a last result, the efficiency / effectiveness of this act. Public policies to be developed in a democratic state, in public administration, are not available to mere administrator will. On the contrary, the Public Administration is increasingly subject to and bound by the legal dictates, not only the legality of idea (formal), but mainly on the grounds of legality (substantial) by which legitimacy, efficiency and effectiveness of the results administrative action are pressing. The Public Administrator is an interpreter of the law and, as such, must act realizing the constitutional principles in order to obtain the optimal result. To act, pending the Administration optimal behavior, acting great, the best solution, the realization of ideal conduct, the setting, the great providence, the embodiment of good administration with the optimum outcome achievement that is the true common good . This "right decision" expected of the administrative act is possible only when the Administrator "take the Constitution seriously," when she realizes that the Public Administration is "constitutionalized" and realize that their function is to achieve the fundamental constitutional rights. To achieve this, the great result, good administration, efficient and effective, it is necessary more than comply with legal formalities involved in the act of editing; it is necessary to perform more serious and wide finalistic control, result. Should plan administrative activities, strategic planning that will serve for a strategic management. This is the "Hercules public administrator", the Administrator who is aware and conscious of all their roles and duties, which plans its administrative operations, standardizing it using the budget laws (multi-annual plan, budget guidelines and the annual budget) and linking himself to them, allowing the citizen to control the administrative act, and especially part of their training. Strategic planning is to select goals, focuses on relevant issues, determine pressing needs, think about what is really important and define the means to achieve them. But do not just plan: you must link to the planning so that, from it, give up strategically. The act of planning allows to develop the sense of direction in the future because it requires of those who plan to secure, from the knowledge of the external environment and internal environment, the vision / mission of the organization, going to the formulation and implementation of actions strategic for at the end of the process, analyze the efficiency and the effectiveness of actions, feeding the system. Along with the strategic plan is the Strategic Management, which consists of a continuous and iterative

process of the organization to the environment, allowing constant adaptation of planning to obtain the objectified and advantageous positive results. The "Hercules Public Administrator" is this leading public administrator, monitoring, evaluating, which manages, which defines objectives, which instills values to their subordinates and them and they listen and shares experiences, redirecting them carefully every day, to act in order to meet the aspirations of society for a better and dignified life.

Keywords: Rule of law. Public administration. Strategic planning. Strategic management. Hercules public administrator.

RESUMEN

El Estado democrático, incluso por ser fruto de los modelos de fondo (del Estado de Derecho y el Derecho Social del Estado Liberal), no sólo debe cumplir con las necesidades y la comodidad de los ciudadanos-administrados, pero sobre todo debe actuar con el fin de darse cuenta de la Constitución Federal y de obtener, como último resultado, la eficiencia / eficacia de este acto. Las políticas públicas que se desarrollarán en un Estado democrático, en la administración pública, no están disponibles para mero administrador hará. Por el contrario, la Administración Pública está cada vez más sujeta y sometido a los dictados legales, no sólo la legalidad de la idea (formal), pero sobre todo por motivos de legalidad (sustancial) por el cual la legitimidad, la eficiencia y la eficacia de los resultados acción administrativa están presionando. El Administrador Público es un intérprete de la ley y, como tal, debe actuar el cumplimiento de los principios constitucionales con el fin de obtener el resultado óptimo. Actuar, en espera de la conducta óptima Administración, actuando grande, la mejor solución, la realización de una conducta ideal, el entorno, la gran providencia, la encarnación de la buena administración, con el logro de resultado óptimo que es el verdadero bien común . Esta "decisión correcta" esperado del acto administrativo es posible sólo cuando el administrador de "tomar la Constitución en serio", cuando se da cuenta de que la Administración Pública es "constitucionalizado" y darse cuenta de que su función es lograr la derechos constitucionales fundamentales. Para lograr esto, el gran resultado, una buena administración, eficiente y eficaz, es necesario más que cumplir con las formalidades legales involucrados en el acto de la edición; es necesario realizar un control de finalista más grave y amplia, como resultado. Debe planificar las actividades administrativas, de planificación estratégica que servirá para una gestión estratégica. Este es el "administrador de Hércules público", el administrador que es consciente y consciente de todas sus funciones y deberes, que planea sus operaciones administrativas, estandarizar usando las leyes de presupuesto (plurianual Plan, directrices presupuestarias y del presupuesto anual) y la vinculación a ellos, lo que permite al ciudadano para controlar el acto administrativo, y sobre todo parte de su formación. La planificación estratégica es seleccionar objetivos, se centra en las cuestiones pertinentes, determinar las necesidades apremiantes, pensar en lo que es realmente importante y definir los medios para alcanzarlos. Pero no lo hagas solo plan: debe vincular a la planificación de forma que, desde él, renunciar de manera estratégica. El acto de la planificación permite desarrollar el sentido de la orientación en el futuro, ya que requiere de aquellos que planean para garantizar, a partir del conocimiento del entorno externo y el medio ambiente interno, la visión / misión de la

organización, yendo a la formulación e implementación de acciones estratégica para al final del proceso, analizar la eficiencia y la eficacia de las acciones, la alimentación del sistema. Junto con el plan estratégico es la Gestión Estratégica, que consiste en un proceso continuo e iterativo de la organización con el medio ambiente, lo que permite la adaptación constante de la planificación para obtener los resultados positivos objetivados y ventajosas. El "Administrador Hércules Pública" es este líder administrador público, el seguimiento, la evaluación, que gestiona, que define objetivos, que inculca valores a sus subordinados y ellos y escuchar y comparte experiencias, redirigiendo cuidadosamente todos los días, para actuar con el fin de satisfacer las aspiraciones de la sociedad por una vida mejor y más digna.

Palabras clave: Estado democrático. Administración pública. Planificación estratégica. Gestión estratégica. Administrador público Hércules.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O ESTADO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA	25
2.1 Estado, Direito e Poder – notas introdutórias.....	25
2.2 A Administração Pública e a Legalidade nos Modelos de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.....	73
3 ENQUANTO ISSO, NO BRASIL, O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA... ..	109
4 OS ATOS ADMINISTRATIVOS SOB A PERSPECTIVA DA NOVA JURIDICIDADE	203
4.1 A Discricionariedade Administrativa	208
4.2 Os Princípios Jurídicos: a nova positivação do Direito	241
4.3 A Atuação Administrativa e a Nova Juridicidade.....	274
5 A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PLANEJADA: UMA QUESTÃO/EXIGÊNCIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	282
5.1 As Orientações Jurídico-Democráticas ao Atuar Administrativo	285
5.2 Direito, Política e Economia Orçamentária: uma relação difícil	324
5.3 O Planejamento Estratégico Vinculante: o “Administrador Público Hércules” pode ser real	343
6 CONCLUSÃO.....	377
REFERÊNCIAS	388

1 INTRODUÇÃO

O tema desta tese assenta-se na proposta de o Administrador Público agir corretamente, optar corretamente por suas ações (resposta constitucionalmente correta/a melhor opção/a atuação ótima), a partir e por meio de um planejamento estratégico assentado e materializado nas leis orçamentárias.

Conforme o artigo 165, da Constituição Federal, são três as leis orçamentárias que instituem o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e os orçamentos anuais (LOA). Às suas confecções pressupõe-se planejamento, o que permite ao Administrador Público consciente, sério e comprometido com a coisa pública, propor-se a agir escrupulosamente e com probidade a fim de materializar direitos constitucionais fundamentais.

É a ideia do “Juiz Hércules”, de Ronald Dworkin, trazida à esfera do Direito Administrativo, especificamente à teoria da decisão administrativa, na figura do “Administrador Público Hércules”, administrador este capaz, sábio, paciente e sagaz, porém, humano – Dworkin afirma que seu “Juiz Hércules” é sobre-humano.

A discussão acerca do agir administrativo, do atuar da Administração Pública, é tema recorrente nos meandros jurídicos.

Basta recordar as longas horas destinadas e as várias laudas escritas acerca de poder discricionário e de poder vinculado, de atos administrativos discricionários e atos administrativos vinculados, discussão essa que já se mostra (deveria!) superada, uma vez que a Constituição Federal fixa o norte de toda e qualquer atuação administrativa.

É inadmissível que juristas – doutrinadores, professores e “operadores” do Direito – ainda utilizem um vetusto exemplo para diferenciar atos vinculados de atos discricionários: um certo Prefeito Municipal está em dúvida se constrói um hospital ou uma ponte. Diante dessa situação hipotética, considerando o poder discricionário que o Administrador Público possui, poderia ele escolher qualquer uma das obras!

Ora: é óbvio que o Prefeito Municipal em questão não pode escolher, a seu bel prazer, qualquer uma das opções. Pelo contrário, antes mesmo de se falar em autorização legislativa para consecução da obra e dotação orçamentária, imprescindível questionar-se acerca da real necessidade daquele Município: o número de leitos, atualmente, é suficiente para atender à população? Está havendo algum déficit no que diz respeito ao atendimento à saúde das pessoas que, com a construção de um hospital, será minimizado ou resolvido? Às construções idealizadas (hospital ou ponte), os valores envolvidos já estão disponíveis ou será necessário

capitalizá-los? Como? Quanto? Qual modalidade? Empréstimo? Fundo perdido? A ponte em questão mostra-se imprescindível à produção agrícola? Em termos de direitos fundamentais, qual obra refletirá sua concretização? A população foi ouvida a respeito de sua preferência? Qual é a prioridade do Município? Enfim, elencar faticamente todas as hipóteses e possibilidades é imprescindível para se chegar a uma conclusão e, então, melhor agir.

O Estado foi constituído para atender às necessidades e conveniências dos grupos sociais, monopolizando diversas funções, ditando regras e impondo a todos, coercitivamente, suas normas e decisões para o fim de manter a organização e a paz sociais.

Em um primeiro momento atrelado à religiosidade, à família, passando pelo cristianismo e feudalismo, chegando à unidade, ao Poder Soberano, o Estado tem sofrido (necessárias) mutações com o passar do tempo, não deixando de ser menos relevante, em todas as ocasiões, as questões ligadas a suas finalidades e funções.

Este tema – finalidade e função do Estado – possui grande importância prática, pois a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades, em evidente hermenêutica teleológica de sua existência. Pode-se dizer, sem medo de errar, que o Estado constitui-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares, ou, ainda, que o fim do Estado é o repisado e interesse público.

Para a consecução de seus objetivos, o Estado utiliza-se de políticas públicas de desenvolvimento, com diversos instrumentos, a exemplo do planejamento, orçamento, assistência social etc., gestão pública enfim, que devem se pautar precipuamente nas necessidades sociais.

À realização deste interesse público deve o Estado observar diversas regras, princípios, enfim, normas jurídicas e limites impostos pelo Direito, notadamente previstos no texto constitucional, no sentido de materializar a Constituição e efetivar as promessas que o Estado Democrático de Direito possui de forma imanente.

O Estado Democrático de Direito agregou às linhas plantadas por seus antecessores o aspecto de legitimação da autoridade, da concretização de direitos e da hermenêutica constitucional, tratando-se de um verdadeiro *plus* aos modelos de Estado Liberal e Social. Neste Estado Democrático de Direito vige uma Constituição Federal que possui em seu bojo ganhos históricos, fruto de lutas, de confirmação de valores éticos, morais e de justiça.

O Direito positivo, notadamente com a Constituição Federal, passou a agregar valores sociais ligados à moralidade, à ética, à justiça, alargando, com isso, a concepção do princípio da legalidade, não mais limitado à legalidade formal, mas à legalidade substancial.

O Estado Democrático de Direito busca, ainda, agregar alguns elementos ao conceito de Estado de Direito, com o objetivo de oportunizar o aprofundamento da questão da igualdade. Assim, se no Estado Social um dos objetivos primordiais é melhorar as condições sociais, quer dizer, desenvolver a procura existencial, no Estado Democrático de Direito há um *plus* em relação às funções do ente público, pois deverá este desempenhar papel transformador da realidade.

A Administração Pública, o Administrador Público, cingidos pelo Direito, agem por meio da edição de atos administrativos que, além dos elementos de caráter formal – competência, finalidade, forma, motivo/motivação e objeto – passaram a ser tuteláveis pelo Poder Judiciário, já que o princípio da legalidade aumentou seu lastro, passando a ser entendido como o ordenamento em um todo (juridicidade).

O agir administrativo passou a ser pautado pela Constituição Federal, vista como “ponto de partida e de chegada” de qualquer atuação administrativa, pois nela se encontram as promessas da modernidade e dos bens básicos da sociedade. É a “constitucionalização da administração pública”.

O constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história e opera sobre três premissas fundamentais: 1) a normatividade da Constituição (reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de aplicabilidade imediata e de imperatividade); 2) superioridade da Constituição e 3) a centralidade da Constituição no sistema jurídico (os demais ramos do Direito devem ser compreendidos, interpretados e aplicados a partir do que dispõe a Constituição).

Como muito bem afirma Lênio Streck, a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das majorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contra-majoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional.

Com a inclusão, no texto constitucional, dos princípios constitucionais, deu-se azo a um controle judicial mais efetivo, já que não mais mitigado ao controle de meras formalidades, mas ligado ao controle substancial do ato administrativo, o que se dá por meio da análise do demérito do ato, da finalidade a que se propôs haver sido efetivamente alcançada, por meio de um controle finalístico, independentemente de questões relacionadas à discricionariedade administrativa.

Gesta Leal é quem afirma ser a atividade administrativa discricionária aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade de decisão, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados constantes naquelas normas, mediante um juízo de prognose axiológica; seja para agir mediante a ponderação comparativa crítico-social de interesses envolvidos na objetificação da ação pública; seja quando se procede à valoração e aditamento dos pressupostos de fato necessários à efetivação do comportamento estatal; seja quando se decide quando se vai editá-lo; seja quando se escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo direito. A verdade é que, em todas estas situações, está-se diante, sempre, de possibilidades plurissignificativas de delimitação da fluidez de conceitos e categorias que forjam os próprios termos da lei.

Preocupa esta situação quando é analisada do ponto de vista do Administrador Público: a teoria jurídica vem evoluindo a fim de propiciar ao Poder Judiciário o controle dos atos públicos. Entretanto, o Administrador Público, que é o agente que define e concretiza os atos e políticas públicas, não possui a segurança de que estará realizando a correta opção, isto é, não possui a certeza de que estará dando a resposta correta uma vez que esta poderá ser dada pelo Poder Judiciário com as consequências cíveis e penais cabíveis.

Ana Paula de Barcellos aponta três parâmetros que serviriam para realizar o controle dos atos administrativos, em especial, os atos que envolvam a concretização de políticas públicas. Para ela, o primeiro parâmetro poderia ser objetivo, que é o mais simples e de mais fácil emprego. Exemplifica-o com o disposto nos artigos 212, 198 § 2º, e 195, todos da Constituição Federal. Tais artigos – regras constitucionais – dispõem objetivamente acerca do valor que o ente público deve aplicar nos temas a que se referem (educação, saúde, seguridade social).

O segundo parâmetro estaria ligado ao resultado final esperado da atuação estatal, nos moldes propostos pelo Professor Moreira Neto, o que envolveria, segundo ele, “um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.

E o terceiro parâmetro envolveria o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas, ou melhor, a definição das próprias metas. Tal definição passaria pela análise político-majoritária, porém, não haveria muita margem de discricionariedade, pois a Constituição fixa, de forma vinculante, fins e metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo Poder Público. Há, segundo Barcellos, uma eficiência

mínima que as políticas públicas têm de contribuir para a realização das metas estabelecidas na Constituição.

É diante dessa problemática que se passa a vislumbrar o papel do Administrador Público como de verdadeiro intérprete do Direito, não o intérprete autêntico kelseniano – o juiz – mas o intérprete que deve se pautar no Direito a fim de tomar decisões acerca de onde atuar, como atuar e para quê atuar. Até porque para que se possa aplicar, imprescindível compreender e interpretar.

A figura do “Administrador Público Hércules” há de se adequar a estas exigências, quais sejam, a de permitir ao Administrador Público decidir de forma racional e controlável qual ação deverá praticar, considerando a necessidade de integridade e coerência do Direito.

O “Juiz Hércules” considera a história jurídica e as tradições morais da comunidade; a interpretação do texto legal não deve se limitar à opinião de um autor, mas ser considerada como um problema de teoria política; o dever de decidir requer uma elaboração mais satisfatória da ideia geral da instituição estatal. O “Administrador Público Hércules”, por sua vez, antes de adotar determinada ação que vise a um simples ato administrativo ou uma política pública, deve considerar todas estas circunstâncias, amoldando-as a uma interpretação integrativa do Direito, donde poderá extrair a resposta correta a ser dada na situação que estiver sob óculo.

É nesta senda que se propõe o desenvolvimento da temática desta tese: a construção de uma teoria dirigida ao Administrador Público capaz de lhe dar condições de prever, de antever, quais os resultados de seus atos e políticas(planejar), tudo com o intuito de lhe permitir adotar a ação correta e, com isso, evitar dissabores.

A doutrina sobre o atuar da Administração guarda conexão íntima com o desenvolvimento do Estado de Direito e do constitucionalismo. Quer-se dizer que a Teoria do Estado e a Teoria do Direito, além de intimamente ligadas e dependentes, acabam por influenciar o papel da Administração Pública e o papel do Administrador Público, que deve se pautar nessas premissas, em especial no que diz respeito à eficiência – a resposta/ação correta, concorde à Constituição.

Não é à toa que administrativistas renomados abordam o tema “discricionariedade *versus* vinculação” sob o prisma de que qualquer atuação administrativa é/deve ser vinculada, vinculada ao Direito, à Constituição, à juridicidade. Fazem-no Hartmut Maurer e Bandeira de Mello, tratando do que chamam “discricionariedade vinculada”; García de Enterría prefere utilizar “discricionariedade parcial”, enquanto Germana de Oliveira Moraes manuseia o termo

“não-vinculação”, todos nessa tessitura de que a Administração Pública encontra-se “fechada” (quem sabe naquilo que Dworkin chama de “perímetro da rosca”) em seu atuar.

Como os administrativistas, em sua maioria, ainda não se aperceberam desta virada paradigmática que a força normativa da Constituição vem exigindo deles, concebem o Direito Administrativo (ainda!) como um conjunto de prerrogativas em prol da Administração – quando, na verdade, deve ser invertida esta noção para se admitir que o Direito Administrativo pode ser esse conjunto de prerrogativas, porém, em prol do administrado, a fim de que este possa controlar o exercício do poder.

Nas academias jurídicas, os professores sequer costumam relacionar o Direito Administrativo ao Direito Constitucional (pode-se acolher facilmente a ideia de que o Direito Administrativo é o Direito Constitucional aplicado à Administração Pública), muito menos manuseiam doutrinas administrativistas de ponta (Hely Lopes Meirelles, com seu “Direito Administrativo Brasileiro” atualizado, revisado, emendado e remendado em sua 41ª edição em 2015, ainda sobrevive nas academias!).

Restam, assim, ideias retrógradas acerca da Administração Pública e seu papel de concretizadora da lei (análise meramente formal, esquecendo-se da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais); restam discussões infrutíferas acerca dos limites da discricionariedade administrativa, já que se olvida da importância da Constituição; mantêm-se vivas as linhas propostas pelo Positivismo Jurídico, permanecendo na análise da legalidade em seu aspecto meramente formal, não se realizando análise mais aprofundada, contudística, substancial do agir administrativo.

Parece – mais uma vez – que os juristas, em sua grande maioria, quase a totalidade dos Administradores Públicos e o próprio Poder Judiciário, não se deram conta acerca da efetiva evolução por que passa o Direito – e a própria sociedade que pretende organizar. Ver o Direito como simples conjunto de regras/normas impostas pelo Estado e garantidas pelo seu poder soberano/coercitivo é por demais mezinha e não mais é suficiente para abarcar essa crescente complexidade social.

Vários embates vêm sendo realizados justamente para se fazer superar tais ranços positivistas, o que, paulatinamente, está ocorrendo (o que ainda é pouco!). Basta ver-se o número cada vez mais crescente de ações judiciais visando à obtenção de medicamentos e tratamentos de saúde: inicialmente o Poder Judiciário relutou em acatar, sob o argumento de que se estaria diante de norma constitucional de eficácia limitada; posteriormente, que não poderia alterar a destinação orçamentária previstas nas leis específicas (olvidando-se do que dispõe o art. 74, da CF); por fim, que o atendimento ao pleito somente poderia ser realizado

quando diante de hipossuficiência comprovada da parte autora. Porém, felizmente crê-se estarem superados tais entendimentos, fixando-se ser plena a aplicabilidade do texto constitucional no pertinente.

Como não poderia deixar de ser, os direitos encontrados na Constituição Federal são “direitos de verdade” (e não meras recomendações) que podem ser exigidos e pretendidos de imediato (direitos subjetivos individuais), não sendo a Constituição Federal “carta de intenções” ou, ainda, a materialização da “vontade do legislador” que propugnou o atuar administrativo em busca do interesse público. A Constituição Federal é evidentemente “A lei”, o texto jurídico máximo de um Estado, oriunda de um processo democrático cujo texto representa as promessas de crescimento e desenvolvimento do próprio Estado e do seu povo.

Ao tratar de “bem comum” (interesse público), sabe-se que a teoria finalística propõe que todo Estado possua objetivos a alcançar, ou melhor, a defesa, a ordem, o bem-estar e o progresso são o fim supremo de qualquer Estado, em qualquer tempo. Tais “super-metas”, pode-se dizer, estão positivadas no texto constitucional logo em seus “princípios fundamentais” e ao longo de toda Carta, de modo que tais dispositivos servem – ou deveriam servir – de fundamento para o atuar da Administração Pública.

Pelo Constitucionalismo contemporâneo, Direito e Estado passaram a ter um novo papel (o primeiro, um papel transformador; o segundo, efetivador das promessas da modernidade), é certo que o Administrador Público deve preparar-se para dar “respostas corretas” (ou constitucionalmente adequadas) à população, considerando-se as características norteadoras do Estado, quais sejam, a política (democracia), a jurídica (Direito) e a orçamentária (Economia). Eis o Estado Democrático de Direito.

Ao syndicar o ato administrativo, o Poder Judiciário – e a comunidade jurídica – deve alargar a concepção do princípio da legalidade, a fim de institucionalizar os postulados do Estado Democrático de Direito, como dito há pouco. Para tanto, imprescindível perceber o processo de “constitucionalização da administração pública” e a incorporação explícita de ganhos históricos e opções políticas nos textos constitucionais.

Tendo esta concepção, fortemente substancialista no sentido de se controlar mais rigorosa e abrangentemente os atos administrativos, cabe ao Poder Judiciário verificar que a Administração está atrelada à noção de juridicidade (o que é mais amplo que legalidade), que suplanta a de mera conformidade dos atos com as regras jurídicas e exige que a produção dos atos administrativos observe os comandos gerais – principiologicose políticos – previstos no sistema jurídico como um todo.

Mais que isso: na esteira de Dworkin, que a interpretação e aplicação do Direito, no manejar diário da Administração Pública, sejam realizados com fincas a agregar o melhor sentido político-moral-constitucional das práticas jurídicas sem descuidar de elementos positivados – como é o caso das leis orçamentárias e dos próprios requisitos legais de qualquer ato administrativo.

Esta moderna compreensão da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente – notadamente os constitucionais com o conseqüente adensamento do princípio da legalidade pelo da juridicidade – demanda uma redefinição/um repensar da atuação administrativa (sempre vinculada).

Construir um Direito Administrativo material, a ser desvelado por toda uma gama de princípios constitucionais é imprescindível para permitir a sindicabilidade dos atos administrativos, não apenas no que diz respeito à forma, mas principalmente ao conteúdo dos mesmos.

A sindicabilidade, o controle dos atos administrativos está em consonância com os parâmetros jurídicos revolucionários, notadamente no que diz respeito ao controle do poder estatal. Num primeiro momento mais preocupado com os elementos de emissão do ato administrativo, passa-se, nesta nova juridicidade, a uma noção de controle finalístico dos atos administrativos, o controle de resultados: não se trata de adentrar ao mérito do ato administrativo, mas ao seu demérito, a sua ineficácia.

No entanto, salvo melhor juízo, este preparo teórico vem sendo todo dirigido ao Poder Judiciário, aos juristas de um modo geral, no sentido de ampliar a noção de legalidade a de juridicidade, a fim de permitir maior sindicabilidade do ato. Isto acaba confirmando a utilização de estratégias distintas e o distanciamento dos âmbitos da administração e da judicatura, criando um grave problema: ao sindicarem o ato administrativo, o Poder Judiciário já estará fazendo o controle após emitido o ato, quando já não estiver a obra, o serviço ou a política pública em andamento ou já finalizados.

Anular/declarar nulo um ato administrativo – seja ele qual for – e, eventualmente, penalizar o administrador por haver escolhido ou realizado de modo equivocado, mostra-se suficiente? A influência econômica no Estado e no Direito é inquestionável, de modo que a anulação de ato jurídico “em nome do Direito” pode se transformar em algo mais custoso do que a própria ilegalidade do ato, o que acabará recaindo – o custo – sobre a sociedade.

É sempre de bom alvitre lembrar que, no que tange ao conceito de discricionariedade administrativa, houve uma dúplici ampliação dos poderes do administrador: a primeira, em

virtude da possibilidade – outorgada pelo próprio legislador – de, por conveniência e oportunidade, o administrador escolher o melhor caminho para resolver uma situação concreta; a segunda, que diz respeito ao controle da escolha.

Com efeito, a doutrina clássica não admite – e boa parcela da doutrina atual ainda coloca várias ressalvas neste sentido – a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário. Portanto, a ampliação dos poderes administrativos provenientes do conceito de discricionariedade desatrela o administrador da rígida vinculação à obra legislativa, ao mesmo tempo em que funciona como barreira para a intervenção do Judiciário – e dos próprios administrados – na apreciação do mérito da escolha feita.

O Administrador está pronto/apto a realizar a análise jurídica/meritória do ato administrativo/política pública enquanto o/a planeja? Estará o Administrador Público em condições de emitir o ato administrativo/realizar a política pública “ponderando valores”, elementos fáticos e jurídicos aplicáveis à espécie, de modo a, em eventual sindicância judiciária, não ter o que temer? É cognoscível, de antemão, as circunstâncias fáticas e jurídicas que permitam ao Administrador Público realizar o ato/política correto(a)? Estará, por fim, à disposição do Administrador, meios de se chegar à resposta correta, ao melhor ato/política pública a realizar? Eis o “Administrador Público Hércules”.

Idealizando o “Juiz Hércules”, Ronald Dworkin propõe “ler” as leis de algum modo que seja possível obter a melhor interpretação do processo legislativo como um todo, extrair o melhor sentido moral das práticas jurídicas, respeitando, com isso, a integridade do Direito. Como enfatiza o jus-filósofo norte-americano, “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.

Esta figura sobre-humana do “Juiz Hércules”, capaz de interpretar o Direito de modo íntegro e de dar respostas adequadas à solução da causa, pode ser aplicada ao Administrador Público que, também intérprete do Direito, é obrigado a dar soluções corretas aos problemas sociais que lhe são apresentados, soluções estas que possuem limites de ordem política, jurídica e econômica.

Frise-se que o “Juiz Hércules” fará o julgamento do caso concreto de forma a solucionar o litígio; o “Administrador Público Hércules” deverá identicamente “julgar” um caso concreto, no entanto, no sentido de agir materialmente em prol da sociedade, já que o ato administrativo que se sucederá à decisão/julgamento obrigatoriamente contemplará a situação fática e a situação jurídica existentes.

O “Administrador Público Hércules” será aquele que possui plenas condições de, interpretando as circunstâncias fáticas da situação que exige seu atuar, em conjunto com as diretrizes jurídico-orçamentária-política que regem sua existência, agir de forma a responder corretamente àquela situação, ou seja, é o Administrador que deve considerar a integridade do Direito na interpretação e aplicação no caso concreto.

Para tanto, deve o gestor público valer-se de um sério planejamento que lhe permita conhecer as questões fáticas envolvidas em cada caso concreto, materializando e dando publicidade a este planejamento por meio das leis orçamentárias [plano plurianual (PPA), leis de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária anual (LOA)], emitindo a mais correta decisão capaz de solucionar a necessidade social posta.

Tem-se que, inicialmente, não se estará afastando a questão da discricionariedade do Administrador Público frente à existência natural de opções de atuar. No entanto, dentre tais opções, deverá o Administrador decidir por aquela que melhor se amolde às necessidades e possibilidades do caso concreto, considerando, como dito, a integridade do ordenamento jurídico – em especial as orientações normativas da Constituição Federal – e o que foi planejado e consignado na legislação orçamentária.

O Estado Democrático de Direito, como vem sendo explanado, exige do Administrador Público uma postura diferenciada, uma postura ativa e altiva no sentido de dar concretude às promessas jurídico-constitucionais. Para tanto, diz-se que o Estado Democrático de Direito é um *plus* se comparado com seus antecessores – Estado Liberal e Estado Social – pois enquanto no Estado Liberal a reforma política exigiu do Poder Legislativo uma forte atuação a fim de frear o poder do Executivo e conceder direitos aos cidadãos, no Estado Social exigiu-se uma atuação positiva do Poder Executivo no que diz respeito à implementação de política públicas envolvendo direitos básicos.

O *plus* a que se está tratando é o *plus* jurídico-normativo, ou seja, vislumbra-se na Constituição direitos (individuais e sociais) de eficácia plena e que devem ser concretizados por meio de políticas públicas/atuar administrativo. No entanto, silenciando o Poder Executivo ou agindo insuficiente ou ineficientemente, cabe ao Poder Judiciário determinar a implantação e implementação dos direitos, já que neste modelo de Estado – o Democrático de Direito – o polo de tensão foi transferido ao Judiciário.

No entanto, neste modelo de Estado, o político (democrático), o jurídico (Direito) e o orçamentário (economia) “andam” juntos, de modo que a atuação da Administração Pública e o controle a ela inerente encontram-se vinculados ao jurídico-político-orçamentário, conjunto

este perfeitamente encontrável nas leis orçamentárias que estimam as receitas e fixam as despesas.

Obedecendo aos ditames constitucionais, as leis orçamentárias indicam claramente no que se pode/deve e quanto se pode/deve gastar (até porque tais leis orçamentárias são “leis” nos sentidos formal e substancial), e para isso, exige-se um sério planejamento estratégico.

Com o adensamento do jurídico, no Estado Democrático de Direito, o Direito passou a ter um papel transformador, de modo que a Administração Pública passou a ser sindicada/controlada/exigida em maior intensidade. Logo, essa maior “cobrança” por um atuar administrativo mais responsável, tem focado no controle dos atos – o controle é a última e uma das fases fundamentais da gestão pública – e no “novo” Administrador Público, a quem cabe o papel de “executor dos comandos legais”.

Entretanto, o preparo do Administrador Público para lidar com esta concepção material do Estado Democrático de Direito, pelo que parece, não acompanhou a evolução das teorias que permitem o controle de seus atos e os balizam. Noutras palavras, ao atuar da Administração – que está cada vez mais sendo exigida e cada vez mais sindicável pelo Judiciário – tem-se exigido maior “profissionalização”, o que contrasta com a noção do atuar administrativo à mercê da boa vontade dos administradores.

As teorias jurídicas evoluíram aos juristas, o mesmo não ocorrendo àquele que detém a obrigação de materializar as próprias teorias evoluídas, o Administrador Público!

É um grande disparate exigir do Administrador Público correção absoluta em seu atuar, sem lhe dar condições de pautar-se correta e juridicamente na busca deste melhor atuar. Ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade administrativa, enfim, os meios processuais que se encontram à disposição dos legitimados para controlar a administração pública, buscam a resposta correta do e no Judiciário e não da Administração – a vontade do juiz sobrepõe-se à vontade do administrador. O que é pior: a resposta que será dada no processo o será depois que o ato administrativo já se convolou em ação material administrativa (serviço público ou política pública) executada.

É com essa concepção que se vislumbra a possibilidade de criar/defender um “Administrador Público Hércules”, ou melhor, a possibilidade de produzir uma teoria/tese jurídica voltada ao Administrador Público, capaz de lhe oferecer condições de compreender, interpretar e aplicar o Direito ao caso concreto, considerando a integridade e coerência do Direito e as peculiaridades de cada caso concreto, por meio de planejamento estratégico, a fim de dar uma resposta correta, encontrando nas leis orçamentárias o multi-citado fundamento de bem agir, administrando estrategicamente com o que foi estrategicamente planejado.

Considerando-se a integridade e a coerência do Direito e a juridicidade constitucional que rege o atuar da Administração Pública, é possível dar respostas constitucionalmente corretas/adequadas em sede de Direito Administrativo/atuação administrativa, por meio de um “Administrador Público Hércules” que administre estrategicamente fincado em planejamento estratégico definido nas leis orçamentárias?

Diante desta problemática, parte-se da hipótese de que cabe à Administração Pública materializar, a cada atuar, os ditames previstos na Constituição Federal, notadamente os direitos fundamentais, por meio de atos administrativos e políticas públicas que efetivem as promessas que o Estado Democrático de Direito instituiu.

O controle dos atos administrativos tem recebido estudos teóricos riquíssimos enfatizando a maior sindicabilidade dos atos administrativos, o mesmo não ocorrendo ao Administrador Público, que está à margem do direcionamento destes mesmos estudos. Dar condições a este Administrador Público para que conheça, de antemão, o que o Direito espera que faça a cada escolha sua é tarefa também da Teoria do Direito, o que se espera conseguir com a construção da figura do “Administrador Público Hércules”.

Para que a proposta da tese não permaneça na concepção puramente teórico-subjetiva, vislumbra-se a possibilidade de que o “Administrador Público Hércules” utilize-se da Constituição Federal e, com o apoio de um planejamento estratégico bem construído, organize as leis orçamentárias de modo a lhe permitir, antecipadamente, agir conforme à Constituição, concretizando direitos fundamentais, pré-fixando-se nas leis orçamentárias.

Diante disso, a hipótese original desta tese reside em se considerar “Hércules” o Administrador Público que, baseado no planejamento administrativo estratégico materializado nas leis orçamentárias, aja de modo a concretizar os direitos fundamentais constitucionais (resposta constitucionalmente adequada/correta), que realize uma administração estratégica.

O Estado contemporâneo, por meio de políticas específicas, tem se mostrado um garante da existência de condições objetivas de ordem estrutural, de modo que as políticas públicas devem se mover para salvaguardar esses interesses materiais contidos nas Cartas constitucionais, ou seja, deve o Administrador Público dar a resposta correta/adequada ao caso concreto, que exige de si a atuação desejada.

Em uma concepção empírica, não se pode descartar que a Administração Pública não planeja, não concretiza direitos fundamentais, realiza escolhas fugazes e impensadas, que as leis orçamentárias não são levadas a sério, a tal ponto de não se poder prever/planejar ações administrativas que concretizem a Constituição Federal e permitam ao Administrador Público

agir de modo adequado. Essa variável à hipótese original parece fazer parte da realidade administrativa brasileira, não obstante haver vasto regramento jurídico a respeito.

O quadro que se constata se deve à baixa qualidade técnica-jurídica-profissional dos Administradores Públicos e de suas equipes, o que é acentuado por interesses mesquinhos de ordem político-partidária. Ademais, a falta de comprometimento, de seriedade e, principalmente, de uma ideologia forte que subjaza toda e qualquer atuação administrativa – respeito ao que é público; atuações razoáveis, proporcionais, impessoais; prevenir e precaver, independentemente do simples gostar; motivar fortemente o atuar administrativo, escapando da tentação de não precisar dar explicações do que faz; ausência de forte impessoalidade; vislumbrar que o poder da Administração é, na verdade, dever, o dever da boa administração pública – conduz o Administrador a se manter velado, uma vez que a publicidade ainda é concebida como algo ruim, pois permite a qualquer um emitir juízos de valor acerca da atuação e aplicação de verbas públicas.

Enfim, o quadro é, de uma certa forma e sob um determinado prisma, desolador. Porém, crê-se ser possível o enfrentamento da situação justamente por meio da proposta de modificar a forma como se compreende as leis orçamentárias, dando a elas concepção de verdadeiro princípio norteador da atuação administrativa, fundamentada em planejamento estratégico que considere as necessidades da ação – sempre visando à concretização da Constituição – e o dispêndio orçamentário atinente.

Tem-se como objetivo principal deste trabalho, aplicar a noção de “Juiz Hércules”, de Dworkin, à Administração Pública, possibilitando defender a figura de um “Administrador Público Hércules”, capaz de séria e coerentemente planejar estrategicamente sua atuação administrativa, publicizando e regando este planejamento estratégico nas leis orçamentárias, para ao fim e ao cabo administrar de forma estratégica.

Os objetivos parciais consistem, resumidamente, em compreender o Estado e sua relação e evolução com o Direito; analisar a força vinculante da Constituição Federal; avaliar o processo de tomada de decisões administrativas, considerando-se as peculiaridades do Estado Democrático de Direito; analisar o Direito Administrativo em uma concepção material de efetivação das propostas constitucionais (a “Constituição que administra”); conhecer a história do Estado e do Direito brasileiros, avaliando alguns dos motivos que impedem ou interferem na “boa administração”; analisar a teoria jurídica de Ronald Dworkin acerca da interpretação integradora do Direito, com seu “Juiz Hércules”; compreender o funcionamento dos orçamentos públicos; compreender o planejamento estratégico, seus conceitos, fundamentos e seu processo de criação; conectar o planejamento estratégico à administração

estratégica e, por fim, vislumbrar a figura do “Administrador Público Hércules”, sujeito capaz de agir de forma correta/constitucionalmente adequada, realizando/concretizando, por meio de políticas públicas, os direitos fundamentais constitucionais.

Para tanto, este trabalho conta com quatro capítulos. No primeiro, abordar-se-á a Teoria do Estado, conectando-a à Administração Pública e sua evolução. No segundo capítulo, virá à tona a história do Estado brasileiro, a história do constitucionalismo brasileiro, donde se poderá perceber várias mazelas históricas que ainda assolam – e assolarão – a Administração Pública brasileira. No terceiro, poder-se-á perceber uma nova concepção de Administração Pública, voltada a uma atuação em prol do administrado, focada na nova juridicidade constitucional. Por fim, no quarto capítulo, a atuação administrativa será reorientada para, a partir da relação entre Direito-Política-Economia, exigir do Administrador Público o planejamento estratégico para administrar estrategicamente.

Ao “Administrador Público Hércules”.

2 O ESTADO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

2.1 Estado, Direito e Poder – notas introdutórias

Para tratar do tema “Administração Pública”, notadamente para realizar uma espécie de “subdivisão temporal” da mesma e obter, com isso, uma ideia ampla de como ela – Administração Pública – apresentou-se e agiu ao longo do tempo, imprescindível analisá-la do ponto de vista da história evolutiva do Estado, tanto a nível de ciência política/teoria geral do Estado (que toma o Estado europeu como seu objeto de estudo), quanto a nível de história constitucional e política do Estado brasileiro.

Com efeito, mostra-se imperioso tratar do Estado em suas linhas histórico-evolutivas, a apresentação¹ do Estado e os reflexos à administração, especificamente a Administração Pública, uma vez que as características do Estado ao longo do tempo variaram exatamente diante da postura por ele adotada no que diz respeito a sua atuação (o agir administrativo, a atuação administrativa, a governança).

Não há como se negar, identicamente a inseparável conexão entre administração e Estado, a relação entre Estado e Direito, de sorte que se tentará, nestas primeiras linhas, abarcar Administração Pública, Estado e Direito em um uníssono trilho existencial-evolutivo.

Pois bem: o Estado é a mais importante e mais característica das instituições modernas a partir do Século XVII. Não se deseja aqui, portanto, realizar análise histórica minuciosa naquilo que se pode chamar de “antes do Estado”, ou seja, não se abordará a evolução social-institucional a partir das tribos, passando pelas Cidades-Estado, Impérios, as lutas e guerras travadas para a superação das organizações políticas medievais (Igreja, império, nobreza, comunidades urbanas)². O ponto de partida é o Estado em sua versão absolutista, que data do Século XVI e que passa por um processo de separação entre “a pessoa do governante e seu ‘estado’, até que a primeira – a

¹ Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes utilizam o verbo “apresentar” para afirmar que o Estado de Direito “se apresenta” ora como liberal, ora como social e, por fim, ora como democrático. Antes, porém, de abordarem o Estado de Direito, os autores tratam do Estado absolutista como sendo “a primeira versão do Estado Moderno”, e essa concepção interessa ao deslinde desse trabalho uma vez que, desde os seus primórdios, o Estado é governado por uma administração inicialmente privada, voltada aos interesses pessoais do governante e, com o passar do tempo, vai se “tornando” pública, seja pela influência do Direito, seja pela incansável busca social de limitação do poder. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45, 92-94.

² Para uma análise histórica aprofundada acerca da história do Estado, mais precisamente no período “antes do Estado”, ver os capítulos um e dois de VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 1-176.

pessoa – se tornou quase completamente sem importância em comparação com o segundo”³. O governo era um assunto pessoal do governante, não passando pela sua cabeça a possibilidade de que as duas esferas – público e privado – não fossem idênticas.

A denominação “Estado”, em seu sentido moderno, apareceu pela primeira vez em “O Príncipe”, de Maquiavel, escrito em 1513. Esta lição vem avalizada por Bobbio ao transcreveras primeiras palavras do primeiro parágrafo da obra em comentário: “Todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados”⁴.

Como bem destaca Jorge Miranda, “depois da organização política medieval... vai ressurgir a noção de Estado... pois o poder encontra-se no Rei e toda a autoridade pública passa a emanar dele”, não se olvidando dos reflexos que isso gerou nos indivíduos atingidos – todos – e dos limites territoriais precisos⁵.

A obra de Maquiavel, além de não distinguir entre governo e assuntos privados do governante, não pode ser considerada como verdadeiro tratado acerca de ciência política, na concepção atual obviamente, pois está mais para um tipo de manual conhecido como “Espelhos para Príncipes”⁶: Maquiavel inaugurou sua obra expressamente dedicando-a a Lorenzo de Médici, a quem chama de “magnífico”. Em sua “carta dedicatória”, Maquiavel bajula abertamente Médici e esclarece que seu objetivo não é “discutir e citar regras para a conduta de príncipes”, por mais que o faça ao longo de toda obra. Por isso que a obra em questão pode ser vista mais como uma série de conselhos – obtidos empiricamente nos fatos do mundo como ele era à época – do que, precisamente, uma obra jus-filosófica.

Maquiavel deteve-se mais em analisar o poder de uma perspectiva prática. Tece considerações sobre a realidade das formas dos Estados então existentes, sobre as qualidades e virtudes de governantes e sobre os mecanismos para adquirir e manter o poder. Como dito, sua obra revela uma notável e inconfessada análise empírica do poder no seu exercício efetivo, como ele próprio descreve na abertura, com a dedicatória “ao magnífico Lorenzo”: “Não ornamentei este trabalho, nem o adornei com frases rebuscadas ou com palavras pomposas e magnificentes... porque não desejei que agradasse por outro motivo que não fosse

³ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 179.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 65.

⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32.

⁶ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 246.

a variedade da matéria e seriedade do assunto”⁷.

Para exemplificar a espécie de abordagem realizada por Maquiavel ao longo de toda sua obra, ao tratar de “a conduta dos príncipes e a boa-fé” – capítulo XVIII – o autor afirma ser louvável um Príncipe manter a palavra dada, viver com integridade e não com astúcia (eis os conselhos!). Após tais colocações, “comprova” sua conclusão de moralidade a partir da análise do governo de Alexandre VI (empirismo):

Sendo obrigado a saber agir como um animal, deve o príncipe valer-se das qualidades da raposa e do leão, pois o leão não sabe se defender das armadilhas, e a raposa não consegue defender-se dos lobos. É preciso, portanto, ser raposa para reconhecer as armadilhas, e leão para afugentar os lobos... Um príncipe prudente não deverá, pois, agir com boa-fé quando, para fazê-lo, precise agir contra seus interesses, e quando os motivos que o levaram a empenhar a palavra deixarem de existir... Mas é necessário saber disfarçar bem essa natureza, e dissimular perfeitamente; os homens são tão pouco argutos, e se inclinam de tal modo às necessidades imediatas, que quem quiser enganá-los encontrará sempre quem se deixe enganar. Não quero silenciar um exemplo moderno: o de Alexandre VI, que em sua vida só fez enganar os homens. Nunca pensou em outra coisa, e encontrou sempre oportunidade para isso. Ninguém jamais afirmou com tanta convicção – e prometendo com tanto vigor, cumpriu com tão pouco o prometido⁸.

Matteucci cita diversas vezes Maquiavel e sempre em um sentido negativo, perigoso, “maquiavélico”, expressão esta que significa pessoa astuta, velhaca, artilosa, esperta; perfídia. Não o fez, Matteucci, por demérito, até porque o próprio Maquiavel deixou claro demais sua condição de cortesão, de adulator da Família Médici à obtenção de cargos públicos (após consegui-los, passou a se dedicar a escritas no estilo de comédias, a exemplo de “A mandrágora”). A própria história assim o marcou, notadamente a partir de autores que se intitulavam como anti-Maquiavel⁹, a exemplo de Jean Bodin, Étienne Pasquier e Innocent Gentillet¹⁰.

⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 14.

⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 93-94.

⁹ Michel Foucault trata daquilo que chama de “volumosa literatura anti-Maquiavel”, afirmando que a postura dos autores mostrava-se “às vezes explicitamente – uma série de livros que em geral são de origem católica, como por exemplo o texto de Ambrogio Politi, *Disputationes de Libris a Christiano detestandis*, e de origem protestante, como o livro de Innocent Gentillet, *Discours d'Etat sur les moyens de bien gouverner contre Nicolas Machiavel*, 1576 – às vezes implicitamente, em oposição velada, como por exemplo Guillaume de La Pernère, *Miroir Politique*, 1567, P. Paruta, *Della Perfezione della Vita politica*, 1579, Thomas Elyott, *The Governor*, 1580”. FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Versão eletrônica. 2011. p. 164.

¹⁰ Matteucci realiza profunda abordagem histórica e jus-filosófica acerca do Estado, com fincas a demonstrar a relação inseparável entre Estado e Constituição. Ao tratar de Maquiavel, Matteucci cita diversos autores, a exemplo de Étienne Pasquier [para quem Maquiavel não passava de um cortesão (p. 30)], Innocent Gentillet [que escreve contra os Príncipes que se deixaram seduzir pelas cinquenta e quatro perigosas máximas de Maquiavel (p. 54)] e Jean Bodin [que, em suas reflexões sobre o Estado, rechaça o ideal do novo príncipe proposto por Maquiavel, que seria apreciado apenas por tiranos]. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

Na percuciente análise de Michel Foucault, que apresenta duas espécies históricas de literatura (a primeira: Idade Média ou na Antiguidade greco-romana, tratados que se apresentavam como “conselhos ao príncipe” quanto ao modo de se comportar, de exercer o poder, de ser aceito e respeitado pelos súditos, conselhos para amar e obedecer a Deus, introduzir na cidade dos homens a lei de Deus; a segunda: a partir do Século XVI até o final do Século XVIII, tratados que se apresentam não mais como “conselhos aos príncipes”, nem ainda como ciência da política, mas como arte de governar), “*O Príncipe* de Maquiavel é essencialmente um tratado da habilidade do príncipe em conservar seu principado e é isto que a literatura anti-Maquiavel quer substituir por uma arte de governar”, já que “ser hábil em conservar seu principado não é de modo algum possuir a arte de governar”:

O Príncipe, contra o qual se luta, é caracterizado por um princípio: o príncipe está em relação de singularidade, de exterioridade, de transcendência em relação ao seu principado; recebe o seu principado por herança, por aquisição, por conquista, mas não faz parte dele, lhe é exterior; os laços que o unem ao principado são de violência, de tradição, estabelecidos por tratado com a cumplicidade ou aliança de outros príncipes, laços puramente sintéticos, sem ligação fundamental, essencial, natural e jurídica, entre o príncipe e seu principado. Corolário deste princípio: na medida em que é uma relação de exterioridade, ela é frágil e estará sempre ameaçada, exteriormente pelos inimigos do príncipe que querem conquistar ou reconquistar seu principado e internamente, pois não há razão *a priori*, imediata, para que os súditos aceitem o governo do príncipe. Deste princípio e de seu corolário se deduz um imperativo: o objetivo do exercício do poder será manter, reforçar e proteger este principado, entendido não como o conjunto constituído pelos súditos e o território, o principado objetivo, mas como relação do príncipe com o que ele possui, com o território que herdou ou adquiriu e com os súditos¹¹.

Há outra obra de Maquiavel, não menos importante, porém muitas vezes sequer citada. Trata-se da extensa “Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio”, escrita entre 1513 e 1517, originalmente intitulada “Discorsi”. Nela, Maquiavel discorre sobre a política, as divergências e os conflitos na história de Roma, seguindo a mesma forma de abordagem apresentada em “O príncipe”, qual seja, o autor identifica na história da Roma republicana acontecimentos ou sequências de eventos que ilustrem e confirmem suas convicções, notadamente acerca de qual a política que a Itália deveria seguir para unificar-se e aumentar seu poderio.

Logo na introdução, Maquiavel afirma que os homens, “por natureza invejosos”, vêm insistentemente ignorando o “espírito genuíno da história”, limitando-se a conhecê-la sem

¹¹ FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Versão eletrônica. 2011. p. 164.

sequer tentar repeti-la, sob o argumento de ser difícil tal empresa, ou até mesmo impossível. Diante de tal problema, a fim de “salvar os homens deste erro”, escreveu o livro em comento com base nas obras “de Tito Lívio que resistiram à injúria do tempo” a fim de que o leitor possa trilhar o caminho histórico já percorrido pelos antepassados, repetir as fórmulas de sucesso e a evitar o cometimento de erros que levaram muitos ao fracasso:

Um príncipe fraco pode manter-se no poder após um príncipe sábio e vigoroso; mas nenhum reino pode subsistir quando um príncipe fraco é sucedido por um outro.... se o princípio da ingratidão é a avareza ou a desconfiança, os povos nunca são ingratos por avaros; no que concerne à desconfiança, ela os afeta mais raramente do que aos príncipes, porque têm menos motivos para suspeitar. As repúblicas e os príncipes não devem demorar a assistir o povo nas suas necessidades. Os romanos costumavam tratar o povo com liberalidade nos momentos de perigo. Quando Porsena assediou a cidade, com o propósito de reconquistá-la para os Tarquínios, o Senado, que não confiava na plebe... isentou-a do imposto do sal e de outros tributos... Que este exemplo não recomende esperar o momento do perigo para ganhar o apoio popular...As repúblicas e os príncipes verdadeiramente poderosos não adquirem amizades com dinheiro, mas com suas qualidades e a reputação da sua força... O Estado romano se apoiava, de fato, na população de Roma, no Lácio e nas outras regiões da Itália... Essas eram as fontes das tropas de que necessitavam para combater e subjugar o mundo inteiro, como prova a pergunta feita pelo cartaginês Hanon aos enviados de Aníbal, depois da batalha de Cannes...: ‘Os romanos enviaram alguma delegação, pedindo a paz? Os povos do Lácio, ou de alguma das colônias, se revoltaram?’ Como a resposta fosse negativa, Hanon comentou: ‘A guerra, neste caso, está no ponto de partida’¹².

Após os estudos de Maquiavel surgiram os de Jean Bodin. Este autor político francês abandonou a fundamentação teológica e a forma de escrita apresentada por seu antecessor florentino (que escrevia, como se pôde perceber, conselhos aos Príncipes de sua época, o que se costumou chamar de “Espelhos para Príncipes”) e influenciou profundamente a Europa, numa época em que os sistemas medievais cediam lugar a Estados centralizados. Sua obra mais significativa – “Les six livres de la republique” (Os seis livros da república) – influenciou Thomas Hobbes, como se verá adiante. Bodin definiu o Estado soberano e reconheceu três tipos de comunidade: monarquia, aristocracia e democracia, conforme o poder fosse atribuído a um indivíduo, a uma minoria, ou a uma maioria.

Buscando uma base não religiosa ao Estado, “Bodin rejeitava a afirmação de Maquiavel de que a força e a malícia, em vez do direito, regiam os assuntos políticos”¹³. Essa

¹² MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução: Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. p. 79, 101, 107 e 289.

¹³ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 250.

defesa em prol do Direito certamente foi baseada no fato de Bodin ser formado em Direito e haver exercido a carreira de Advogado a Henrique III.

Conceituando “soberania”, Nicola Abbagnano afirma ter sido Bodin o primeiro a conectá-la ao Estado, ou melhor, o primeiro a considerá-la como caráter fundamental do Estado. Mencionando expressamente a obra “*Six livres de la république*”, Abbagnano parafraseia Bodin e ensina que a soberania “consiste negativamente em estar liberado ou dispensado das leis e dos usos do Estado; positivamente, consiste no poder de abolir ou criar leis. O único limite da soberania é a lei natural e divina”¹⁴.

Diante dessa exposição, fica claro que Bodin não conseguiu desvincular-se da ideia do Direito como algo que existia independentemente da vontade humana, fruto principalmente do momento em que vivia – Idade Média. No entanto, já apostava na capacidade do soberano de criar a ordem, instituir boas leis e governar por meio das leis por ele instituídas. Sua preferência, portanto, é pela monarquia, como deixa claro logo no início do sexto volume de sua obra, “a monarquia bem ordenada e real não se transmite por escolha, nem por sorteio, nem por linhagem feminina, mas é transmitida por direito sucessório ao varão mais próximo do ramo paterno, e sem partilha”¹⁵.

La «sovrànità» rappresenta dunque un’aporia delle dottrine contrattualistiche: fondamento, con il monopolio statale della produzione giuridica, del principio di legalità e insieme, quale potestas legibus soluta con questo medesimo principio in contrasto; norma di riconoscimento del diritto positivo e dell’artificio politico, in virtuale contraddizione con la ragione sociale dell’uno e dell’altro; categoria moderna, non avendo senso parlarne in sistemi di tipo giurisprudenziale e consuetudinario, e al tempo stesso, in quanto potere sregolato, ultimo residuo dello stato di natura. La sua storia corrisponde a due storie parallele ed opposte: quella della sovranità interna, che è la storia della sua progressiva dissoluzione, parallela allo sviluppo degli stati costituzionali e democratici di diritto; e quella della sovranità esterna, che è invece la storia della sua progressiva assolutizzazione, giunta al suo apice nella prima metà del secolo scorso con le catastrofi delle due guerre mondiali¹⁶.

Para responder ao questionamento “que coisa é o Estado?”, José Joaquim Gomes Canotilho lembra das lições de Jean Bodin e de Thomas Hobbes, com seus “*Les Six Livres de la République*” e “*Leviatán*”, respectivamente, para verberar ser o Estado “uma categoria

¹⁴ A obra de Bodin data de 1576. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 911.

¹⁵ BODIN, Jean. **Os seis livros da república**: livro sexto. Tradução: José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012. p. 8.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia: teoria della democrazia. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 2, p. 488.

política estruturante do pensamento político-constitucional europeu”, imputando a estes autores o “recorte” da soberania e do poder “como categorias centrais da modernidade política”¹⁷.

Matteucci recorda, na mesma senda de Canotilho, que um fato revolucionário ocorreu entre o Medieval e a Idade Moderna, qual seja, a tomada de consciência de um novo poder, o de fazer leis, e assim determinar mediante mandatos jurídicos válidos o comportamento dos súditos: “el mismo Bodino, el teórico de la soberanía, afirmaba en la *République* que si el príncipe soberano era señor de la ley, los particulares eran señores de las costumbres”¹⁸.

A bem da verdade, não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de poder e de uma análise do fenômeno do poder, até porque, como se pode perceber das lições de Jean Bodin, por longa tradição, o Estado vem sendo definido como o detentor do poder.

O poder político é originariamente a institucionalização da força. O Estado, claro que ainda não conhecido como o é o Estado Moderno, detinha a capacidade de violência, ou melhor, o monopólio da violência; sustentava a regulamentação social mediante a ameaça da coerção, do uso efetivo da violência *autorizada* e até mesmo *querida* pelos membros da sociedade. O Direito é originariamente uma regulamentação do uso da força, da coerção, não sendo à toa a mezinha ligação que se faz do Direito à ordem coercitiva.

No denso e extenso “Dicionário de política”, Bobbio, Matteucci e Pasquino deixam claro que o poder necessita de um aparelho administrativo para sua própria existência, aparelho esse o Estado:

O que legitima o poder não é tanto, ou não é só, uma motivação afetiva ou racional relativa ao valor: a esta se junta a crença na sua legitimidade. O poder do Estado de direito é racional quando, escreve Weber, ‘se apoia na crença da legalidade dos ordenamentos estatuídos e do direito daqueles que foram chamados a exercer o poder’. Assim, a fé na legitimidade se resolve em fé na legalidade, e a legitimação da administração que transmite o comando político é uma legitimação legal¹⁹.

Neste momento já se percebe a relação imbricada entre Estado e Direito, pois se a vida em sociedade é dirigida a um fim, em havendo um objetivo a ser buscado por todos, esta finalidade social, para ser atingida, imprescindível a presença não só de um elemento

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 89.

¹⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 33.

¹⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 402.

pacificador/organizador – o Direito – mas outro que, com base nas esperanças e anseios sociais, determinasse o Direito e monopolizasse o *poder* (e o uso da força, como apontado) a fim de dar-lhe unidade: o Estado. Aristóteles iniciou sua obra “Política” exatamente nessa direção, a de que as associações sempre visam a algo, a algum bem:

Toda Cidade é um tipo de associação, e toda associação é estabelecida tendo em vista algum bem (pois os homens sempre agem visando a algo que consideram ser um bem); por conseguinte, a sociedade política [*pólis*], a mais alta dentre todas as associações, a que abarca todas as outras, tem em vista a maior vantagem possível, o bem mais alto dentre todos²⁰.

Ao diferenciar as concepções organicista, atomista ou contratualista e a formalista, Nicola Abbagnano adverte que o aspecto sociológico do Estado é negado por Kelsen, até mesmo diante da principal característica do seu pensamento, o formalismo. Para Kelsen, diz Abbagnano, o Estado é simplesmente a ordenação jurídica em seu caráter normativo ou coercitivo²¹.

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros – um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto²².

Bobbio, Matteucci e Pasquino discordam dessa concepção de poder “como algo que se possui, como um objeto ou uma substância que se guarda num recipiente”, não aceitando, portanto, as premissas sobre o tema lançadas por autores como Hobbes e Gumplowicz, uma vez que concebem o poder como um fenômeno social (relação entre os homens) triádico, não bastando especificar (1) a pessoa ou o grupo que o detém e (2) a pessoa ou o grupo que a ele está sujeito, necessitando-se determinar também (3) a esfera de atividade a qual o Poder se refere ou a esfera do Poder:

Por isso não se podem aceitar as definições que, inserindo-se numa tradição que remonta a Hobbes, ignoram este caráter relacional e identificam o Poder social com a posse de instrumentos aptos à consecução de fins almejados. A definição de Hobbes, tal como se lê no princípio do capítulo décimo do

²⁰ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 53.

²¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 365.

²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 35.

Leviatã, é a seguinte: ‘O Poder de um homem... consiste nos meios de alcançar alguma aparente vantagem futura’. Não é diferente, por exemplo, o que Gumpowicz afirmou: que a essência do Poder ‘consiste na posse dos meios de satisfazer as necessidades humanas e na possibilidade de dispor livremente de tais meios’²³.

Salvo melhor juízo, fica evidente que o poder assume grande importância à compreensão da Política, do Direito, do Estado e da própria sociedade, constituindo instrumento para esclarecer a origem dessa relação que há entre todos. Exatamente como advertem Goverde, Haugaard e Philip acerca da ideia implícita sobre poder que funda determinada sociedade, as pessoas agem no seu dia-a-dia segundo ideias e conceitos que são tidos por pressupostos, presumindo “que algumas pessoas são sistematicamente *dominadas* por outras”²⁴.

Hannah Arendt, em sua obra “O que é política?”, trata do tema poder com bastante propriedade, notadamente por haver vivido o surgimento, aperfeiçoamento e concretização de sistemas totalitários na forma do nazismo e do comunismo. Justamente por haver experimentado os excessos do poder é que afirma não ser admissível confundir poder e força, fato este que somente ocorreu diante do “aumento dos meios estatais de força que põe em perigo o processo de vida de toda a Humanidade”:

Como em toda parte onde os homens agem em comum, surge o poder e como o agir em comum dos homens acontece essencialmente no espaço político, o poder potencial inerente a todos os assuntos humanos se fez valer num espaço dominado pela força. Com isso, surge a ilusão de que poder e força seriam a mesma coisa; e nas condições modernas, esse é realmente o caso em amplas áreas. Porém, poder e força não são a mesma coisa quanto à sua origem e sentido original; em certos sentidos, chegam a ser antagonismos. Mas onde a força, que é um fenômeno do indivíduo ou da minoria, liga-se ao poder, que só é possível entre muitos, surge um aumento monstruoso do potencial de força — por sua vez, provocado pelo poder de um espaço organizado, mas que depois, como todo potencial de força, aumenta e se desenvolve às custas do poder²⁵.

Tomás de Aquino dedicou-se a tratar do poder, mormente centrando sua atenção na possibilidade de um homem exercer “domínio” sobre outro. Diz o autor, por exemplo, que o “domínio” (poder) tem dois sentidos. Primeiro, “[...] ele é comparado com servidão; e um mestre [senhor], neste sentido, é aquele para quem alguém é sujeito como escravo”. Segundo,

²³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 934.

²⁴ GOVERDE, Henri; HAUGAARD, Mark; CERNY, Philip G. **Power in contemporary politics: theories, practices, globalizations**. London: Sage, 2000. p. 5.

²⁵ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução: Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 31.

“[...] é entendido como se referindo em um sentido geral ao comando de qualquer tipo de sujeito de qualquer forma; e, neste sentido, mesmo aquele que tem a tarefa de governar e dirigir homens livres pode ser chamado de mestre”²⁶.

Essas concepções evidenciam uma relação de certa forma natural entre poder e homem, o que é admitido expressamente por Arendt ao tratar de um “âmbito terrestre-natural” do qual o homem extrai suas forças:

Portanto, é natural que, por fim, enquanto o homem tiver a ver com as forças da Natureza, permanece num âmbito terrestre-natural ao qual ele e sua própria força pertencem, pelo fato de ser um ser vivo orgânico. Isso não se modifica pelo fato de ele empregar a própria força junto com a força retirada da Natureza para produzir algo totalmente não-natural, ou seja, um mundo — algo que não se realizaria sem ele, de maneira apenas ‘natural’. Ou dito de outra maneira: enquanto o poder produzir e o poder destruir estiverem em equilíbrio, tudo ainda estará acontecendo de certa forma correta, e o que as ideologias totalitárias declararem sobre a escravização do homem nos processos por ele desencadeados é, afinal de contas, um fantasma ao qual se opõe o fato de os homens continuarem sendo senhores do mundo por eles construído e mestres do potencial de destruição por eles produzido²⁷.

Convém salientar a percuciente análise realizada por Giovanni Olsson acerca da postura adotada por Hannah Arendt sobre o poder. O autor traz duas “classificações tradicionais do poder”, que as chama de “poder para” e “poder sobre”. Na primeira classificação, inclui Max Weber e Michael Mann; na segunda, Talcott Parsons e Hannah Arendt. Apenas para melhor ilustrar, destaca Olsson que “a concepção de poder como exercício de subordinação de um agente sobre o outro é a essência de um conjunto de teorias que concebem esse instituto como um ‘poder sobre’”. Já o “poder para” refere-se a um papel de integração positiva do poder, especificamente na esfera política, de modo que “o ‘poder’ é o sustentáculo das instituições políticas e existirá enquanto as pessoas o apoiarem... não tendo relação direta com algum ‘relacionamento de comando e obediência’, sendo “essencialmente consensual”²⁸.

Esta concepção contemporânea de poder conectado à consensualidade difere bastante da proposta de Michel Foucault. Em linhas gerais, Foucault admite expressamente o fato presumido de que algumas pessoas são dominadas por outras. Em sua obra “uma trajetória filosófica”, esclarece não haver pretendido analisar o fenômeno do poder e elaborar seus

²⁶ AQUINO, Tomás de (Santo). **Political writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 3-4.

²⁷ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução: Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 35.

²⁸ OLSSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades**. Ijuí-RS: Editora Unijuí, 2007. p. 76 e 85.

fundamentos. Pelo contrário, afirma que seu objetivo sempre foi o de analisar como os seres humanos tornaram-se sujeitos, o que acabou levando-o automaticamente a analisar o poder: “é verdade que me envolvi bastante com a questão do poder. Pareceu-me que, enquanto o sujeito humano é colocado em relações de produção e de significação, é igualmente colocado em relações de poder muito complexas”²⁹.

Após tratar do que há em comum entre três espécies de “lutas” contra ou para limitação do poder (lutas contra as formas de dominação; contra as formas de exploração e contra aquilo que liga o indivíduo a si mesmo e o submete), merece transcrição o significado de sujeito para Foucault, que engloba claramente a (sua) questão de poder: “há dois significados para a palavra *sujeito*: sujeito a alguém pelo controle e dependência, e preso a sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento. Ambos sugerem uma forma de poder que subjuga e torna sujeito a”³⁰.

Certamente Max Weber foi quem influenciou o pensamento de Foucault, pois essa ideia – a de sujeição, ou melhor, a “possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria” – é central em seu pensamento. No entanto, Weber justifica o poder somente nas mãos do Estado “porque o Estado é considerado a única fonte de poder legítimo, e, por isso, somente as ações que, segundo o sentido que a ordem jurídica lhes deve atribuir, se referem à conservação da instituição do Estado e à execução dos interesses de que cuida”. Nesta mesma senda, a “dominação é um caso especial do poder”, “meio de poder tecnicamente mais desenvolvido”, notadamente a “dominação em virtude da autoridade”³¹ que Weber chama de *heterocefalia*, baseada numa relação associativa do poder de mando e do aparato coativo.

Olsson apresenta concepção estatal acerca do trabalho realizado por Weber, notadamente a relação entre Estado e poder que realizou ao longo de sua obra, em especial, na sua principal obra que é “Economia e sociedade”. Olsson coloca Weber e Hobbes como sendo os autores mais importantes quando o assunto é a análise do poder ao longo do tempo e a influência intensa que estes possuem nas formulações contemporâneas acerca do tema:

[...] Max Weber, que dedica sua atenção aos aspectos relativos à legitimidade do exercício do poder na sociedade, notadamente em relação ao

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Tradução: Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 232.

³⁰ FOUCAULT, Michel. **Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Tradução: Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 235.

³¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 188-187, 191 e 224-225.

Estado, como seu depositário. O Estado, nessa perspectiva, passa a se justificar e a se externalizar ao deter em suas mãos a exclusividade do exercício da violência legítima, o que significa, em última instância, que a expressão mais visível e extrema do poder só se justifica pelo Estado. Para este autor, o poder passa a ter um alcance maior na medida em que se dissocia entre os campos do econômico, do normativo e do político e passa a fundar a base dos mecanismos de dominação correlatos³².

Cárcova identificou em Weber a titularidade da expressão “desencantamiento del orden” ao explicar a forte mudança pela qual passou a sociedade do Século XVIII, especificamente no que diz respeito à queda da teologia e a assunção da filosofia como método de conhecimento, enfatizando a inteligência e a razão humanas:

Este fenómeno impacta en el modo de concebir el derecho y consecuentemente en los sistemas de legitimidad referidos al ejercicio del poder social. Weber lo denominó al ‘desencantamiento del orden’, al explicar que la *potestas* secularizada pierde su carácter metafísico y sus anclajes transcendentales, comenzando entonces la elaboración de su fundamentación racional positiva³³.

Para se chegar à ideia de poder em Weber, Norbert Elias explica que a civilização está sempre correndo perigo, “porque a salvaguarda dos padrões mais civilizados de comportamento e sentimento em sociedade depende de condições específicas”, seja a nível individual (“exercício de autodisciplina, relativamente estável”), seja a nível social (cada pessoa está vinculada a estruturas sociais específicas). Afirma que os conflitos tanto sociais quanto pessoais são atributos normais da vida em comunidade humana.

Prossegue Elias questionando-se: “como é possível que tantas pessoas consigam viver normalmente juntas em paz, sem medo de ser atacadas ou mortas por pessoas mais fortes do que elas...?”. E para respondê-la chama atenção para o fato de se tratar de “uma questão de despertar de novo o sentimento das pessoas para um fato que é surpreendente e ímpar: o grau relativamente elevado de não-violência que é característico das organizações sociais atuais”, imputando a Weber o primeiro a examinar tal situação:

A questão de como ocorreu tal pacificação não é – pelo menos à primeira vista – difícil de responder. A criação de espaços sociais duradouramente pacificados está ligada à organização da vida social na forma de Estados. Um aspecto desse problema foi examinado pela primeira vez por Max Weber. Sublinhou ele que os Estados são caracterizados pelas pessoas que

³² OLSSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea**: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades. Ijuí-RS: Editora Unijuí, 2007. p. 59.

³³ CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 27-28.

são seus governantes e que, em qualquer época dada, reivindicam para si mesmas o monopólio da força física. Isso significa que vivemos numa forma de organização social onde os governantes têm à sua disposição grupos de especialistas que estão autorizados a usar a força física em emergências e também a impedir outros cidadãos de fazerem o mesmo³⁴.

A partir da ideia de poder, Weber trata da dominação para chegar à burocracia, esta compreendida como estruturação e organização do poder público:

Por ‘dominação’ compreenderemos, então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (‘mandado’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ quer influenciar as ações de outras pessoas (do ‘dominado’ ou dos ‘dominados’), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações com obediência³⁵.

Afirma Weber que o estudo da “dominação” muito interessa haja vista estar intimamente vinculada à “administração”, pois “toda dominação manifesta-se e funciona como administração”, sendo que “toda administração precisa, de alguma forma, da dominação, pois, para dirigi-la, é mister que certos poderes de mando se encontrem nas mãos de alguém”:

A estrutura de uma dominação recebe seu caráter sociológico da natureza geral da relação entre o senhor ou os senhores e seu aparato, e entre estes dois e os dominados, e, além disso, de seus princípios específicos de ‘organização’, isto é, de distribuição dos poderes de mando... Naturalmente, a subsistência de toda ‘dominação’... depende, no mais alto grau, da auto-justificação mediante o apelo aos princípios de sua legitimação. Destes últimos princípios existem três: a ‘validade’ de um poder de mando pode expressar-se num sistema de regras racionais estatuídas (pactuadas ou impostas) que, como normas universalmente compromissórias, encontram obediência quando a pessoa por elas ‘autorizada’ a exige. Neste caso, o portador individual do poder de mando está legitimado por aquele sistema de regras racionais, sendo seu poder legítimo, na medida em que é exercido de acordo com aquelas regras. Obedece-se às regras e não à pessoa... Quando a ação social de uma formação de dominação se baseia numa relação associativa racional, encontra seu tipo específico na ‘burocracia’³⁶.

³⁴ ELIAS, Norbert. **Os alemães: a luta pelo poder e a evolução dos habitus nos séculos XIX e XX**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 162.

³⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 191.

³⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 197-198.

Nessa tessitura de concepção de impessoalidade gerada pela burocratização, de obediência às regras e não à pessoa como disse Weber, vem à tona a análise de Norberto Bobbio ao afirmar que Weber elevou o agir racional ao agir social no momento em que condenou a “contaminação da ciência com os juízos de valor”, acreditando piamente ser a ciência³⁷ a melhor condutora da razão. Verbera que a teoria weberiana versa sobre o “... processo de racionalização (formal) do poder estatal, de onde deriva aquele tipo de Estado administrativo ou burocrático cuja legitimidade é dada pela forma de poder que, com razão, Weber chama de “legal”³⁸, pelo nexu que ele vislumbra entre racionalização e legalização”³⁹.

Weber chega a tratar da “administração democrática”, na qual surge um interessante paradoxo, uma vez que o dominador é considerado o “servidor” dos dominados e todos sentem-se como tal. Afirma chamar-se “administração democrática” “por duas razões que não coincidem necessariamente, a saber: 1) porque se baseia no pressuposto da qualificação igual, em princípio, de todos para a direção dos assuntos comuns, e 2) porque minimiza a extensão do poder de mando⁴⁰.

Essas ideias de igualdade, finalidade comum e controle/minimização do poder estão fincadas na concepção de estado racional e legal, “racional porque regulado pelo direito em todas as esferas, pois o poder, em Weber, encontra-se “completamente legalizado”, o que fica ainda mais claro quando “Weber identifica na burocratização da maior parte das atividades do Estado a tipicidade do poder legal”⁴¹.

Explorando a conceituação weberiana de burocracia, Bobbio, Mateucci e Pasquino defendem haver três características, dentre as quais a principal é a existência de vinculação jurídica entre o detentor do poder, o aparelho administrativo e os dominados:

³⁷ Nicola Abbagnano menciona que Max Weber impunha o “conceito de objetividade à metodologia das ciências sociais, observando que ‘a verdade científica é válida para todos os que procuram a verdade’ e que mesmo nas ciências sociais há resultados que não são subjetivos no sentido de serem válidos para uma só pessoa e não para as outras”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 723.

³⁸ “Poder legal é para Max Weber o que recebe a própria legitimidade quando é exercido em conformidade e no âmbito de regras pré-constituídas e pressupõe órgãos especificamente destinados à produção e à contínua modificação destas regras... Enquanto os Estados de poder tradicional são caracterizados por ordenamentos de regras que se transmitem por tradição... os Estados de poder legal são caracterizados pela distinção entre os órgãos, cuja competência específica é produzir novas regras, e os órgãos cuja competência específica é a de aplicar regras já estabelecidas [...]”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 352.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008. p. 98 e 112.

⁴⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 193.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008. p. 112-113.

O pré-requisito de uma organização burocrática é constituído pela existência de regras abstratas às quais estão vinculados o detentor (ou os detentores) do poder, o aparelho administrativo e os dominados. Segue-se daí que as ordens são legítimas somente na medida em que quem as emite não ultrapasse a ordem jurídica impessoal da qual ele recebe o seu poder de comando e, simetricamente, que a obediência é devida somente nos limites fixados por essa ordem jurídica⁴².

Detendo-se à análise da burocracia, Weber dedica várias páginas à análise do “funcionário público”, notadamente acerca da noção de profissão enquanto funcionário, sua posição pessoal e estima social (da “antiga nobreza” à “nobreza por serviço”), a possibilidade de nomeação, de carreira, de vitaliciedade dependendo da importância do cargo e sua remuneração; aponta os pressupostos sociais e econômicos para o desenvolvimento da burocracia, como o desenvolvimento da economia (pois o cargo é fonte de renda privada do funcionário), o desenvolvimento quantitativo (devido à “intensidade da ação estatal”), o desenvolvimento qualitativo (ligado imediatamente ao desenvolvimento quantitativo) e o mais importante que é a superioridade técnica que lhe é imanente:

Precisão, rapidez, univocidade, conhecimento da documentação, continuidade, discrição, uniformidade, subordinação rigorosa, diminuição de atritos e custos materiais e pessoais alcançam o ótimo numa administração rigorosamente burocrática (especialmente monocrática) exercida por funcionários individuais treinados, em comparação a todas as formas colegiais ou exercidas como atividade honorária ou acessória. Quando se trata de tarefas complexas, o trabalho burocrático remunerado não apenas é mais preciso, como também muitas vezes mais barato no resultado final do que o formalmente não-remunerado, honorário⁴³.

O intelectual e sociólogo alemão, nascido em Erfurt, conecta a burocracia ao capitalismo, pois entende que sua implantação “desumaniza” as relações sociais, já que “a eliminação do amor, do ódio e de todos os elementos sentimentais, puramente pessoais e, de modo geral, irracionais, que se subtraem ao cálculo, na execução das tarefas oficiais” seriam suas pretensas virtudes:

Em vez do senhor das ordens mais antigas, movido por simpatia pessoal, favor, graça e gratidão, a cultura moderna exige para o aparato externo em que se apoia o especialista não-envolvido pessoalmente e, por isso, rigorosamente ‘objetivo’, e isto tanto mais quanto mais ela se complica e especializa. E tudo isto a estrutura burocrática oferece numa combinação

⁴² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 125.

⁴³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 204, 212 e 220.

favorável. Sobretudo é só ela que costuma criar para a jurisdição o fundamento para a realização de um direito conceitualmente sistematizado e racional, na base de 'leis', tal como o criou, pela primeira vez, com alta perfeição técnica, a época imperial romana tardia⁴⁴.

Parece ser possível, neste momento, afirmar a força que a burocracia possui se dever a estes elementos de pureza científica, impessoalidade, racionalidade e, principalmente, diante do fato de o Estado ser um ordenamento jurídico (porém, não apenas isso⁴⁵):

Uma burocracia, uma vez plenamente realizada, pertence aos complexos sociais mais dificilmente destrutíveis. A burocratização é o meio específico por excelência para transformar uma 'ação comunitária' (consensual) numa 'ação associativa' racionalmente ordenada. Como instrumento da transformação em "relações associativas" das relações de dominação, ela era e continua sendo, por isso, um meio de poder de primeira categoria para aquele que dispõe do aparato burocrático, pois, com possibilidades de resto iguais, uma 'ação associativa', ordenada e dirigida de forma planejada, é superior a toda 'ação de massas' ou 'comunitária' contrária. Onde quer que a burocratização da administração tenha sido levada conseqüentemente a cabo, cria-se uma forma praticamente inquebrantável das relações de dominação. O funcionário individual não pode desprender-se do aparato do qual faz parte... Os dominados, por sua vez, não podem nem prescindir de um aparato de dominação burocrático, uma vez existente, nem substituí-lo, porque este se baseia numa síntese bem planejada de instrução específica, especialização técnica com divisão do trabalho e firme preparo para exercer determinadas funções habituais e dominadas com destreza. Se este aparato suspende o trabalho ou é forçado a fazê-lo, a conseqüência é um caos, sendo difícil a tarefa de improvisar uma instituição substitutiva, a partir dos dominados, para vencê-lo⁴⁶.

Esta noção de cientificidade que norteia a teoria weberiana fica ainda mais evidente com a expressão de "desencantamento" que Cárcova atribui a Weber: uma ordem desencantada que fundamenta a sociedade não mais apoiada em Deus, na natureza ou na razão, mas que se justifica "en la eficacia de los principios de racionalidad instrumental que la animaban"⁴⁷.

⁴⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 213.

⁴⁵ Ao comparar as obras de Kelsen e de Weber, Bobbio destaca que "Weber reconheceu que o Estado é um ordenamento jurídico, mas não chegou a reconhecer que o Estado não é nada fora do ordenamento jurídico, ou que, uma vez definido o Estado como ordenamento jurídico, o Estado desaparece como entidade diversa do Direito, como ente possuidor de uma realidade diversa daquela do ordenamento jurídico que não regula as várias atividades". BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008. p. 236.

⁴⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 222.

⁴⁷ CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 230.

Porém, essa importância que a burocracia possui ante a administração, notadamente a pública, traz certos perigos e desconfortos. O próprio Weber destaca que “a administração burocrática é sempre uma administração que exclui o público”, pois “a burocracia oculta, na medida do possível, o seu saber e o seu fazer da crítica”⁴⁸. Além dessa vicissitude, diga-se, antidemocrática (já que afasta a participação popular e labora olvidando-se da regra fundamental que rege a administração pública que é, dentre outras, a publicidade), Bobbio, Matteucci e Pasquino apontam outro enfrentamento bastante pertinente, o controle da burocracia:

O controle da burocracia torna-se particularmente difícil pelo fato de que o detentor do poder se encontra na posição de um dileitante em relação aos funcionários que podem usufruir da própria competência técnica e se utilizar do segredo do ofício para rejeitar inspeções e controles. Prevendo a possível, embora ilegítima, expansão do poder burocrático, Weber afirmou que a burocracia é compatível com o sistema de autoridade legal somente quando a formulação das leis e a supervisão de sua aplicação ficam sendo mais prerrogativas dos políticos: se o aparelho burocrático consegue usurpar o processo político e legislativo, será preciso falar de um processo de burocratização que ultrapassou os limites do sistema de domínio legal e lhe transformou a estrutura⁴⁹.

Ainda tratando sobre o ocultamento propiciado pela burocracia, Cárcova afirma, conectando direito e poder, que o “direito se expressa como prática social discursiva”, cabendo a um certo conjunto de indivíduos (“os juristas: funcionários, juízes, advogados, legisladores etc.”) a se ocuparem

[...] em pensar a implantar formas de administração burocratizada, os procedimentos de controle e regulamentação das condutas, os modos de surgimento e gozo dos direitos e se tornam, em consequência, depositários de uma forma de poder social específica, que se assenta não só no conhecimento técnico que possuem, mas também no correlato desconhecimento do leigo. O poder, assentado no conhecimento do modo de operar do direito, se exerce, parcialmente, pelo desconhecimento generalizado desses modos de operar⁵⁰.

A isso chama, Cárcova, de opacidade do direito. Trazendo a lume a citação de Michel Foucault para quem “o poder só é tolerável com a condição de disfarçar uma parte importante

⁴⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 225.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 127.

⁵⁰ CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTR, 1998. p. 165.

de si mesmo”, o professor argentino da Universidade de Buenos Aires afirma que a opacidade do direito é condição existencial e de funcionamento do sistema:

Segue daí que a opacidade do direito, sua falta de transparência, a circunstância de não ser cabalmente compreendido etc., pelo menos no contexto das formações sociais contemporâneas, longe de ser um acidente ou acaso, um problema instrumental suscetível de solução com reformas oportunas, alinha-se como uma demanda objetiva de funcionamento do sistema. Como um requisito que tende a escamotear – como a ideologia em geral – o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de legitimar/reproduzir as dadas formas da dominação social⁵¹.

Para que não se pense que Weber defende a burocracia administrativa a Estados monárquicos, totalitários, uma vez que eventual leitura superficial poderia conduzir a esta incômoda e incorreta concepção de sua obra, ele mesmo afirma ser inevitável a burocracia no constitucionalismo, uma vez que sua marca é “aconcentração do poder da burocracia central numa única mão”, isto é, “sua sujeição a uma autoridade monocrática, o primeiro-ministro, pelas mãos do qual tem que passar tudo que chega ao monarca, coloca este último, em grande parte, sob a tutela do chefe da burocracia”⁵².

A correta ideia de que a burocracia weberiana é imanente à organização administrativa, bem como se trata de elemento importantíssimo à estruturação do Estado, foi realizada por Ferrajoli ao tratar da racionalidade formal e da racionalidade substancial do Estado de Direito. Abordando o que intitula de “nomodinâmica” e “nomoestática”, afirma o jus-filósofo italiano que o Estado de Direito fundamenta-se no princípio da legalidade, devendo este ser concebido em seu duplo aspecto de formalidade e de substancialidade, ou melhor, combinando a racionalidade formal e a racionalidade substancial weberiana (legitimidade formal e legitimidade substancial)⁵³.

Explicando “as racionalidades” que acabam de ser citadas, Ferrajoli afirma que a “racionalidade jus-constitucionalista” funda-se nessa correlação entre a formalidade e a matéria, notadamente na congruência de meios entre a ação econômica (sob a forma da autonomia privada) e da ação política (na forma de autodeterminação política coletiva):

La razionalità gius-costituzionalistica, infine, unisce razionalità formale e razionalità sostanziale dato che vincola e finalizza la prima alla seconda, a

⁵¹ CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTR, 1998. p. 165.

⁵² WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 226.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia: teoria del diritto. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 1, p. 571 e 822.

sua volta positivizada. Essa consiste na congruência dos meios – o agir económico nas formas da autonomia privada e o agir político nas formas da autodeterminação política colectiva – aos fins e às expectativas constitucionalmente estipuladas. É a racionalidade instrumental que Max Weber chamou «razionalidade em relação ao fim»: onde o fim, ou melhor o conjunto dos fins, outra coisa não é que a razão social da instituição política e precisamente, em democracia, a garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente estipulados⁵⁴.

Respondendo a Habermas acerca da legitimação formal *versus* legitimação substancial, Rawls se utiliza das lições de Weber e afirma haver dúvidas quanto a essa legitimação procedimental, pois, pelo que lhe parece,

Habermas parece argumentar aqui contra Max Weber, que entendia a legitimidade como aceitação por parte de um povo das suas instituições políticas e sociais. Aceitação sem justificação é algo que Habermas considera correctamente como insuficiente, posto que a mera aceitação permite ir demasiado longe. Eu unicamente acrescentaria, e penso que Habermas estaria de acordo, que estas instituições não precisam ser perfeitamente justas; dependendo da situação, podem ser injustas e sem embargo legítimas⁵⁵.

Esta dúvida centra-se no facto de, segundo Rawls, ser bastante plausível a ideia de legitimidade procedimental daquelas sociedades bem ordenadas racionalmente, com instituições democráticas idênticas bem organizadas e cidadãos razoáveis e racionais, os quais aprovariam leis e políticas quase sempre legítimas, independentemente de sentimentos de justiça. Isto ocorreria porque mesmo havendo desvio de justiça das leis com relação à Constituição, mesmo assim aquelas não deixariam de ser legítimas, de modo que “los procedimientos políticos constitucionales pueden ser, en efecto, en condiciones normales y decentes, puramente procedimentales con respecto a la legitimidad”. Desse modo, considerando tais procedimentos imperfeitos, dependeríamos sempre dos nossos juízos de justiça substantiva⁵⁶.

Para finalizar esta questão de burocracia tão bem enfrentada e trabalhada por Max Weber e dar seguimento às concepções de Estado após Maquiavel e Bodin, Van Creveld realiza abordagem histórica acerca da burocracia, não com o objetivo weberiano de análise aprofundada do seu funcionamento e fundamentos, mas apenas com mote histórico-narrativo.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia: teoria della democrazia. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 2, p. 41-42.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. p. 138.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. p. 138.

O historiador holandês, no subcapítulo intitulado “a construção da burocracia”, afirma que “a história das comunidades políticas – inclusive a que conhecemos como Estado – é mais ou menos a história do aumento do número de executivos, do modo como se organizavam e do modo como ganhavam a vida...”. De servidores reais que atendiam ao rei em pessoa (“administração doméstica”: guarda-roupas, cozinha, estábulo etc.), passou-se a funcionários que cuidavam da administração do governo (obras públicas, finanças, segurança etc.), o que já incutia uma sugestão de recompensar os colaboradores promovendo-os à nobreza. O tecnicismo foi tomando conta das atividades funcionais, com a produção de imensas pilhas de papéis, de modo que “os funcionários geravam papelada e a papelada gerava funcionários”, chegando-se à ideia fundamental de “burocracia” e de funcionários que se consideravam “servidores de um Estado impessoal”, não mais homens do rei⁵⁷.

Pois bem: como visto acima, Maquiavel foi o primeiro a empregar o termo “Estado” para esta organização social, política, jurídica e administrativa que se conhece atualmente. Para ele, o Estado representava o poder e o Príncipe deveria concatenar força e malícia para obtê-lo e mantê-lo (diante dessa perspectiva é que se percebe serem as obras de Maquiavel verdadeiras coletâneas de conselhos e não obras de teoria política ou ciência política – “Espelhos para príncipes”).

Bodin, ao contrário de Maquiavel, envidou-se para realizar uma nova abordagem sobre o governo, abandonando a educação para príncipes e concepções religiosas. Defendeu, desde o princípio, a noção de poder político e “a definição de Cícero da *res publica* como comunidade de pessoas governada pela lei”⁵⁸. Bodin uniu poder e governo ao Direito.

Após Bodin, Thomas Hobbes escreveu sua conhecida obra “Leviatã”, cuja linha mestra é a separação entre a pessoa do governante e a do Estado. Para conceber tal separação, Hobbes lança mão naquilo que chamou de “homem artificial”, logo na introdução da obra citada: “[...] graças à arte criamos esse grande Leviatã a que chamamos República ou Estado (em latim, *Civitas*), que nada mais é que um homem artificial, bem mais alto e robusto que o natural, e que foi instituído para sua proteção e defesa”⁵⁹.

Justifica-se a criação do Estado em Hobbes diante das vicissitudes daquilo que chamou de “estado de natureza”, no qual as leis naturais obrigam em consciência, ou seja,

⁵⁷ Para uma abordagem aprofundada, recomenda-se a leitura da obra: VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 180-201. As citações do parágrafo referem-se às páginas 180 e 192.

⁵⁸ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 250.

⁵⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 17.

obrigam à intenção de serem observadas, de modo que sua observância efetiva depende da correlata observância pelo outro, quando se está seguro de que o outro a observará. Desse modo, a insegurança é o traço marcante desse “estado de natureza” que será superada com a instituição do “estado civil”: “no âmago do sistema de Hobbes estava a hipótese de que até o pior governo era preferível a sua ausência, isto é, o estado de natureza”⁶⁰.

Como bem esclarece Bobbio, no “estado de natureza” não se tem qualquer garantia de que o outro observará as leis naturais. Conseqüentemente, o sujeito acaba não estando vinculado ao seus cumprimentos, “por melhores que sejam [suas] intenções”:

Justamente porque o estado de natureza é marcado pela insegurança perpétua, os homens aspiravam a mudá-lo, a passar para o estado civil. A fim de instituir, no estado civil, aquela segurança indispensável para tornar eficazes as obrigações, transformando-as de internas em externas, os indivíduos se puseram de acordo entre si para renunciar a todos os direitos que tinham no estado da natureza – exceto o direito à vida – transferindo-os ao soberano, que, assim, teria o poder de punir aqueles que não cumprissem suas obrigações... todos sabem que, se alguém não cumprir seus deveres, será punido⁶¹.

Essa mencionada insegurança do “estado de natureza” gerado pela ausência de limites da liberdade humana, nas palavras de Hobbes, faz prosperar a “guerra de todos contra todos”, que somente poderá ser controlada quando instituído o “estado civil”, que será obtido mediante a renúncia contratual dos seus membros de todos os direitos – exceto o direito à vida:

[...] quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos...O direito natural... é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida; conseqüentemente, é a liberdade de fazer tudo aquilo que, segundo seu julgamento e razão, é adequado para atingir esse fim... o homem deve concordar com a renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa. Contrato é a palavra com que os homens designam a transferência mútua de direitos⁶².

⁶⁰ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 255.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução: Sérgio Bath. 2. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 42.

⁶² HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 95, 97-98 e 100.

Não existe, para Hobbes, no “estado de natureza”, nenhuma obrigação social, já que o direito natural concede apenas vantagens ao indivíduo e não obrigações. É diante dessa concepção que Hobbes diferencia “direito” de “lei”, no sentido de que “um poder poderia derivar da concessão da lei; mas a lei mais impõe deveres do que confere poderes”: “o direito é a liberdade de que a lei deixa fazer uso, que lhe é permitida pela lei”. A lei é uma espécie de “impedimento externo”, por isso que o direito do indivíduo consiste em fazer tudo o que, conforme seu juízo próprio, poderá considerar útil fazer para a preservação de seu ser⁶³:

[...] em vista da confusão entre *jus* e *lex*, direito e lei, ... é preciso fazer distinção entre esses enunciados. Assim, o direito é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a lei obriga a agir ou omitir. Portanto, entre a lei e o direito há a mesma diferença que existe entre a obrigação e a liberdade⁶⁴.

O “estado de natureza” a que Hobbes se refere é, como ensina Villey, uma imagem utilizada pelo filósofo para explicar um momento inicial, uma ocasião onde ainda não haja lei comum regendo a coexistência humana. Nesse “estado de natureza” não se pode viver, já que “cada um de nós sendo totalmente livre, não conhecendo senão sua própria lei e tendo ‘direito a tudo’, estouram conflitos”, “estado de guerra perpétuo, de medo, de miséria, em que o homem está incessantemente exposto às violências do vizinho”⁶⁵.

Em outra passagem, Hobbes trata da relação que há entre o Estado e a propriedade privada, afirmando expressa e categoricamente que “onde não há Estado, não há propriedade e, por conseguinte, não existe o poder coercitivo, dado que, nesse caso, todos os homens têm direito a tudo”⁶⁶. Porém, frise-se que Hobbes não defendia a “propriedade privada”, mas a via como uma concessão do soberano⁶⁷.

Certamente diante da utilização do termo “Estado” (originalmente, “República”) é que Van Creveld concede a Hobbes a “paternidade” do uso do mesmo no sentido que se conhece até hoje:

Dessa maneira, Hobbes merece o crédito pela invenção do ‘Estado’ (ou, para usar seu próprio sinônimo, ‘República [Commonwealth]’) como entidade abstrata, separada tanto do soberano (que se diz ‘conduzi-lo’) como dos

⁶³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 700-701.

⁶⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 98.

⁶⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução: Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 140.

⁶⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 107.

⁶⁷ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 133.

governados, os quais, por meio de um contrato entre si, transferem a ele seus direitos⁶⁸.

No entanto, para que não haja equívocos, o termo “república” utilizado por Hobbes deve ser devidamente contextualizado. Como adverte Matteucci, a definição de “república” pode ser vista, basicamente, de duas maneiras, uma medieval e outra moderna:

Se puede entender cosa pública, o mejor, siguiendo a Bodino, <comunidad política>; se puede traducir de modo más moderno como Estado, es decir, el pueblo, el territorio, la soberanía. Según la traducción tenemos una definición pluralista o monista, en la medida en que la primera subraya la autonomía de la sociedad civil donde el gobierno es una parte del todo (como hará Locke); la segunda por el contrario subraya un poder de última instancia que en cuanto unificador contiene en sí toda la sociedad (como hará Hobbes)⁶⁹.

Explanando acerca das influências de Aristóteles sobre Hobbes, Villey afirma que o direito em Hobbes assim como em Aristóteles é inferido da natureza. No entanto, “a concepção hobbesiana do estado de natureza, que inverte a noção de natureza de Aristóteles, em nenhum lugar expressa melhor que em Hobbes a oposição entre a ideia moderna de direito subjetivo e o direito da tradição clássica”:

Assim, Hobbes desemboca na hipótese do ‘estado de natureza’, do estado primeiro, originário, o único ‘natural’, em que os homens estariam separados, desprovidos de qualquer laço social. O homem não é mais social ‘por natureza’, mas ‘naturalmente livre’. É o contrário da noção teleológica da natureza que Aristóteles professava. Hobbes vai na contramão de Aristóteles, ao mesmo tempo que recupera antigos mitos poéticos individualistas, mas sobretudo o tema estoico e as velhas ideias cristãs de igualdade e de liberdade fundamentais de todos os homens. E faz disso o princípio de uma política nova – berço de sua ciência jurídica, primeira fonte de sua noção de direito⁷⁰.

Então, diante de todos esses percalços que o direito natural e o “estado de natureza” estão adstritos, Hobbes propõe a criação do “grande Leviatã”, “daquele deus mortal a quem devemos, abaixo do Deus imortal, nossa paz e defesa”:

A causa final, fim ou desígnio dos homens... ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de

⁶⁸ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 255.

⁶⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 66.

⁷⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 696.

abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária... das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais...Conferir toda a força e o poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades... é o único caminho para instituir um poder comum, capaz de defender a todos...desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim, *Civitas*)⁷¹.

Instituído o estado civil, o Estado, cabe a este, pelo seu Príncipe (Hobbes dá preferência à monarquia como espécie de governo⁷²), determinar os limites existenciais deste Estado e as obrigações dos súditos que nele habitam, pois se em “estado de natureza” o direito à liberdade permitia a cada homem fazer o que julgava necessário a sua preservação, no “estado civil” nenhum homem é livre para resistir à força do Estado e as suas leis. Como bem escreve Villey, “eis o momento em que a *sanção* se torna o critério do jurídico”:

A inferioridade da lei civil em comparação com a lei da natureza certamente também está no fato de que ela não pode reger as intenções subjetivas: o poder de Leviatã não se estende aos movimentos secretos que agitam cada pessoa no fundo de seu coração. Mas, em troca, a lei civil poder perceber e governar rigorosamente os efeitos exteriores dos atos. A lei de Leviatã terá a vantagem decisiva de conter sanções...A função das leis civis será constituir um ordenamento *jurídico*. Não esqueçamos que a lei divina não tem condições de fornecê-lo, porque o Deus de Hobbes não é mais o Deus dos filósofos, ordenador do universo, mas o Deus pessoal cristão, que fala de pessoa para pessoa, o legislador do Evangelho, que só edita leis morais⁷³.

Nas palavras de Hobbes:

⁷¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 125-126.

⁷² Hobbes dedica o capítulo XIX, da Parte II – Do Estado, para distinguir três espécies de governo: a “monarquia, quando o governo tem como representante um só homem; a democracia ou o governo popular, se a representação é feita por uma assembleia de todos os que se uniram; e a aristocracia, nos casos em que a assembleia é constituída por apenas uma parte dos homens”. Após levantar algumas hipóteses de aptidão e aplicabilidade das espécies apresentadas, Hobbes afirma que “a diferença entre essas três espécies de governo está na conveniência ou aptidão para garantir a paz e a segurança do povo, atendendo ao fim para o qual foram criadas, e não na diferença de poder”, passando a apontar vantagens pró sistema monárquico. (HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 135-144. Não se pode deixar de citar esta preferência hobbesiana na obra que precede o “Leviatã”, qual seja, “Do cidadão”. Escrita em 1640, muitos dos fundamentos do estado civil encontrados no “Leviatã” já foram tratados no Do cidadão, dentre eles esta preferência pela monarquia. Escreve Hobbes: “... a monarquia é o mais confortável dos governos”. HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução: Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 24.

⁷³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 742-743.

Leis civis são aquelas que os homens são obrigados a respeitar... por serem membros de um Estado. ...a lei... não é um conselho, mas uma ordem. E também não é uma ordem dada por qualquer um a qualquer um, pois é dada por aquele que se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe... a lei civil é constituída, para todo súdito, pelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro sinal suficiente de sua vontade, empregando tais regras para diferenciar o que é certo do que é errado...As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei. Ninguém pode fazer leis, a não ser o Estado...⁷⁴

Em que pese ser a obra “Leviatã” (1651) a mais conhecida e a mais citada/comentada, na qual é possível identificar uma espécie de “teoria geral do Estado” e, com maior profundidade, sua origem e todas as fundamentações do estado civil, é certo que esta obra foi precedida por outra bastante robusta, de 1640, intitulada “Do cidadão”. Nesta, Hobbes volta-se à análise da pessoa enquanto indivíduo e enquanto súdito, no sentido de convivência na “Cidade” e, pode-se perceber, prepara o terreno teórico para chegar à “Leviatã”.

O foco de Hobbes em “Do cidadão” é o homem, como ele próprio indica em seu “prefácio do autor ao leitor”: “neste livro verás descrito de maneira breve os deveres dos homens, primeiramente enquanto homens, depois enquanto súditos e finalmente como cristãos”. Adverte o filósofo inglês, ainda no prefácio, “que as inclinações naturais dos homens” são tão perigosas que necessitam ser contidas “por algum poder coercitivo”, sob pena de o “temor e medo em relação a seus iguais” serem os verdadeiros governantes das ações humanas⁷⁵.

Mostra-se percuciente a leitura da obra em comento pois se permite perceber que muitas das terminologias utilizadas na “Leviatã” foram ali marcadas, dentre elas a “guerra de todos contra todos”. Hobbes faz uma espécie de “resumo introdutório” da obra e afirma demonstrar “que o estado dos homens sem a sociedade civil... nada mais é que uma guerra de todos contra todos, e nesta guerra, todos os homens tem direitos iguais sobre todas as coisas”. A fim de se livrarem desta miséria, imprescindível que os homens abdicuem deste direito natural “pelo qual todos são possuidores de todas as coisas”, por meio de um pacto e, a partir de tal ato consciente e racional, o “governo civil e o poder supremo contido nele” seja o garantidor da paz, da segurança e o controlador da ordem. A lei por este governo posta e a punição nela prevista são a garantia do não desrespeito do pacto⁷⁶.

⁷⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 188.

⁷⁵ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução: Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 19.

⁷⁶ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução: Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 21.

Pelo pacto hobbesiano, cada homem renuncia seus direitos em favor de um homem ou de um conselho de homens, obrigando-se a não mais resistir à vontade daquele a quem se submeteu, já que a este ou a estes transferiu o direito de uso da riqueza e da força, passando a ter este, o chefe, o “poder supremo”. Por isso a condição deste homem que renunciou seus direitos passa a ser a de “súdito” – até mesmo porque “renunciou” aos seus direitos.

Esta não-resistência e obediência é devida às leis, que podem proibir aquilo que o direito divino permite, por mais que não seja comum ocorrer tal situação, uma vez “que nunca será autorizado pela lei civil aquilo que é proibido pela lei divina, e nem a lei civil poderá proibir o que ordena a lei de Deus”. A noção de “lei”, em Hobbes, possui características absolutamente formais, de validade formal, pois “[...] se a obediência é devida às leis, não por virtude do assunto que tratam, mas pela vontade daquele que as decreta, a lei não é um conselho, e sim uma ordem. Ela define-se então: a lei é a ordem de uma pessoa... onde está contido no preceito a causa da obediência”⁷⁷.

Aqui já se pode evidenciar porque a lei – e não a jurisprudência – é a “fonte” do Direito para Hobbes, paradoxalmente inglês, vivendo no sistema “common law”. Em outra obra de relevo (“Diálogo entre um filósofo e um estudioso do direito comum da Inglaterra”, escrita em 1666), Hobbes aprofunda ainda mais sua postura positivista, tentando afastar e provar que a tradição jurídica inglesa, fundada na fonte judiciária do Direito (“common law”), não é condizente e se mostra incompatível com a força que o Estado deve ter.

A Hobbes le era ciertamente familiar el alejamiento que el pensamiento inglés mantenía frente al derecho natural objetivamente entendido, de la misma manera que le podía ser familiar el concepto de razón artificial, es decir, de una razón con la cual no se alcanza la verdad evidente de los primeros principios o la esencia de las cosas... entre la razón artificial de los juristas y la de Hobbes existen dos profundas diferencias... Para Hobbes todos los hombres están dotados de esta razón y cada uno sabe calcular... En otros términos, los juristas aplican su razón artificial a una experiencia o a una tradición – el *common law* – que es toda ella una razón artificial; y la razón subjetiva de los jueces, para ser verdaderamente razón artificial, debe descansar en el espíritu de este patrimonio hereditario: nadie debe ser más sabio que la ley, que es la perfección de la razón⁷⁸.

Torna-se mais comezinho compreender, então, o porquê do embate entre Coke e Hobbes materializado nesta obra: “Diálogo entre um filósofo e um jurista” apresenta-se como um exame crítico sobre o papel da “common law” no sistema jurídico inglês defendida por

⁷⁷ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução: Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 184.

⁷⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 94-95.

Coke, considerando vários temas (noção de lei, justiça, equidade, linguagem jurídica etc.) cuja discussão já havia sido iniciada em seu clássico “Leviatã”.

Em síntese – pôde-se perceber – a doutrina política de Hobbes não compactua com a ideia jusnaturalista de que uma jurisprudência de caráter universal pode ser derivada da razão, pois “[...] o direito não é a expressão da razão mas uma manifestação da vontade do Soberano”⁷⁹. Como enfatizou o filósofo inglês, “[...] o que confere efetividade à lei não é a sua palavra, mas sim o poder de um homem que tem a força de uma nação”⁸⁰, em clara oposição à jurisprudência que fundamenta o sistema “common law”.

Perelman apresenta uma sucinta abordagem acerca da teoria política de Hobbes e afirma que esta “combina de modo engenhoso duas teses já expostas por Platão em seu diálogo *A República*”, referindo-se ao Leviatã “que decide do justo e do injusto, e isto no interesse de seus súditos”, esforçando-se “para educá-los graças a uma propaganda ideológica permanente de modo que só possam conceber a justiça como a conformidade às leis por ele promulgadas”⁸¹.

Renato Janine Ribeiro, após depurada análise histórica do sistema “common law”, notadamente tratando sobre a ausência de sistematização, enfatizando que o aprendizado se dava na prática (procedimento empirista), fora de qualquer ambiente universitário e se mostrando imprescindível uma longa frequência aos Tribunais (como não havia sistematização do ensino, aprendia-se o Direito ouvindo falar a respeito) que se utilizavam até mesmo de uma linguagem diferenciada (o “law french”), afirma que na Inglaterra o Direito Romano não teve o mesmo respaldo obtido no continente. A ideia fundamental “de ter no rei, e só no rei, a fonte de todo o direito e de toda a lei”, tornando a lei precisa e clara, o que dispensaria o judiciário e a profissão jurídica como um todo, passou longe das terras inglesas, em que pese Hobbes ser inglês^{82,83}.

⁷⁹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 18.

⁸⁰ HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 43.

⁸¹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 19.

⁸² Renato Janine Ribeiro prefacia a obra “HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004”. As citações encontram-se nas páginas 14 a 19. Tradução:

⁸³ Villey explica que “a técnica dos juriconsultos ingleses nos cursos da *Common law* continuava sendo do tipo *clássico*. Ainda hoje o direito inglês é o que mais se aproxima da arte casuística dos juristas romanos clássicos. O direito, para o aluno de Coke, é sobretudo questão de ciência; ou melhor, de jurisprudência; porque o direito é extraído da natureza e pelo estudo de cada caso. São os praticantes que o descobrem. Por isso convém atribuir a máxima autoridade aos *precedentes* da jurisprudência e a essa espécie de *costume* nascido da ciência e da prudência dos juriconsultos do passado, não sem discutir de modo erudito sobre a natureza de cada novo caso. Não se pode dispensar o estudo da longa série de obras desses juriconsultos: são homens sábios e prudentes que foram progressivamente fazendo o direito [...]”. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 746.

Inexistindo esse “intermediário” entre o rei e o povo (o Judiciário, atuando na interpretação da lei, do Direito), estaria o povo protegido de eventuais “mal-entendidos”. No entanto, a ausência desse poder intermediário verdadeiramente deixaria o povo inteiramente à mercê da vontade do rei, o que foi dito por Montesquieu ao defender a necessidade de limitação do poder régio por meio de sua conhecida proposta de tripartição das funções do Estado.

Prossegue Renato Janine Ribeiro realizando minuciosa verificação acerca dos fundamentos hobbesianos sobre o Direito, sobre a Política e sobre o Estado, comparando-os com as premissas ideológicas e filosóficas de seu “algoz pensador”, Edward Coke. Para este jus-filósofo, “o rei está sob a lei”, ao passo que para Hobbes, “a lei é a vontade do soberano”, o que justifica a postura de Bobbio ao chamar de “postura fundamental do positivismo jurídico” essa máxima extraída do Diálogo: “não é a sabedoria, mas a autoridade quem cria a lei”: “essa máxima pode ser completada pelas palavras que, pouco depois, Hobbes faz pronunciar o legislador: “quando falo das leis, trato das leis vivas e armadas... não é a palavra da lei, mas o poder daquele que tem nas mãos a força de uma nação que torna eficazes as leis”⁸⁴.

Evidente está que Coke contrapõe-se a Hobbes. Como diz Ferrajoli, “delle due massime – «auctoritas, non veritas facit legem» e «veritas, non auctoritas facit legem» – l’una sostenuta da Thomas Hobbes e l’altra da lui attribuita al grande giurista sir Edward Coke”⁸⁵ caracterizam o Estado moderno: a primeira – a que defende o poder da autoridade como a legítima construtora da lei, do Direito, imputada a Hobbes – fundamenta o Estado moderno europeu continental; a segunda – pela qual a verdade, a sabedoria, e não a autoridade, constrói o direito – defendida por Coke, ainda hoje dá azo ao sistema jurídico inglês.

Este “diálogo” entre Hobbes e Coke sobre a “fonte do Direito” deu ensejo a Luhmann abordar a relação sistêmica entre Política e Direito. Em sua obra “El derecho de la sociedad”, notadamente no capítulo nono, sustenta o sociólogo alemão que, no Estado Moderno, o sistema jurídico encontra-se em oposição ao sistema político, pois figura o Direito “como resistencia justificada contra el ejercicio del poder político”. Mostra-se necessária e salutar a unidade entre tais subsistemas – Direito e Política – em um duplo aspecto: o primeiro, no sentido de a Política permitir uma espécie de autocorreção do Direito (certamente diante da participação democrática imanente à Política) e, no segundo, “la necesidad de legitimar las

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008. p. 198.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia: teoria del diritto. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 1, p. 115.

desviaciones del derecho en la forma de dispensas, privilegios y hasta violaciones a la ley que se auto-autorizan”⁸⁶.

Luhmann esclarece, numa perspectiva histórica e sob o ponto de vista de Coke, que entre Direito e Política, enquanto ambos nas mãos do Soberano, não havia diferença operativa alguma, já que a Política sobrepuja-se ao Direito:

Desde la perspectiva del derecho de oposición, el sistema político moderno del Estado territorial no podía aceptar el hecho de que los súbditos se entrometieran en la política apelando al derecho; es decir, que perturbaran la paz. El sistema político exigía cerradura, esto es, clausura en referencia a todo aquello que en cuanto código y función de la política se calificara como político. Pero lo mismo exactamente era válido para el sistema jurídico. El sistema jurídico no acepta ningún estatuto de excepción. De esto se trató la disputa en el parlamento londinense llevada por Coke, contra los Stuarts: si tan sólo hubiera una instancia (independiente del derecho) que pudiera disponer de la vida, del cuerpo y de la propiedad, entonces no habría ningún derecho, ya que toda seguridad quedaría desvinculada de lo jurídico. En este argumento se encuentran las razones del surgimiento de los ‘civil rights’ en la ‘Common Law’. En esto no se trata de otra cosa que de la clausura operativa de los sistemas de funciones⁸⁷.

Coke inspira Ronald Dworkin que, em sua obra ainda não traduzida para o português “Justice for hedgehogs”, realiza longa abordagem acerca da interpretação, da ética, da moralidade e da política. Na parte cinco, dedica-se à análise do Direito (“Law”) como parte da política, ou melhor, o Direito como sendo um importante aspecto da moralidade política.

Com efeito, Dworkin afirma que o Direito é parte da moralidade política (“political morality”), concentrando-se na problemática e tradicional relação entre Direito e Moral. As diferenças são profundas e importantes, diz ele: o Direito, em regra feito por seres humanos por meio de decisões contingentes e práticas de diferentes tipos, pertence a uma comunidade particular, enquanto que a Moral consiste de um conjunto de “standards” ou normas que têm força imperativa para todos; a Moral não é feita por qualquer pessoa (exceto, em alguns pontos de vista, um deus), e não está dependente de qualquer decisão ou prática humana; a Moral é uma condição necessária, não contingente. No entanto, convencionou-se serem

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. Tradução: João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 295.

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. Tradução: João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 296.

Direito e Moral diferentes sistemas de normas e que os problemas surgem sobre as conexões entre eles⁸⁸.

Prossegue o autor estadunidense afirmando que o Positivismo Jurídico declara independência total entre os dois sistemas; já a corrente que intitula “interpretivism” – cuja tradução literal ao português não se aconselha, uma vez que a palavra “interpretivismo”, além de se mostrar um neologismo, não expressa o sentido do termo em inglês – e da qual defende, por outro lado, nega que a lei e a moral sejam sistemas totalmente independentes: para esta corrente, o Direito inclui não apenas as regras específicas promulgadas de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os princípios que fornecem a melhor justificativa moral para as regras estabelecidas (o conceito interpretativo do Direito):

The law then also includes the rules that follow from those justifying principles, even though those further rules were never enacted. Interpretivism, in other words, treats legal reasoning as I have argued in this book we must treat all interpretive reasoning. It treats the concept of law as an interpretive concept⁸⁹.

A partir desta concepção, fica fácil para Dworkin afirmar que não há essa separação absoluta, essa falta de interconexão entre Direito e Moral, uma vez que o Direito é um ramo, uma subdivisão da moralidade política: “[...] political rights can be distinguished from personal moral rights only in a community that has developed some version of what Hart called secondary rules: rules establishing legislative, executive, and adjudicative authority and jurisdiction”⁹⁰.

Desta forma, Dworkin acredita que as longas e profundas discussões acerca desses dois sistemas – Direito e Moral – permitiram criar uma importante distinção entre processo e substância: os procedimentos pelo quais o Direito, a lei, são criados e os seus respectivos conteúdos. Segundo o autor, o longo debate sobre Direito e Moral concentrou-se na substância (“is an immoral law really law?”), o que fundamentou a defesa de Coke às decisões judiciais como fontes do Direito, contrariando a postura positivista, notadamente a hobbesiana:

Indeed, that assumption seems essential to the two-systems picture. It would be hard to defend positivism, even on that picture, if judges disagreed about important issues of constitutional procedure. But once we reject the two-systems model, and count law a distinct part of political morality, we must treat the special structuring principles that separate law from the rest of

⁸⁸ DWORNIK, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 400-401.

⁸⁹ DWORNIK, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 402.

⁹⁰ DWORNIK, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 405.

political morality as themselves political principles that need a moral reading⁹¹.

O posicionamento de Coke favoravelmente às decisões judiciais era tão forte que, conforme registra Matteucci, teria perdido os cargos de Presidente da “Common Pleas” e da “King’s Bench” justamente por defender os direitos dos cidadãos negando os direitos do rei, ou seja, desde os primórdios interpretava restritivamente os poderes régios em favor da “Common law”:

Afirma Coke que el *common law* regula y controla los actos del Parlamento, y en ocasiones los juzga del todo nulos y sin eficacia, ya que, cuando un acto del Parlamento es contrario al derecho e a la razón común, o repugna, o es imposible, el *common law* lo controlará y lo juzgará nulo y sin eficacia... existe un derecho superior a la ley del Parlamento... y el control de su contenido corresponde a los jueces de *common law*⁹².

Dando seguimento a esta abordagem histórica acerca do Estado, para tratar da obra de John Locke, impossível não o fazer sem compará-la com a de Hobbes, uma vez que Locke se utiliza de ideias hobbesianas (estado de natureza, estado de guerra, estado civil, racionalidade, pacto social) para realizar seus apontamentos e deixar sua ideologia, tudo objetivando contrariar seu conterrâneo antecessor e, mesmo sem querer, completando-semutualmente⁹³.

Thomas Hobbes, defensor de um Estado poderoso, detentor e centralizador de todo poder nas mãos do Príncipe, acreditava que a formação do estado civil era a garantia da paz e da segurança, tanto do próprio Estado, quanto dos súditos. Esse estado civil, organizado, seguro, sobrepor-se-ia ao estado de natureza/estado de guerra, sinônimos para a mesma situação fática de instabilidade, de insegurança, de guerra, de todos contra todos onde o “homem é o lobo do próprio homem”. A fim de formar e perpetuar o estado civil, deveriam os súditos renunciar a todos os seus direitos naturais em favor do Leviatã, recebendo, como moeda de troca, a propalada segurança e os direitos civis fixados em forma de lei. A submissão ao Estado dava a certeza de segurança e vida.

Locke, em linhas gerais, cria que a natureza humana era a base dos direitos e liberdades do indivíduo, de modo que não mais a submissão daria a certeza de segurança, mas

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 413.

⁹² MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 89 e 91.

⁹³ Van Creveld afirma que “entre Hobbes e Locke, a estrutura teórica do Estado moderno estava substancialmente completa”, uma vez que a “separação entre o governo público e a autoridade privada... configuraram o Estado como uma entidade abstrata separada do governante (o soberano) e dos governados (a sociedade civil), mas que continha os dois. VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 259.

a participação do cidadão, mesmo que de forma representativa. A fonte do poder passava a ser o consentimento dos cidadãos, vistos como sujeitos de direitos. Ao contrário de Hobbes, que via no estado de natureza o mesmo que estado de guerra, Locke compreendia o estado de natureza como algo bom, como um estado onde imperava a total liberdade e a total igualdade. Porém, a fim de evitar eventuais inconveniências do estado de natureza e a decaída deste a um estado de guerra, propunha a criação do estado civil, do governo civil, como garantia da vida, da paz e da propriedade privada, mantendo-se intactos alguns direitos naturais do homem⁹⁴. “A única forma com que as pessoas se desvestem da sua liberdade natural, assumindo os vínculos da sociedade civil, consiste na concordância com outras pessoas para reunir-se em comunidade”⁹⁵.

O estado civil lockiano dependia, como dito, do consentimento dos cidadãos, que transferiam parcela de seus direitos naturais ao governante que, por meio de lei, deveria garantir-lhes a vida, a paz e a propriedade. O poder não mais estava nas mãos de uma única pessoa, mas exercido por, no mínimo, duas pessoas distintas. A bem da verdade, Locke via a necessidade de dividir o poder/as funções do estado civil em três, quais sejam, a função executiva, a função legislativa e a função federativa. Porém, vislumbrava a possibilidade de as funções executiva e federativa estarem concentradas em uma única pessoa, tudo isso com o mote de não ser, o Estado que defendia, “nem absoluto, nem ilimitado, nem arbitrário”⁹⁶.

Em seu “Primeiro Tratado sobre o Governo”, Locke parte do amor inato que o homem inglês possui pela liberdade; distingue a autoridade paterna, familiar, da autoridade política, pois politicamente ou há somente um pai (o Rei), ou todos os pais, enquanto pais, possuem poder político e haverá anarquia. Ainda distinguindo poder familiar de poder político, Locke conecta a propriedade a este último, já que o poder está fundamentado na propriedade, notadamente na propriedade privada, “que nada tem a ver com o direito de soberania, que é

⁹⁴ Bobbio afirma que Locke era jusnaturalista, mesmo reconhecendo que “lícito e ilícito são qualificações normativas, o que significa que, para diferenciar lícito e ilícito, é necessário referir-se a um sistema de normas”; “o *bonum* e o *malum* juridicamente entendidos são conceitos normativos”. (BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008. p. 73). Pode-se complementar esse reconhecimento normativista de Locke ainda em Bobbio, quando este afirma, noutra obra, que lei natural identifica-se com a razão, ou seja, a qualificação normativa de lícito e ilícito depende da razão, que não é apenas “a descobridora, como também a detratora da lei natural, ou seja, em última análise, a verdadeira legisladora da humanidade”. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 149.

⁹⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 139. (Clássicos do pensamento político).

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 99.

público”. Ademais, é nesta obra que Locke afirma que a lei positiva, para ser válida, deve estar fundada sobre o direito natural⁹⁷.

Os *Tratados* são uma obra caracteristicamente jusnaturalista, inspirando-se na ideia de que existe uma lei natural, a qual pode ser conhecida e é obrigatória e que, no mundo civil, de modo geral no mundo das relações da convivência humana, *tudo o que se ajusta a essa lei é um bem*. A principal função do filósofo político consiste em descobrir, sob as falsas teorias e as práticas corruptas que dominam o mundo da política, as relações naturais que permitem reconstituir o Estado que mais de perto respeite a natureza, sendo assim o mais livre e o mais justo⁹⁸.

No “Segundo Tratado sobre o Governo”, Locke principia-o apresentando sua concepção de “poder político”, conectando-o ao poder/direito de elaborar as leis no intuito de regular e conservar a propriedade, inclusive com a possibilidade de utilizar a força da comunidade para garantir-lhe a execução, sempre visando ao bem da comunidade⁹⁹. Percebe-se que “sua lei” possui função protetora e fortalecedora da ordem social, especialmente a preservação da propriedade¹⁰⁰. A sociedade política e, portanto, o governo, têm como finalidade a conservação da propriedade.

Polemiza Locke com Hobbes diversas concepções: a função do estado civil, a natureza do pacto social, a origem e o mote da lei, o estado de guerra, o estado de natureza, a propriedade privada, os limites do exercício do poder, enfim, “procura demonstrar, para contrapor-se a Hobbes, que o estado da natureza nada tem a ver com o estado de guerra”, fundamentando o estado civil no perigo do estado de natureza descambar àquele, afirmando que, “no estado de natureza, por falta de leis positivas e de julgamento por parte da autoridade a que se possa apelar, o estado de guerra, uma vez iniciado, perdura”¹⁰¹.

Matteucci aponta uma importantíssima ideia de Locke acerca da propriedade, comparando-a e contrapondo-a as de Hobbes e de Pufendorf: Hobbes via na propriedade uma concessão do soberano; Pufendorf considerava a propriedade como uma derivação do pacto; Locke, por sua vez, baseando-se em uma noção capitalista – a nova propriedade capitalista

⁹⁷ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 120-122.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 147.

⁹⁹ “Todo o poder que o governo tem destina-se apenas ao bem da sociedade”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 94.

¹⁰⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 14 e 60. Neste mesmo sentido, COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria e crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 108.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 177.

que identifica o valor da coisa com o trabalho, o trabalho dá valor à coisa – insiste na versão de que o direito à propriedade é natural e, portanto, implica e requer liberdade econômica e não intervenção do governo no mercado (este que é autossuficiente e capaz de autorregular-se)¹⁰².

A necessidade de defender a propriedade privada foi elevada à categoria de princípio primordial da teoria política lockiana¹⁰³, proteção essa que somente seria possível quando o homem saísse do estado de natureza (lembrando que o estado de natureza, para Locke, era um estado de perfeita liberdade e de completa igualdade, onde todos possuem direito natural à vida, à liberdade, ao trabalho, à propriedade) e alcançasse o estado civil, o que se daria por meio de um acordo recíproco entre os participantes¹⁰⁴, com um finalidade bem específica que era o estabelecimento de um corpo político que garantisse os direitos naturais do indivíduo¹⁰⁵. Neste ponto já tratava da teoria contratualista, do fundamento do poder político no pacto social, no *pactum societatis*, tema esta bem trabalhado logo depois por Rousseau¹⁰⁶.

Por meio desse pacto social o homem deveria renunciar (crê-se ser melhor a utilização de “ceder” ao invés de renunciar) a liberdade e a igualdade naturais e, cedendo ao governo político esses direitos natos, obteria a defesa da propriedade ante a instituição de um poder político dirigido a governar segundo leis fixas e previamente estabelecidas (o poder civil, o

¹⁰² MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 133.

¹⁰³ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 294.

¹⁰⁴ Nas palavras de Locke: “O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de mais proteção contra quem não faça parte dela... acordou assim em constituir uma comunidade com governo, ficam, de fato, fazendo parte dela e formando um corpo político [...]”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 68.

¹⁰⁵ “A formação da sociedade não ab-roga a lei da natureza, mas somente em muitos casos a torna mais rigorosas e, pelo acréscimo de leis humanas, lhe anexa penalidades conhecidas, com o fim de garantir sua observância. Assim, a lei da natureza permanece como lei eterna para todos os homens... As leis que elaboram para reger as ações humanas devem... estar consoante com a lei da natureza [...]”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 92.

¹⁰⁶ Antônio Sidekum realiza análise pormenorizada acerca do pensamento de Rousseau. Sidekum reflete acerca da busca de um fundamento ontológico último para a relação ética e política, reformulando conceitos desde Aristóteles. Leciona: “nas bases da filosofia ocidental, o ser humano é considerado a medida de todas as coisas. Define-se a dimensão humana em relação à cosmovisão na qual está inserida. Desde cedo, como podemos já observar anteriormente, procurou-se estabelecer normas para a condição do homem, visto ser a pessoa humana considerada um *ser social*, isto é, um ser que faz parte de sua *polis*. [...] Assim, Rousseau, em sua obra *Do contrato social I*, escreveu: ‘O homem nasce livre e por toda a parte encontra-se a ferros... A ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros’. O pensador Rousseau estabelece um princípio para a visão da ética social, afirmando que ‘a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família, ainda assim só se prendem os filhos ao pai enquanto dele necessitam para própria conservação. Desde que tal necessidade cessa, desfaz-se o liame natural [...]’. A família é, pois, apresentada como o primeiro modelo das sociedades políticas”. SIDEKUM, Antônio. **Ética e alteridade**: a subjetividade ferida. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 27-28.

governo civil é a única forma de garantir a sobrevivência das leis naturais); sim, os três fundamentos da limitação do poder régio já podem ser claramente vislumbrados em Locke: leis fixas previamente estabelecidas e conhecidas, juiz imparcial que decida com base na lei estabelecida e um poder que execute a sentença.

Repetidamente Locke afirma que el legislativo, a pesar de ser el poder supremo de la sociedad política, está siempre limitado; y limitado no sólo por los derechos naturales y por la finalidad para la que ha sido instituido (la certeza de la ley), sino también por aquella <primera y fundamental ley positiva> que lo instituye, esto es, por el contrato social, que aparece así como un auténtico y propio poder constituyente, superior al poder legislativo... Un soberano... no tiene otra voluntad ni otro poder que aquel de la ley...¹⁰⁷

Intitulando o Poder Legislativo como o “poder supremo” de uma sociedade política – a tal ponto de depender a forma de governo (democracia, oligarquia e monarquia) da condição do Poder Legislativo – Locke atribui obrigações a este poder de modo a limitá-lo, a impedi-lo de agir despropositadamente: governar por meio de leis, que não poderão variar, valendo igualmente a todos; as leis devem ter um único objetivo que é o bem do povo; e não deve haver exigência de tributos sobre a propriedade do povo sem o consentimento deste¹⁰⁸.

Convém salientar que toda esta concepção sobre a lei, sua origem e finalidade, bem como acerca da legitimidade de alguém para produzi-la (Poder Legislativo, com poderes de representação), servem para Locke limitar o exercício do poder régio, ou seja, ao dividir as funções do Estado em, no mínimo, duas (Executivo e Federativo poderiam ser encontrados nas mãos de uma única pessoa, porém, não o Legislativo, que deveria ser composto por vários representantes da comunidade), tem-se claramente o escopo de vislumbrar o Poder Executivo subordinado aos comandos emanados do Poder Legislativo, por meio da lei. Considerando estar o Poder Executivo “flagrantemente subordinado e sob a responsabilidade” do Poder Legislativo, “nem pode um edito, seja de quem for, concebido de qualquer modo ou apoiado por qualquer poder, ter a força e a validade de lei se não tiver sanção do legislativo eleito pela comunidade”, salvaguardando o consentimento da sociedade como sendo o fundamento natural de lei¹⁰⁹.

¹⁰⁷ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 135 e 138.

¹⁰⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 96.

¹⁰⁹ “Salus populi suprema lex”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 102, 90 e 106, respectivamente. Neste fundamento de consensualidade social, explica Bobbio que “Locke contrapunha a uma justificativa do instituto da maioria do tipo convencionalista... uma justificativa jusnaturalista, pela qual a regra da maioria se tornava uma norma natural, válida não por ser imposta

A necessidade de se limitar a atuação/o exercício do poder, que permeou o pensamento filosófico e político iluminista¹¹⁰ no Século XVIII, encontra seu ápice na obra de Montesquieu, o último teórico e defensor da monarquia limitada frente à senhorial ou arbitrária¹¹¹ que marcara seu tempo.

Sua obra-prima – “O espírito das leis” – é iniciada com o título “advertência do autor”, na qual Montesquieu adverte que sua leitura depende da compreensão do que considera o “motor que move o governo”, qual seja, a virtude política: entende-a como o amor à pátria e à igualdade, esclarecendo não se tratar de uma virtude encontrada na esfera da moral ou da religião cristã, mas na razão humana.

Parte do pressuposto de que as leis são “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”¹¹², sendo imprescindível “reconhecer relações de equidade anteriores à lei positiva”. Para conhecer as leis da natureza é necessário considerar o homem antes do

ou aceita consensualmente, mas porque corresponde à natureza das coisas”. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 222.

¹¹⁰ O Iluminismo foi um movimento de ideias que visava a estimular “a luta da razão contra a autoridade”, uma filosofia crítica da tradição cultural e institucional que defendia o progresso da vida em todos os seus aspectos, uma mentalidade, uma atitude cultural e espiritual. Destacam Bobbio, Matteucci e Pasquino que os iluministas não eram revolucionários, de modo que Montesquieu reflete sobre as instituições do *Ancien Régime* com o objetivo de racionalizá-las e focalizar, nelas, o grande objetivo de seus funcionamentos, que consiste na garantia da liberdade no retorno ao respeito à Constituição. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 605 e 608). Trata-se de uma “releitura” do passado para valorizá-lo e utilizá-lo, de forma readaptada, ao momento vivido.

¹¹¹ “A Montesquieu se deve, a análise mais ampla e profunda do despotismo, o qual se distingue dos governos não-despóticos pela ausência dos corpos intermediários: ‘O governo monárquico tem uma grande vantagem sobre o governo despótico. Já que sua natureza requer que o Príncipe tenha subordinadas a ele várias ordens conexas com a Constituição, o Estado fica mais firme, a Constituição menos abalável e a pessoa dos governantes mais segura’”. (BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução: João Ferreira. 4. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 14). Ver, também, (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 69). Entenda-se por “corpos intermediários” a nobreza, o clero e as antigas ordens privilegiadas, ordens essas que constituem uma “contra-força” capaz de impedir que o príncipe governe a seu talante, como ensinam BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 929.

¹¹² Gustav Radbruch afirma que “a Filosofia do Direito fundamenta-se, em parte, na natureza humana e, em parte, na natureza das coisas; em parte, sobre a ideia de Direito e, em parte, sobre seu conteúdo. A natureza humana é o fator constante, a natureza das coisas é o fator variável da Filosofia do Direito”. Para elucidar o que vem a ser “natureza”, arrazoia “a natureza das coisas, conceito surgido já na antiguidade, foi transformada em centro de interesse por Montesquieu”, sendo que este concluiu não poder ser o Direito “entendido como uma ordem arbitrária originada por uma cabeça criativa, mas como les rapports nécessaires, qui dérivent de la nature des choses (relações necessárias que derivam da natureza das coisas)...que correspondia às condições físicas da vida, o clima, a qualidade da terra e às manifestações humanas, sob a forma de regime econômico, densidade demográfica, bem-estar, regime de governo, organização militar, religião, costumes e espírito do povo; a repercussão desses fatores sobre o Direito [...]”. RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**: versão eletrônica. Tradução: Jacy de Souza Mendonça. [S.l.], 1965. p. 20 e 65.

estabelecimento das sociedades, o homem no “estado de natureza”, onde todos e cada um se sentem iguais aos outros, sendo a paz a primeira lei natural¹¹³.

Assim como seus antecessores, notadamente Hobbes e Locke, Montesquieu também trata, como se percebe logo no início de sua obra, da diferença e da origem do “estado de natureza” e do “estado de guerra”. Seguindo a mesma esteira de Locke – para quem o estado de natureza é algo bom, positivo e que antecede o estado civil – o estado de guerra começa quando o homem está em sociedade, uma vez que perde o sentimento de fraqueza e a igualdade que existia no estado de natureza desaparece. O sentimento de força da sociedade produz o estado de guerra de nação a nação; o sentimento de força que cada homem tem e o coloca a seu favor para obter vantagens da vida em sociedade gera, entre eles, um estado de guerra. E para evitar tais inconvenientes e transtornos, há leis que regem a relação entre os povos (“direito das gentes”), a relação entre os que governam e os que são governados (“direito político”) e a relação entre todos os cidadãos (“direito civil”), leis estas advindas da reunião das *forças particulares* (que formam o estado político) e da reunião das *vontades particulares* (que forma o estado civil)¹¹⁴.

Eis a importância da lei aos homens: é a razão humana que governa, cuja legitimidade deve ser encontrada na relação das leis a uma série de fundamentos naturais, o que Montesquieu chama de “Espírito das Leis”:

Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra. Devem estar em relação com a natureza e com o princípio do governo que foi estabelecido, ou que se pretenda estabelecer; quer se elas o formam, como é o caso das leis políticas; quer se o mantêm, como é o caso das leis civis. Devem ser relativas ao físico do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; à qualidade do terreno, sua situação e grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. É de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas¹¹⁵.

¹¹³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 11-14.

¹¹⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 15-16.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 16-17.

Lembra Van Creveld a proximidade das teorias de Montesquieu e de Locke, notadamente acerca da importância dos direitos naturais como única restrição ao poder do Estado, pois entende que “O espírito das leis” possui como pano de fundo a reação ao absolutismo e a tentativa de descobrir meios para proteger a sociedade civil contra o poder arbitrário do soberano, elevando “à categoria de princípio primordial da teoria política” a necessidade de defender a propriedade privada¹¹⁶.

E isso resta mais evidente na obra em comento diante da “elevação” realizada por Montesquieu no tocante às formas de governo: até então conhecidas a República e a Monarquia como formas de governo, coube a Montesquieu, pela primeira vez, tratar o Despotismo como uma forma autônoma de governo. O governo despótico é o governo em que não há leis, nem freios, onde o Príncipe funda-se em seus desejos e caprichos, regendo a vida de todos pelo medo. É diante dessa realidade que defendeu a monarquia constitucional, uma monarquia moderada capaz de distribuir o “poder entre as diversas forças sociais, cuja colaboração há de servir para manter a concórdia necessária à convivência civil”¹¹⁷.

Foi Montesquieu, portanto, quem modificou a divisão tradicional das formas de governo e afirmou que o governo pode ser republicano (um conjunto de democracia e aristocracia), monárquico e despótico. Cada uma dessas três formas é regida por um “princípio” que, portanto, condiciona sua conservação e seu funcionamento. O governo popular baseia-se na virtude¹¹⁸ cívica e no espírito público do povo; a monarquia no sentimento de honra; o despotismo, no temor. As formas de governo foram tratadas como relação direta entre o homem e o ambiente, que chega a influenciar a vida política do homem¹¹⁹, exatamente como o “espírito” (princípio) que fundamenta a existência das coisas e da própria lei.

Como se está a tratar de domínio de alguém a/sobre alguém, Hannah Arendt assevera que “já em Platão a teoria das formas de domínio estava ligada à pergunta sobre a melhor forma de domínio”, tendo surgido a partir de então as teses das formas mistas, como de monarquia e república ou aristocracia e república. No entanto, o domínio não pode, por si só,

¹¹⁶ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 257 e 294.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 343 e 559.

¹¹⁸ Montesquieu explica que, numa república, a virtude “é uma coisa muito simples: é o amor pela república; é um sentimento, e não uma série de conhecimentos... Uma vez que o povo possui boas máximas, ele as guarda por mais tempo do que o que chamamos os homens de bem. É raro que a corrupção comece com ele”. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 53.

¹¹⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36 e 487.

ser um objetivo absoluto. Assim posto o tema, compreende que Montesquieu teria chego “à concepção segundo a qual seria menos decisivo para a determinação de um Estado se um, poucos, muitos ou todos ‘dominam’, o que depende muito mais dos ‘princípios’ do agir político que são válidos para dominador e dominados”¹²⁰.

São três os elementos do agir político à filósofa alemã, aos quais ade um quarto que imputa a Montesquieu sua autoria: o objetivo (o que se persegue), a meta (o que se idealiza e se orienta), o sentido (o que revela durante sua execução) e a convicção básica que um grupo de homens compartilha entre si e que desempenham um papel no andamento do agir político¹²¹.

Pietro Costa insere Montesquieu no período que chama de “entre Iluminismo e Revolução”, não deixando de comparar sua teoria a de Locke. Afirma que, para Montesquieu, a lei (natural e civil) é o caminho da liberdade, pois o indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei, sendo esta o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio, eis que a liberdade e a segurança (da pessoa e dos bens) são os valores finais que a lei permite alcançar¹²². Sobre liberdade, Ferrajoli destaca “as liberdades” negativa e positiva, figurando a que definiu Montesquieu como a negativa, como “liberdade-imunidade”:

Il primo tipo di libertà, corrispondente alla cosiddetta libertà negativa, non è una modalità deontica, ma un’aspettativa appunto negativa, cioè una libertà per così dire passiva definita dall’esistenza di una correlativa modalità: del divieto di lesioni o restrizioni o impedimenti in capo ad altri soggetti e perciò di una limitazione della libertà di questi ultimi. Il secondo tipo di libertà, corrispondente alla cosiddetta libertà positiva, è invece una modalità e precisamente una facoltà, cioè una libertà attiva cui non fa riscontro alcuna aspettativa, né positiva né negativa in capo ad altri soggetti. La prima è la libertà-immunità quale «non impedimento» o «non costrizione» assicurata perciò dal divieto in capo ad altri di violarla. La seconda è la libertà-facoltà quale «autodeterminazione o autonomia», consistente perciò nell’assenza di obblighi o divieti che ne vincolino l’esercizio. L’una è quella definita da Montesquieu come «diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono», senza che ad altri sia consentito di ostacolarlo. L’altra è quella definita da Rousseau come «obbedienza alla legge che ci si è prescritta», senza che altri pretenda di imporci la propria¹²³.

¹²⁰ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução: Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 70.

¹²¹ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução: Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 51.

¹²² COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica.** Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 103.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia: teoria del diritto.** Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 1, p. 157-158.

Essas lições de Ferrajoli consideram, por certo, a compreensão de Montesquieu de que liberdade política não consiste em se fazer o que se quer, pelo contrário, em um Estado onde há leis, a liberdade somente pode consistir em poder fazer “o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”, do que se concluiu, em Montesquieu, que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”¹²⁴.

Após longa e profunda abordagem acerca dos governos republicano, monárquico e despótico, fundamentando sua teoria naquilo que denominou “princípios” de cada espécie de governo (à república, a virtude; à monarquia, a honra; ao despotismo, o temor), Montesquieu vai moldando e preparando o leitor a compreender que “quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa”, com claro intuito de limitar a atuação do governo à lei, até mesmo aos governos monárquicos aos quais leciona não ser “belo” e “sensato” o príncipe julgar: “nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”¹²⁵.

A medida em que se aproxima da sua mais conhecida teoria – a da separação/divisão do poder – Montesquieu preocupa-se em embasar, empiricamente, seus próprios fundamentos. Ao estabelecer diversas situações estruturantes do Estado, o autor vai apresentando afirmações acerca do que está tratando e, ao mesmo tempo, apresentando situações fáticas que servem para comprovar a veracidade do que defende.

Ao tratar, por exemplo, do poder das penas (Capítulo XII do Livro VI), Montesquieu afirma que um governo violento institui penas mais duras a fim de corrigir o mal imediatamente. Diz, ainda, que o legislador vê apenas aquele mal que pretende combater e, corrigido dito mal, não mais se percebe da dureza da pena que criou. A consequência disso é que as pessoas teriam se acostumado com o despotismo. Para comprovar sua assertiva, narra fato envolvendo Lisandro ao vencer batalha contra os atenienses.

¹²⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

¹²⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 87. Sobre quem deve julgar, Montesquieu afirma que “nos Estados despóticos, o próprio príncipe pode julgar. Não o pode nas monarquias: a constituição seria destruída... o temor tomaria todos os espíritos; ... não mais confiança, não mais honra, não mais amor, não mais segurança, não mais monarquia” (p. 89).

Noutra passagem – de tantas que poderiam ser trazidas à lume – Montesquieu afirma que a monarquia se perde quando um príncipe acha que demonstra melhor seu poder mudando a ordem das coisas do que seguindo-a. E para, de uma certa forma, comprovar sua concepção, utiliza os exemplos ingleses de Carlos I e Filipe II.

Estas passagens históricas trazidas por Montesquieu servem, salvo melhor juízo, para conduzi-lo, juntamente com o leitor, a poder afirmar que a Monarquia moderada por ele defendida – o Estado, de uma certa forma – deve se ater ao respeito absoluto à lei. Para que esse engendramento exista e seja levado a efeito, deve existir em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo (pelo qual o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas), o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (faz-se a paz ou a guerra, envia-se ou recebe-se embaixadas, instaura-se a segurança, previne-se invasões) e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil (pelo qual se castiga os crimes ou se julga as querelas entre particulares), este último intitula poder de julgar (Capítulo VI do Livro XI).

Ferrajoli assevera que a noção de divisão de poder é uma questão extremamente complexa e a expressão mostra-se polissêmica. Partindo da sugestão investigativa de Michel Troper e de Riccardo Guastini, o jus-filósofo italiano apresenta os “sentidos” de “divisão de poderes” e de “partilha de poder”, ressaltando ser diversa a concepção tanto da palavra “divisão”, quando da palavra “poder”. Na primeira, “divisão” significa “separação” e a palavra “poderes”, utilizada no plural, designa diferentes funções atribuídas às instituições diferentes; na segunda, “divisão” significa “distribuição” e a palavra “poder”, utilizada no singular, refere-se a mesma função atribuída a uma única instituição. No primeiro sentido, a fórmula expressa a separação clássica formulada por Montesquieu dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Na segunda, corresponde ao princípio de freios e contrapesos, ou seja, a distribuição entre os indivíduos da mesma linha¹²⁶.

Comparando a obra de Montesquieu à de Hamilton (“Federalista”), Matteucci afirma não haver diferença substancial entre ambas. No entanto, um novo argumento pode ser adido a fim de garantir a independência do poder judicial: se a constituição é rígida, o poder legislativo é limitado e tais limitações tornam-se eficazes por meio dos tribunais de justiça. Explica: “Esto no significa que el poder judicial sea superior al poder legislativo; significa sólo que el poder legislativo, que tiene una autoridad delegada, no puede actuar en contra del

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*: teoria del diritto e della democrazia: teoria del diritto. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 1, p. 863-864.

acto de delegación, dado que los representantes del pueblo no son superiores al pueblo mismo”¹²⁷.

Merece transcrição, diante da importância histórica, política e jurídica, o trecho da obra de Montesquieu no qual a divisão/separação de poderes é, por assim dizer, definida:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares¹²⁸.

Resta evidente que a proposta de Montesquieu objetiva frear o poder régio, até mesmo como pensando no posicionamento aristotélico de que, como é natural a tendência de acúmulo de poder, o poder é tanto menos despótico quanto mais limitado a outro poder, exatamente como destaca Ferrajoli: é a principal razão da separação de poderes indicada por Montesquieu¹²⁹. Nesta mesma linha de raciocínio, Dworkin chega a afirmar que um Estado somente possuirá verdadeiramente “legal rights” se possuir um mínimo, uma versão embrionária da proposta de Montesquieu quanto à separação de poderes¹³⁰.

Todos esses posicionamentos influenciaram, ao certo, Jean-Jacques Rousseau, que antecedeu à quebra do regime antigo, o “Ancien Régime”, e influenciou definitivamente os revolucionários/reformadores franceses. Seria ele o “pai da revolução”¹³¹, autor de novas concepções de vida, o homem que mais fez pelo início da “Grande Transformação”¹³².

¹²⁷ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 215.

¹²⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168. Capítulo VI do livro XI.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia: teoria della democrazia. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 2, p. 213.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 405.

¹³¹ DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 165.

¹³² Termo cunhado por Van Crevelde para destacar a importância de Rousseau ao porvir do Estado Moderno, um Estado em que o sentimento de nacionalismo de nacionalismo se acentuou e fez com que ele, o Estado, “transforma-se de meio em fim e de fim em deus”. VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 272 e 371.

É Foucault quem afirma ser o sonho de Rousseau “uma sociedade transparente”, não mais havendo “zonas obscuras, zonas reguladas pelos privilégios do poder real, pelas prerrogativas de tal ou tal corpo ou pela desordem”, onde cada uma possa “ver o conjunto da sociedade” e “que os corações se comuniquem uns com os outros, que os olhares não encontrem mais obstáculos, que a opinião reine, a de cada um sobre cada um”¹³³.

Rousseau afirmava e acreditava na inata bondade do ser humano, que as pessoas são basicamente boas, porém corrompidas pela civilização. No estado natural não seriam tão propensos à maldade que a sociedade autoritária apresenta: é a ideia rousseauiana do “bom selvagem”¹³⁴, da “volta à natureza’ como meio de libertar o homem dos males pelos artificialismos sociais e de reconduzi-lo à bondade original”¹³⁵, o estado de natureza onde se encontra “o homem livre, com o coração em paz e o corpo de boa saúde”¹³⁶, a ideia de se rebelar contra a sociedade de sua época e, a partir dela, repensá-la, reorganizá-la.

Partindo da compreensão acerca do homem, Rousseau afirma que o estado natural não é o da vida em sociedade, de modo que esta somente pode advir de um livre contrato entre seus membros. É possível deduzir, a partir dessa constatação, que as normas que regem a vida social e política são expressões da vontade dos contratantes e a autoridade deriva de uma concessão dos súditos, uma verdadeira delegação do povo, porém, permanecendo consigo – para com o povo – a titularidade do poder.

Diante das premissas destacadas pelos jus-filósofos que antecederam Rousseau, notadamente diante dos fundamentos jusnaturalistas, compreendia-se o estado de natureza como um estado de liberdade, porém, que levava à guerra de todos contra todos. Já o estado civil era um estado de paz e segurança, porém, admitia a obediência dos súditos até a opressão. A questão era, para Rousseau, como conciliar os benefícios da sociedade civil sem perder os da sociedade natural.

Fazendo-se uma comparação entre a abordagem de Rousseau e a de Hobbes, Hobbes optou pelo estado civil e pela servidão, já que seria preferível aos homens submeterem-se à obediência a um soberano para saírem/evitarem a anarquia. Para que isso viesse acontecer, Hobbes concebeu um pacto social de renúncia e de submissão, até mesmo diante da ideia fundamental deste pacto que era a renúncia, por parte do homem, de todos os seus direitos e a

¹³³ FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**: versão eletrônica. 2011. p. 118.

¹³⁴ MARINOFF, Lou. **Mais Platão, menos Prozac**: filosofia aplicada ao cotidiano. Tradução: Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 110.

¹³⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 875.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 274.

consequente atribuição destes a um terceiro, a quem conferia o poder de comandar e a quem se submeteria.

Para Rousseau, porém, seria perfeitamente possível conciliar a liberdade do estado de natureza com a segurança do estado civil; conciliar estado com liberdade era sua busca e sua proposta concretizadora foi apresentada por meio de um novo pacto, de um novo contrato social pelo qual se daria a passagem de um estado de liberdade e de guerra a um estado de paz e liberdade, sendo esta – a liberdade – mais plena e acentuada que antes. A renúncia por meio do contrato não seria destinar os poderes a um terceiro, mas para si mesmo: o indivíduo, considerado singularmente, renuncia para si mesmo, como membro de uma totalidade, permanecendo a liberdade natural acentuada pela ideia de liberdade civil.

Como afirma Atienza, Rousseau distinguiu o estado de natureza do estado civil, da sociedade civil, por compreender que “el hombre no puede ser al mismo tiempo libre y esclavo, lo que llevó a Rousseau a distinguir entre el estado de sociedad civil (en que el hombre aparece encadenado como consecuencia, sobre todo, de la invención de la propiedad privada) y el estado de naturaleza (en que el hombre es ciertamente un ser libre)”¹³⁷.

Citando o trecho da obra “Do contrato social”, de Rousseau, no qual este afirma ser necessário “encontrar uma forma de associação que defenda e apoie com toda a força coletiva a pessoa e os bens de cada um dos membros e por meio do qual cada um, unindo-se a todos, obedeça somente a si mesmo e permaneça livre como antes”, Bobbio lembra-se da oração “cada um oferecendo-se a todos não se oferece a ninguém” e lembra o sentido da expressão “liberdade” para o filósofo francês:

Para compreender esse trecho de Rousseau é preciso levar em conta que, nas expressões ‘liberdade natural’ e ‘liberdade civil’, o termo ‘liberdade’ tem dois significados. A ‘liberdade natural’ é liberdade no sentido de ausência de leis, de estado isento de leis; a ‘liberdade civil’ é liberdade no sentido de submissão somente àquelas leis que cada um dá a si mesmo. O homem natural é livre porque não tem leis; o homem civil é livre porque obedece somente às leis que dá a si mesmo. Se identificamos a faculdade de fazer leis para si mesmo com o conceito de ‘autonomia’, poderemos dizer que o homem no estado civil é livre porque é autônomo¹³⁸.

O pensamento de Rousseau evidenciou a necessidade de se alterar a concepção de soberania, não mais como aquela nas mãos do Príncipe, mas uma nova nas mãos do seu verdadeiro detentor, o povo. É dizer, na linha proposta por Foucault, que no pensamento

¹³⁷ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 60.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 74.

rousseauiano encontrado na obra “Contrato social” “o problema será: como se pode formular, com noções tais como natureza, contrato, vontade geral, um princípio geral de governo que substitua tanto o princípio jurídico da soberania, quanto os elementos através dos quais se pode definir e caracterizar uma arte de governo”¹³⁹.

Na obra desenvolvida por Jürgen Habermas e John Rawls “Debate sobre el liberalismo político”, Fernando Vallespín a introduz questionando quais seriam os problemas da teoria moral e política, afirmando ser fundamental buscar um ponto de acordo sobre os fundamentos da associação política. Calca-se, assim, na tradição contratualista, fincada no consentimento individual de todos os cidadãos e atribui a Hobbes, Locke, Rousseau e Kant concepções baseadas no que chama de “legitimidade racional moderna”¹⁴⁰: “sólo son legítimos aquellos principios que puedan ser racionalmente aceptados por todos los ciudadanos a los que han de vincular”.

Percebe Vallespín que a relação indivíduo-comunidade merece atenção, justamente por compreendê-la como imprescindível à existência de todos. Enfatiza, diante disso, a conexão entre indivíduo e comunidade e como isso afeta a interação entre liberdade e democracia, de um lado, e direitos individuais, de outro:

Tanto Rawls como Habermas creen haber conseguido <superar> la distinción entre la <libertad de los antiguos> y la <libertad de los modernos>, entre las dimensiones <positiva> y <negativa> de la libertad. O, lo que es lo mismo, entre las tradición liberal asociada a Locke, que privilegia las libertades de pensamiento y conciencia y algunos derechos fundamentales de la persona, como el de propiedad y de asociación; y la tradición democrática, representada por Rousseau, donde la prioridad se otorga a las libertades políticas iguales y a los valores de la vida pública en general. Aquí veremos que vuelven a reaparecer las discrepancias sobre el equilibrio apropiado entre los valores del procedimiento y los valores sustantivos o de fondo¹⁴¹.

Creditando a Rawls a concepção de justiça como equidade (concepção política da justiça que a torna independente de conteúdos religiosos ou filosóficos, de modo que rechaça suas articulações com concepções metafísicas ou ontológicas), Carlos María Cárcova ratifica

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**: versão eletrônica. 2011. p. 170.

¹⁴⁰ Cárcova apresenta sucinta indicação do que chama de “fundamentos da racionalidade moral”, notadamente afirmando haverem variado de maneira substancial na história moderna da filosofia prática. E por mencionar expressamente todos os autores que antecederam estas páginas, crê-se merecer transcrição, em tradução livre: em Hobbes e na subsequente tradição utilitarista, predominou a ideia de cálculo e de conveniência; em Locke a suposta objetividade do direito natural; em Rousseau a vontade geral e a autonomia da soberania do povo; e em Kant uma pura instância de razão prática. CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 245.

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. p. 15.

a distinção entre os valores de liberdade e de igualdade para Locke (liberdade dos modernos, ou negativa) e para Rousseau (liberdade dos antigos, ou positiva), propondo dois princípios de justiça que devem guiar esses valores tradicionalmente contrapostos: “1) toda persona tiene derecho a un régimen de libertades básicas iguales para todos, 2) las desigualdades socio-económicas sólo pueden admitirse si están ligadas a funciones o empleos abiertos a todos en igualdad de oportunidades y se constituyen en beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad”¹⁴².

Nessa clara relação valorativa entre moral, política, direito e estado, a obra de Rousseau aponta para o Direito como um produto da vontade geral da nação, não mais atrelado àquele jusnaturalismo dos Séculos XVII e XVIII que, segundo Atienza, tentaram seus defensores construir uma jurisprudência universal fundada em princípios de um modelo dedutivo:

A este ideal de jurisprudencia universal se opusieron tres tesis: la de Hobbes (el derecho no es expresión de la razón, sino de la voluntad soberana), la de Montesquieu (las leyes son expresión de la razón, pero relativas a un medio social, a una época histórica, etc.) y la de Rousseau (el derecho es producto de la voluntad general de la nación), que confluyeron en la revolución francesa y determinaron la nueva concepción del derecho y del razonamiento jurídico, que surge de allí. En efecto, con la Revolución francesa (y el subsiguiente Código de Napoleón) tienen lugar una serie de cambios fundamentales: el derecho se entiende como el conjunto de leyes que son expresión de la soberanía nacional; aparecen sistemas jurídicos bien elaborados; el papel de los jueces se reduce al mínimo, y se establece la obligación de motivar las sentencias, las cuales pasan a ser también objeto de conocimiento público¹⁴³.

É bem verdade que a obra de Rousseau exalta o estado de natureza como condição perfeita do gênero humano. No entanto, desde a Antiguidade, a ausência de necessidade de governo e de leis diante da obediência aos mais sábios, certamente influenciada pelo progresso, fez com que a avidez e a corrupção humanas provocassem um processo contrário, qual seja, tornou-se necessária a instituição do Estado.

A exaltação do estado de natureza encontrou sua expressão máxima na obra de Rousseau. Opondo-se a Hobbes, Locke já havia considerado o estado de natureza como um estado de perfeição, de perfeita liberdade. Mas foi Rousseau quem mais exaltou a perfeição do estado de natureza, argumentando que nessa condição o homem obedece apenas ao instinto.

¹⁴² CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 243.

¹⁴³ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 63.

Não se pense que Rousseau defendia a manutenção do estado de natureza. Pelo contrário, defendia clara e expressamente a soberania popular, em estado civil, sociedade civil subordinada à lei que representava a vontade geral, como visto. Para Rousseau, os direitos que o jusnaturalismo atribuirá aos indivíduos pertencem apenas ao cidadão, este considerado como o homem que perde, com o contrato social, sua liberdade e o direito ilimitado a tudo e que ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui, ou seja, só a obediência à lei é liberdade¹⁴⁴.

Soberanía no quiere decir que el rey o el pueblo puedan hacer cualquier cosa, sino que <ningún individuo, ninguna facción, ninguna asociación particular puede arrogarse la soberanía, si ésta no se le delega. Pero de esto no deriva que la universalidad de los ciudadanos, o los que están investidos de la soberanía, puedan disponer soberanamente de la existencia de los individuos>. Así están claramente situados los límites jurídicos a la soberanía, dado que el pueblo sólo puede ejercitarla en los límites y en las formas de la constitución, la cual, además, limita los poderes delegados, mientras la soberanía del pueblo encuentra un límite infranqueable en los derechos del individuo¹⁴⁵.

Diante desse encadeamento histórico que se fundamentou na necessidade de profundas mudanças e que resultou no nascimento do Estado Moderno, os “freios e contrapesos” sociais se digladiaram ferozmente a tal ponto de fazerem eclodir uma revolução. A burguesia foi a mais reticente, a mais relutante à história, chegando a defender o despotismo, porém, moderado.

Foi essa burguesia que desejava uma limitação do poder monárquico com base no saber, na filosofia, na técnica, na administração pública, sobretudo reclamando de uma constituição: “o rousseunismo da burguesia no final do Século XVIII... era exatamente uma resposta ao historicismo dos outros sujeitos políticos que lutavam nesse campo da teoria e da análise do poder”, de modo que “ser rousseuniano, apelar precisamente ao selvagem, apelar ao contrato, era escapar a toda essa paisagem que era definida pelo bárbaro, por sua história e por suas relações com a civilização”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 702; 603-604.

¹⁴⁵MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 258.

¹⁴⁶Foucault afirma ser preciso desvencilhar-se do modelo do Leviatã (um modelo de um homem artificial, autômato, fabricado e unitário) – e onde aparece Rousseau – e estudar o poder fora dele, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado. Para o filósofo francês, a questão do poder, do domínio, foca-se na teoria jurídico-política da soberania da Idade Média, fundamentada na reativação do Direito Romano em torno da monarquia e do monarca. A um, a teoria da soberania se referiu a um mecanismo de poder efetivo, que era o da monarquia feudal. A dois, ela serviu de instrumento e de justificação à constituição das grandes monarquias administrativas. A três, no momento das guerras de

Rousseau, então, após tratar da vontade geral, da alienação dos direitos individuais à comunidade, da liberdade como obediência à lei, do usufruir dos direitos somente na condição de cidadão, da lei como fenômeno capaz de evitar o despotismo, do contrato social como o mantenedor da ordem e da paz, chega à instituição do governo, que não se dá por contrato, mas por estabelecimento da lei e por sua execução, lembrando que os depositários do poder executivo não são os senhores do povo, mas seus oficiais: “sendo todos os cidadãos iguais pelo contrato social, o que todos devem fazer podem todos prescrevê-lo, mas ninguém tem o direito de exigir que outro faça o que ele mesmo não faz; e é propriamente esse direito, indispensável para avivar e mover o corpo político, que o soberano outorga ao príncipe, instituindo o governo”¹⁴⁷.

A partir daí já se estará a tratar do Estado Moderno, do Estado que pode e dever ser “estudado em si mesmo, em suas estruturas, funções, elementos constitutivos, mecanismos, órgãos etc., como um sistema complexo considerado em si mesmo e nas relações com os demais sistemas contíguos”¹⁴⁸; do Estado Contemporâneo, não mais aquele confundido com a família, com a sociedade. O Estado, aqui, na concepção de sociedade política organizada, como um produto voluntário dos indivíduos, com poder hierárquico único, absoluto, poder jurídico para fins jurídicos, indivíduos “que com um acordo recíproco decidem viver em sociedade e instituir um governo”¹⁴⁹. A superestrutura em relação à sociedade pré-estatal, que é o lugar onde se formam e se desenvolvem as relações materiais de existência¹⁵⁰.

Religião, a soberania foi uma arma utilizada tanto para fortalecer, quanto para limitar o poder régio. A quatro, por fim, no findar do Século XVIII, em Rousseau, mantém-se essa mesma ideia de soberania, entretanto, contras as monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas, no momento de construir um modelo alternativo, o das democracias parlamentares. E é esse o papel que a teoria da soberania, do poder, ainda representa no momento da Revolução. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41, 42 e 252.

¹⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 89 e 91.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 55.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 64.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 740. Trata-se, aqui, da concepção de Marx acerca do Estado, considerando-o como o conjunto das instituições políticas onde se concentra a máxima força imponente e disponível numa determinada sociedade – superestrutura – que desaparecerá na futura sociedade sem classes.

2.2 A Administração Pública e a Legalidade nos Modelos de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito

As linhas precedentes enfatizam o rumo tomado e o foco mirado: o governo das leis em detrimento ao governo dos homens¹⁵¹. Engendrou-se a racionalização do poder do soberano explicitada pela “contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei”¹⁵², pela limitação do exercício do poder que se deu por meio de uma espécie de acordo, de um contrato, de uma convenção entre os indivíduos que compunham a sociedade e decidiram organizá-la para melhor viver.

O Estado de Direito é um Estado Constitucional, pois pressupõe a existência de uma constituição que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. E os direitos não pairam abstrata e eternamente com o mesmo conteúdo, eis que sofrem modificações e se adaptam às novas realidades históricas.

O Estado caracteristicamente moderno adota como normal a forma política correspondente ao sistema representativo, pelo qual seu governo é expressado pelos representantes do povo, na vontade do povo. “Es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional, en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres”¹⁵³.

O Estado de Direito objetiva a proteção das pessoas frente à arbitrariedade da Administração, e a organização estatal passa a se submeter à liberdade da sociedade, dentro de um primado estabelecido pela lei. Contudo, algo mais interessa além desta roupagem institucional normativa que o estabelece, pois para além da legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referenda um conjunto de direitos fundamentais que constituem o seu conteúdo jurídico. Canotilho corrobora este entendimento, ditando:

O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da

¹⁵¹ “O Governo... deveria ser não o Governo dos homens, mas o Governo das leis. Lei esta que, na visão de Locke, seria o grande instrumento e meio para se alcançar a formação da sociedade e o desfrute da propriedade em paz e segurança. Sob a premissa do ‘reino das leis’ ou de que ‘o Direito tem de expressar-se precisamente por meio de leis’, a norma jurídica seria válida não por ser justa, mas, apenas, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa”. GUERRA, Sérgio. **Discrecionabilidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 39.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **Liberdade e democracia**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 14.

¹⁵³ PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 32.

actividade do estado. Ao <<decidir-se>> por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito¹⁵⁴.

Touraine, a fim de fundamentar a concepção de democracia, assevera que a formação do Estado está ligada ao aparecimento da categoria social, ou seja, a sociedade passa a ser “feita de relações sociais, de atores sociais definidos... por suas orientações culturais, seus valores e por suas relações de conflito, cooperação ou compromisso com outros atores sociais”, de modo que a partir desse momento a democracia pode ser definida “[...] não como a criação política da sociedade, mas como a penetração do maior número de atores sociais, individuais e coletivos, no campo das decisões”: “[...] a base da democracia é realmente a limitação do poder do Estado e os defensores da liberdade negativa têm razão diante daqueles que deixaram a luta pelas liberdades positivas destruir os fundamentos institucionais da democracia”¹⁵⁵.

Este mesmo Estado moderno cria grandes corpos burocráticos ou administrativos adequados às funções que há de desempenhar. Assume tarefas mais complexas que as da fase anterior e origina corpos jurídicos modernos, quer dizer, Direito no sentido atual da palavra.

Está fundamentado na intensa batalha contra as imunidades do poder régio e moldado pelo liberalismo¹⁵⁶; institucionalizou-se com as Revoluções Liberais, notadamente a da Inglaterra do Século XVII e a da França do fim do Século XVIII, cujos ideais dos movimentos revolucionários se fundamentavam na juridicidade, de claros e expressos limites de atuação do poder cujo nome já indica: o Estado é de Direito.

[...] a festejada Revolução Francesa, ocorrida em 1789, derrotou as tradições jurídicas do Absolutismo e do *ancien régime*, e materializou a filosofia política insculpida, notadamente, por John Locke e Montesquieu, que buscava a preservação da liberdade individual e a segurança do território. A liberdade individual decorria desse *nouveau régime*, essencialmente, do primado da lei geral e abstrata¹⁵⁷.

¹⁵⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 239.

¹⁵⁵TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 41-42.

¹⁵⁶NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 37. Touraine, na mesma senda, destaca que “o pensamento liberal tende a reforçar a separação dos poderes”, eis que à autonomia dos setores da vida social “devem constituir outras tantas esferas de justiça”, de modo que “a liberdade dos indivíduos baseia-se nessa separação ou diferenciação dos subsistemas”. TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 50.

¹⁵⁷GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 37.

Na senda da luta contra as imunidades do poder, tratando do Estado de Direito, Eduardo García de Enterría esclarece que a ideia de submeter o Poder a um juízo no qual qualquer cidadão possa exigir-lhe justificações de seu comportamento diante do Direito é uma ideia que surge do Estado montado pela Revolução Francesa, baseado em duas premissas: o princípio da legalidade e o princípio da liberdade como garantia jurídica¹⁵⁸.

El paradigma liberal mantiene una comprensión individualista de la sociedad, en la que ésta se entiende formada únicamente por individuos. La sociedad y el Estado se conciben como sistemas enfrentados y opuestos. Por otra parte, el Estado debe limitarse a garantizar unas condiciones mínimas de libertad y de seguridad, sin intervenir en el funcionamiento espontáneo de la sociedad que tiene lugar a través del mecanismo del mercado. De este modo, se considera que la sociedad, por sí sola, dará lugar al mejor de los órdenes posibles. La libertad es el valor más importante. En última instancia, se trata de «proteger a la sociedad del Estado», de limitar la actuación de éste, lo que se consigue a través de mecanismos jurídicos como el principio de legalidad, las declaraciones de derechos y la separación de poderes. La idea de justicia liberal se reduce a la igual distribución de derechos, sin tener en cuenta las diferentes condiciones materiales de las personas. En mi opinión, en el fondo del paradigma liberal se encuentra la garantía de la libertad y –sobre todo– de la propiedad privada¹⁵⁹.

Os direitos naturais, considerados como inalienáveis, imprescritíveis, permanentes, anteriores à Constituição e dotados de eficácia *erga omnes*, vão se positivizar nos grandes textos constitucionais surgidos com as revoluções do fim do Século XVIII, máxime nos Estados Unidos e na França. Assim dá-se a positivação dos direitos naturais nas declarações fundamentais que os proclamam e lhes garantem a eficácia. É nesta linha que Jorge Miranda aponta serem as funções das Constituições liberais o garantir os direitos fundamentais e a limitar os poderes do Estado (da administração): “o Estado é o *resumo*, o ponto de condensação das contradições da sociedade; e daí que o político em geral se aproxime do estadual. Por outras palavras: o *estado político* exprime, nos limites da sua forma, todos os combates, necessidades ou interesses sociais”¹⁶⁰.

Mesmo nesses primórdios da concepção de Estado, a figura do *poder* sempre apareceu como uma complicadora da própria existência e manutenção do Estado, considerando-se principalmente a tendência (humana) de exacerbação do seu uso e gozo, notadamente no

¹⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo:** poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974. p. 13-15.

¹⁵⁹ MELERO ALONSO, Eduardo. La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. **Revista de Ciencias Sociales** – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Chile, n. 51, p. 22, 2006.

¹⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 164.

distanciamento entre as reais necessidades de muitos e os interesses oblíquos e pessoais de poucos: “o problema de pôr limites à imunidade jurídica dos poderes públicos atravessa inteiramente a história do estado moderno”¹⁶¹.

Cyril Lynch realiza uma interessante análise das obras de Maquiavel e de Locke no que diz respeito à discricionariedade do poder régio e a proposta do pensador inglês à superação deste inconveniente. Com efeito, destaca que a república – um dos três tipos puros de governo, ao lado da monarquia e da aristocracia – deveria encontrar meios de conter o poder discricionário do príncipe de modo que este o exercesse pelo período necessário e que fosse realmente temporário, “cessando quando conjurados os perigos”, sob pena de o poder discricionário tornar-se tirânico:

No entanto, a reflexão que melhor corresponderia à realidade futura da discricionariedade regulada nos Estados de direito democrático... foi aquela desenvolvida por Locke no segundo de seus tratados sobre o governo. A primeira diferença é de linguagem: em vez de exprimir-se na linguagem da virtude republicana ou do jurismo dos defensores da “antiga constituição”, Locke se expressou através do jusnaturalismo contratualista... A segunda residiu no móvel de suas preocupações: ele não estava interessado na república e não indagou sobre as condições apropriadas de sua fundação e conservação. Em vez disso, buscou justificar o estabelecimento de limitações ao poder da monarquia, voltando contra ela o conceito de soberania popular e reconceitualizando a noção de representação política, a fim de submeter a Coroa aos desígnios da maioria parlamentar¹⁶².

Conectando democracia e os imprescindíveis limites ao poder régio, Touraine afirma haver três tipos principais de democracia, de acordo com a posição predominante de uma ou outras de suas esferas:

O *primeiro* tipo dá uma importância central à limitação do poder do Estado pela lei e pelo reconhecimento dos direitos fundamentais... Essa concepção liberal da democracia adapta-se facilmente a uma representatividade limitada dos governantes, como se viu no momento do triunfo dos regimes liberais no Século XIX...O *segundo* tipo dá a maior importância à cidadania, à Constituição ou às ideias morais ou religiosas que garantem a integração da sociedade e fornecem um sólido fundamento para as leis. Aqui, a democracia progride mais pela vontade de igualdade do que pelo desejo de liberdade...Enfim, o *terceiro* tipo insiste mais na representatividade social dos governantes e opõe a democracia – que defende os interesses das

¹⁶¹ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Tradução: Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 144.

¹⁶² LYNCH, Christian Edward Cyril. A formação do Estado moderno e o lugar da excepcionalidade na filosofia política clássica: a ditadura em Maquiavel e a prerrogativa de Locke. In: LIMA Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 141-143.

categorias populares – à oligarquia, quer esteja associada a uma monarquia definida pela posse de privilégios, ou então à propriedade do capital¹⁶³.

A fim de conceder ao Estado essa versão que hoje se conhece, devidamente organizado, estruturado, pautado em normas de conhecimento prévio e acessíveis a todos, no Século XIX desenvolve-se o “Estado de Direito” ou, segundo a expressão alemã, o *Rechtsstaat*. O Estado de Direito, ou o Estado submetido ao regime de Direito, se distingue do Estado Absoluto (característico do Século XVII) – *Polizeistaat* – exatamente na questão atinente à eliminação das arbitrariedades por meio de limites impostos a todos, limites que se encontram no Direito¹⁶⁴, especificamente, na lei.

O conceito de Estado de Direito Liberal surge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado à concreção do ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade¹⁶⁵ – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a divisão dos poderes ou funções e a garantia dos direitos individuais¹⁶⁶.

Resta evidente a sujeição absoluta do regramento jurídico à lei, apresentando-se como principais características o princípio de legalidade, a competência, a hierarquia normativa e a reserva de lei. “La potestad reglamentaria se considera como una potestad administrativa, sometida plenamente a la ley y al derecho”¹⁶⁷.

As ações do Estado, sobretudo no exercício de suas funções tipicamente executivas, pressupõem permanente tensão entre a liberdade dos indivíduos e a ordem jurídica, entre os direitos individuais e o atuar administrativo, entre o interesse individual e o interesse público, entre, enfim, o Direito e o Poder.

Bercovici afirma que o Estado passou a ser objeto privilegiado de estudo da doutrina publicista europeia, notadamente “a partir da implementação do método exclusivamente

¹⁶³ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 46-47.

¹⁶⁴ Parafrazeando Bonavides, Bolzan de Moraes destaca que o Estado de Direito nasce da oposição histórica e secular na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 41.

¹⁶⁵ “La idea esencial es la de la libertad y de los derechos, como se expresará con toda nitidez en el documento revolucionario inaugural, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. He aquí cómo, sobre la base de la doctrina rousseauiana de la Ley, se va a crear posible articular el poder de todos con la libertad de todos a través de la idea mágica del <reino de la Ley>, una Ley creada por todos y cuya función es articular entre sí las libertades de todos y garantizarlas de manera efectiva”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6. ed. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2009. p. 78.

¹⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência política & Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 94.

¹⁶⁷ MELERO ALONSO, Eduardo. La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. **Revista de Ciencias Sociales** – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Chile, n. 51, p. 24, 2006.

jurídico..., buscando compreender toda a esfera da política e sua dinâmica em formas jurídicas”:

A ideia predominante na doutrina política europeia do Século XIX era a da supremacia da lei. A lei era entendida como proveniente da Nação, representada no Parlamento. A lei garantia os direitos e deveria ser obedecida também pelo Estado, personificação jurídica da Nação, que se configurava em Estado de Direito, ou seja, o Estado que obedece ao direito posto por este mesmo Estado¹⁶⁸.

O fundamento é o de que nenhum poder estatal é incondicionado. Daí, buscando-se o cumprimento do Direito, da lei e dos princípios constitucionais informadores da administração pública, a função de controle se impõe para limitar o poder dos entes estatais, os quais não são livres para agir, mas não podem deixar de agir quando, como, onde e nos limites que a lei – o Direito – fixar.

A obra revolucionária francesa, cujo programa transformador queria tomar corpo em um texto jurídico supremo... visou a edificar uma Administração Pública racional, uniforme e coerente, formulando os princípios da filosofia política que permaneceram como base ulterior: o primado da lei, a separação das autoridades administrativas e judiciais, o liberalismo político, a igualdade entre os cidadãos e a igualdade destes perante a Administração e o liberalismo econômico¹⁶⁹.

No entanto, essa imposição de cumprimento do Direito – entendido como ordenamento jurídico, lei e justiça – essa *limitação* imposta pelo direito à administração nem sempre foi assim. O princípio da legalidade, como hoje é conhecido e aplicado no dia-a-dia administrativo, não se fundamentou instantaneamente, pelo contrário, passou por longo período de maturação.

Somente com o advento do Estado de Direito é que se pode afirmar que o Direito passou a informar o atuar do Estado. Entretanto, mesmo no Estado de Direito, nem sempre a administração se autolimitou substancialmente, materialmente ao Direito (inicialmente, havia mera imposição formal do Direito), porque muitos matizes e influências acabaram por formatar esse modelo de Estado: de Estado legal a Estado de Direito muito se passou.

Destaca Santanna que a ausência de uma clara separação entre o Estado e a pessoa do Rei conduzia a uma forte insegurança jurídica, o que se acentuava pelos mandos e desmandos,

¹⁶⁸ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 327.

¹⁶⁹ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 38.

por ações arbitrárias por parte deste mesmo Rei em detrimento aos indivíduos e aos interesses coletivos. Desse modo, a limitação e a retirada dos poderes régios em prol dos indivíduos passou a ser a grande meta do neófito Estado de Direito liberal¹⁷⁰.

Todo el poder público va a concebirse, a partir de ahora, como una aplicación de la Ley, único instrumento que puede exigir obediencia, única fuente de cualquier posible restricción de la libertad originaria, único instrumento de construir y sostener la igualdad entre todos los ciudadanos, único medio de garantizar los derechos de éstos y de hacerlos efectivos¹⁷¹.

A noção de Estado de Direito “como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico é atribuída a tarefa de ‘garantir’ os direitos individuais, refreando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária”¹⁷², começou a ser desenvolvido na Alemanha, ainda no Século XVIII. “É exatamente na Alemanha que, no decorrer do século XIX, a expressão ‘Estado de Direito’ sai da ‘pré-história’ e entra oficialmente na ‘história’, tornando-se objeto de uma elaboração que exercerá uma forte (mesmo que tardia) influência na cultura jurídica [...]”¹⁷³.

Em um primeiro grande momento de seu surgimento, de viés fortemente liberal, cuja fonte do Direito era apenas o Poder Legislativo¹⁷⁴, a teoria do Estado de Direito contrapõe-no ao Estado Absolutista, notadamente na busca de defesa e efetivação, por parte do Estado, dos direitos fundamentais e da separação dos poderes. “Apelar-se ao Estado de Direito pode servir, conforme os pontos de vista, para opor a liberdade ao totalitarismo, ou para reivindicar a importância dos direitos ou, ainda, para exaltar a autonomia dos indivíduos [...]”¹⁷⁵. São notas essenciais do Estado de Direito Liberal:

¹⁷⁰ SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 30-31.

¹⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6. ed. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2009. p. 67.

¹⁷² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

¹⁷³ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 117.

¹⁷⁴ “Um dos principais aspectos do constitucionalismo do Século XVIII na França, era, como dito, a lei, sendo expressamente vedada sua delegação. O Estado oferecia uma moldura puramente formal, dentro da qual a sociedade vivia seu próprio dinamismo espontâneo, pela própria concorrência indefinida das liberdades de seus membros. Provocou-se, em decorrência lógica dessa premissa, a proeminência absoluta do Poder Legislativo”. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 41.

¹⁷⁵ COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95.

A – Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça. B - A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre indivíduos e o Estado. C – A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito – bem como, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade. D – O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos¹⁷⁶.

Como bem esclarece Zippelius, o poder do Estado fica apenas com três funções para cumprir: em primeiro lugar, a obrigação de proteger a nação contra atos de violência e ataques de outras nações independentes; em segundo lugar, a obrigação de salvaguardar, na medida do possível, todos os membros da própria nação contra agressões ilegais dos seus concidadãos, ou seja, garantir uma jurisdição imparcial; e em terceiro lugar, a obrigação de criar e manter determinadas instituições públicas cuja criação e sustento não se pode esperar da iniciativa privada¹⁷⁷.

Diante da “concepção estatalista dos direitos individuais”¹⁷⁸, o Direito pertencia ao Estado, e o Estado, por seu Poder Legislativo, decidia e disciplinava a atribuição dos direitos subjetivos, em especial, os direitos fundamentais¹⁷⁹. Nessa época, com efeito, já se podia

¹⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência política & Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 95.

¹⁷⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 377.

¹⁷⁸ A história jurídica moderna se caracteriza por uma escolha inovadora: a estatalidade do direito. A classe burguesa, tendo conquistado o poder, compreendeu como o direito era um sólido cimento para o completo exercício daquilo e decidiu controlá-lo. Ainda mais, sancionou o seu monopólio nas mãos do Estado, fazendo dele o único criador de direito. A paisagem jurídica que se obteve foi extremamente simples. O complexo cenário jurídico do Antigo Regime foi submetido pela *Révolution* (e pelo Estado que dela adveio) a uma redução drástica: o único ator foi o Estado e única voz a sua, a lei, ou seja, o ato que manifestava a sua vontade suprema, vontade que obviamente tinha um espaço de eficácia restrito ao território em que a soberania estatal se projetava. Identificando o direito em uma norma respeitável, porém autoritária que caía do alto sobre a comunidade dos cidadãos e tendo o direito uma função muito rigorosa de controle social, a ordem jurídica acabou como se fosse enjaulada. Era direito somente o que o Estado queria que fosse direito: formas em que este se manifesta na experiência – formas que nós juristas estamos acostumados a chamar, na antiga tradição, de fontes – passavam a estar imobilizadas em um tipo de pirâmide, ou seja, uma escala hierárquica em que uma função ativa era reservada unicamente à fonte de grau superior, a lei, restando às fontes subalternas (como, por exemplo, a velha matriz da ordem jurídica pré-revolucionária, o costume), relegadas em posição servil, sem nenhum papel incisivo: o direito, justamente por ser querido do alto e baseado em um projeto desenhado no alto pelos detentores do poder, era inevitavelmente destinado a se formalizar, separando-se dos fatos sociais e econômicos em contínua transformação. GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 158, jan./jun. 2009.

¹⁷⁹ “Libertad e igualdad se convierten así en los dos valores intrínsecos del Estado moderno, y se han constituido tanto desde la filosofía política como desde la teoría política en el sustento conceptual y programático del programa demo-liberal en el cual el individuo, el ciudadano, es el nuevo soberano. Esta noción del individuo como concepto central de la política demo-liberal se hace más clara en relación con el reclamo de las libertades y derechos individuales y por ello el máximo valor concedido a la libertad, mientras que inicialmente el ideal de la igualdad sólo es planteado abstractamente y aun e nuestros días se constituye en la

vislumbrar, ainda de maneira embrionária, a tradução do princípio da legalidade, “[...] por força do qual o sistema de regras estatuído pelo Parlamento deve ser rigorosamente respeitado pelo poder executivo e pelo poder judiciário, como condição de legitimidade”¹⁸⁰.

Assim sendo, a lei positiva(da), fundamentalmente baseada no individualismo, teve seu *império* (sua pujança) no Estado Liberal de Direito o que, por via reflexa, tornou o Poder Legislativo o principal *Poder* no Estado Liberal, uma vez que a Lei vinha no sentido de dar proteção à liberdade e garantir a propriedade e segurança da vontade individual frente às intromissões estatais/reais/imperiais. Ainda que houvesse uma regulação por parte do Estado, esta se dava de forma mínima, exatamente a fim de garantir a liberdade do indivíduo (burguês)¹⁸¹.

O Estado alemão, *Rechtsstaat*, nada mais era, como dito, não um Estado de Direito, mas um Direito do Estado (*Staatsrecht*), já que não havia qualquer controle judicial de suas atividades, pois o Poder Legislativo detinha as *rédeas* e era tido como a única fonte do Direito. Logo, inclusive por concepções trazidas pela teoria positivista do Direito, esse Direito do Estado alemão era meramente procedimentalista, desvinculado de qualquer valor ético e político.

Não obstante essa vicissitude, a doutrina alemã desse mesmo período, em estrita conexão com a caracterização liberal dos direitos fundamentais e a construção jurídica do Estado, desenvolveu a teoria dos chamados Direitos Subjetivos Públicos, até hoje de alta relevância à Teoria do Direito.

Já no Estado de Direito inglês, o *Rule of law*, a busca de igualdade jurídica dos sujeitos mostra-se oposta exatamente ao exercício arbitrário do Poder Executivo. Mesmo havendo duas fontes do Direito – o Parlamento, meramente formal, e a *common law*¹⁸², efetiva

asignatura pendiente del programa político moderno, que no ha podido superar el horizonte teórico-práctico demarcado por Kant de igualdad ante la ley. Y aun dada y reconocida la no relación armónica pero sí complementaria entre libertad e igualdad desde el paradigma político moderno, en los dos términos de esta relación se encuentra una idea de sujeto político, de ciudadano como su eje y su objeto. El individuo que se hace libre frente al antiguo poder, se convierte en nuevo soberano de la democracia al hacerse igual a sus congéneres y a sus compatriotas. No importa que ese conjunto sea inicialmente restringido a sus iguales: los varones propietarios mayores de treinta y cinco años. FORERO, Rosalba Durán. El individualismo metodológico y perspectivas de un proyecto democrático. In: RODAS, Francisco Cortés; SOLÓRZABO, Alfonso Monsalve (Org.). **Liberalismo y comunitarismo, derechos humanos y democracia, política y sociedad**. 17. Encuentro de Medellín. Valencia: Ediciones Alfons el Magnànm, 1996. p. 317.

¹⁸⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12-13.

¹⁸¹ SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 33.

¹⁸² Os direitos e os deveres dos sujeitos acabem por depender de um sistema normativo amplamente independente de um único centro de “vontade”. O modelo “dicotômico” (a ideia de uma estrutura sócio-jurídica fortalecida “por fora” da intervenção do governo) não é, portanto, um acréscimo “teórico” supérfluo separado da realidade, mas é a transcrição fidedigna da lógica profunda de uma estrutura, afinal, consolidada na Grã-Bretanha do século XVIII. Blakstone propunha – e o fez – conjugar jusnaturalismo e *common law*

– ainda assim as Cortes não controlavam o Parlamento. No *Rule of law* o poder executivo perde grande parte de sua discricionabilidade, pois o Parlamento passa a controlá-lo e a lhe impingir obediência à lei:

A soberania da lei, quer emane diretamente de um ato do Parlamento (*statute law*), quer surja da mediação jurisprudencial das cortes do *common law*, é, portanto, concebida e exercida essencialmente em relação às prerrogativas discricionais do Executivo no interior de um quadro institucional que foi significativamente chamado de ‘reino da lei e dos juízes’¹⁸³.

Pela versão norte-americana do *Rule of law* é que se percebeu uma grande virada no papel do Direito na limitação do atuar administrativo. Atribuiu-se ao Judiciário a tarefa de proteger os direitos individuais contra os possíveis abusos do Executivo ou do Legislativo, por meio da concessão de força, de soberania à Constituição.

Por meio de um controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos por parte da Corte Suprema, reforçou-se a capacidade dos juízes: “julgou-se, de fato, que o profissionalismo e o tecnicismo dos juízes especialistas estivessem em condições de garantir, melhor do que o Parlamento, uma correta interpretação do ditado constitucional e, portanto, uma tutela imparcial e meta-política dos direitos individuais”¹⁸⁴.

Essa concepção estadunidense reforça o apego à racionalidade, ao racionalismo para o qual toda natureza humana se resolve em fatores de próprio interesse e de prudência, não mais se aceitando elementos irracionais¹⁸⁵. Pelo racionalismo formalista centraliza-se no aparelho Estatal toda produção e aplicação legislativa, sendo a produção submetida ao Parlamento – que expressa a soberania – e a aplicação ao Judiciário, a quem cabe fazer somente a subsunção da lei expressa pela vontade do povo. É a clara centralização no aparelho estatal de todas as resoluções conflitivas¹⁸⁶.

La razionalità gius-positivistica propria del diritto moderno è al contrario una razionalità formale, basata sulla forma legale della stipulazione di ciò

precisamente porque está convencido de que o direito natural (com a sua bagagem de direitos, liberdade, propriedade etc.) encontre a sua pontual e positiva realização no sistema jurídico-constitucional vigente. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 109-110.

¹⁸³ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 16.

¹⁸⁴ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 21.

¹⁸⁵ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. p. 154.

¹⁸⁶ MEZZAROBBA, Ordes; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Crise da justiça e democratização do direito**. Joaçaba: Editora Unoesc, 1999. p. 60.

che viene deciso. Il suo presupposto è il principio di legalità, cioè la predeterminazione volontaristica e convenzionalistica dei criteri di decisione, in forza della quale il diritto si separa dalla morale e la validità si dissocia dalla giustizia venendo meno la presunzione che questa possa essere volta a volta assicurata dalla sapienza della dottrina e della giurisprudenza. Grazie a questo principio si riducono l'incertezza del diritto e l'arbitrio decisionistico dei giudici e dei pubblici amministratori. Al tempo stesso viene garantito un certo grado di uguaglianza e di imparzialità dal «velo di ignoranza» – per usare ancora la nota formula di John Rawls – che caratterizza, rispetto ai casi concreti, la legge generale ed astratta. Ma è chiaro che l'arbitrio si sposta in questo modo dalla giurisdizione alla legislazione, cioè alla stipulazione legale di ciò che è giusto e di ciò che è ingiusto, affidata interamente all'autorità politica, ossia alla forma, nel migliore dei casi democratica, attraverso cui si esprime la sua volontà¹⁸⁷.

Na França, a tutela dos direitos subjetivos passou a ser a tarefa primordial do Estado de Direito. Pela autolimitação do poder soberano submetido às regras jurídicas, o Poder Executivo estava limitado à lei. No entanto, não se confiou ao Judiciário o controle do Executivo ou do Legislativo tendo em vista o posicionamento que os juízes demonstraram quando da Revolução Francesa: os juízes não deviam se intrometer no exercício do Poder Legislativo e não tinham poder de suspender a execução das leis, já que o Parlamento ostentava a investidura popular direta.

Note-se que no modelo francês¹⁸⁸ o Parlamento detinha primado absoluto em relação aos outros Poderes do Estado, o que o conduzia à onipotência: muitas alterações no texto constitucional foram procedidas de maneira absolutamente ilimitada e desprovidas de fundamento material. Por certo, o Parlamento opunha-se à rigidez constitucional e ao controle judiciário. Havia um princípio da legalidade mais atuante, porém era inválido ao Poder Legislativo:

Submeter os atos da administração ao princípio de legalidade é muito importante, mas não é suficiente para garantir uma tutela plena dos direitos individuais: o *État légal* não é, ainda, propriamente, um *État de droit*. Um autêntico Estado de Direito deve fornecer aos cidadãos os instrumentos legais para se oporem também à vontade do legislador, no caso em que os seus atos violem os direitos fundamentais dos primeiros¹⁸⁹.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia: teoria della democrazia. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 2, p. 41.

¹⁸⁸ O direito, na França, era tido como expressão da vontade soberana, que pertencia ao povo. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria e crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 111.

¹⁸⁹ CARRÉ DE MALBERG *apud* ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria e crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 25.

Seguindo Carré de Malberg, noutros termos, o Estado legal perseguiu uma rígida e geral submissão da administração à lei, independentemente dos interesses individuais; o Estado de Direito serviu para fortalecer a esfera jurídica do indivíduo com características funcionais¹⁹⁰. A racionalização de que falava acima se encontra centralizada no aparelho Estatal e tem como primordial função garantir os direitos fundamentais do homem¹⁹¹.

Como bem destaca Guerra, o princípio da legalidade deste período, em especial no Direito/Estado francês, possuía um viés positivo pelo qual a Administração Pública somente podia fazer aquilo que constava expressamente na norma. Porém, a lei não possuía limites, encontrava-se e a ela era reconhecida superioridade tamanha que “a lei podia tudo, porque estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo”; “a lei era, portanto, formadora do direito, enquanto que a Administração Pública era mera executora”¹⁹².

Até aqui, o Estado de Direito é caracterizado por uma ausência de controle, ou melhor, de absoluta submissão do Estado ao Direito¹⁹³: na Alemanha, o Parlamento era a fonte originária e ilimitada do Direito, a Constituição não estava supra-ordenada à lei ordinária¹⁹⁴; na Inglaterra, identicamente, apenas o Poder Executivo estava submetido à lei; nos Estados Unidos da América surgiu um texto constitucional escrito e substancialmente rígido, que submeteu a limites todos os Poderes do Estado¹⁹⁵. A partir e com Kelsen é que se hierarquizou o ordenamento jurídico, submetendo-se a lei ordinária ao primado da Constituição, passando a existir um controle judiciário de constitucionalidade¹⁹⁶ sobre os atos do Executivo e do Legislativo.

¹⁹⁰ COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 152.

¹⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 36.

¹⁹² GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 42-44.

¹⁹³ “No período histórico anterior à Revolução Liberal, existe a convicção generalizada da ausência de quaisquer mecanismos de controle do poder público”. OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. p. 13.

¹⁹⁴ Gustavo Santanna traz passagem esclarecedora acerca desse – hoje pode ser assim considerado diante da evolução pelo qual passou e passa o Estado e o Direito – fenômeno jurídico pelo qual a Constituição não detinha a supremacia que hodiernamente detém: “A lei era a expressão jurídica máxima, inclusive frente aos documentos constitucionais, que logo após a Revolução continham termos não muito claros do ponto de vista jurídico e suscetíveis de modificação legislativa sem procedimentos diferenciados (constituições flexíveis) [...]”. SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 33-34.

¹⁹⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

¹⁹⁶ Ao tratar do controle judiciário de constitucionalidade, delimitando o tema como sendo a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional, Mauro Cappelletti o intitula de “justiça constitucional”. Não deixa de fazer alusão ao fato de que, em alguns Países, em lugar de um controle judicial, existe um controle exercido por órgãos políticos, não judiciários: “usualmente nestes sistemas o controle, ao

A proposta era a seguinte: por meio de um tribunal, de uma Suprema Corte, controlar a assembleia legislativa. Esse tribunal assumiria o papel de guardião da constituição, controlando a conformidade das leis “com a lei fundamental que deve ser superior a todas as outras”¹⁹⁷. A partir daí pode-se falar de um verdadeiro Estado de Direito, nos moldes atuais:

Neste sentido, o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da ‘difusão do poder’ e o da ‘diferenciação do poder’¹⁹⁸.

O Estado racionalizado deve ser fundado, mais que acertadamente, pelo império da lei, e ainda, por uma acepção em que a limitação deste Estado não se distinga da limitação do Monarca com a subordinação do Executivo ao Legislativo e em que a limitação pelo Direito se confunda com o império da lei emitida pelo Parlamento¹⁹⁹.

O império da lei reflete-se no Princípio da Legalidade e se apresenta como elemento característico e crucial do Estado de Direito. Ainda que se admitam outras fontes jurídicas, consagra-se a lei estatal como expressão máxima da vontade predominante do Estado-Nação²⁰⁰.

Este modelo de Estado passa a ser adotado como uma espécie de freio aos abusos, autoritarismos e personalismos, restringindo a atuação pública aos ditames legais e resguardando diretos pessoais e coletivos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania, em que se propunha ser instrumento do livre e igual desenvolvimento dos indivíduos²⁰¹.

invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais”. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 25-26.

¹⁹⁷ COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 120.

¹⁹⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 31.

¹⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 35-36.

²⁰⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. p. 61.

²⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 89.

É claro que esta ideia embrionária de subordinação hierárquica entre atos do poder público e a própria noção de invalidade, não acarretavam a institucionalização de mecanismos gerais de fiscalização das decisões do poder público, já que a anulação judicial era circunscrita a certos atos, inexistindo a noção de garantia da legalidade²⁰².

Embora o Estado de Direito adotasse como um de seus dogmas fundamentais o princípio da legalidade ao qual se submete a Administração Pública, é certo que no período do Estado Liberal esse princípio teve uma concepção diversa. Era uma concepção mais restritiva, porque procurava compatibilizar a regra da obediência à lei com a ideia de discricionariedade administrativa, já que isentava do controle judicial uma parte dos atos da Administração, do Estado (os atos de governo). Como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial. O poder da Administração Pública, no mais das vezes, não era jurídico, mas sim um poder político²⁰³.

Verifica-se, portanto, um mínimo espaço para o exercício da escolha administrativa, sendo plausível inferir sobre essa fase histórica uma diminuta atuação estatal executiva, preponderantemente vinculada aos preceitos legais estritos. A ação vinculada que se apresentou no modelo liberal foi idealizado para que a norma a ser cumprida pelo Poder Executivo determinasse, com exatidão, a conduta da Administração Pública diante de certa situação fática. A norma indicaria o único e possível comportamento que o administrador deveria adotar diante do caso concreto, não permitindo espaços discricionários e conceitos abertos para um julgamento subjetivo²⁰⁴.

Analisando esse processo histórico, leciona Eduardo García de Enterría que, diante de toda essa luta pela limitação do poder régio e criação de mecanismos capazes de contê-lo, o Direito Administrativo é filho da consagração do sistema revolucionário do “reino da lei”, diante do que a submissão da Administração ao Direito passa a ser o fundamento existencial do novo regime, “[...] el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente <en virtud de la Ley> se puede exigir obediencia”²⁰⁵.

Retornando à França, é importante salientar que essa vinculação absoluta e exegética da Administração Pública à lei – pois o administrador amparava-se única e exclusivamente na

²⁰² OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. p. 17.

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 26-27.

²⁰⁴ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45.

²⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6. ed. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2009. p. 55-56.

autoridade da lei, encontrando nesta o único critério de decisão – sofreu mitigação e encontrou certa autonomia jurídica a partir da criação do *Conseil d'Etat* (Conselho de Estado) – que vai fundamentar não apenas o neófito Direito Administrativo, mas o próprio Estado Social de Direito que se segue ao Liberal:

Esse ‘novo’ Poder Executivo, diferentemente da doutrina de separação de poderes – que deveria exercer funções abstratas, que reverteriam imediatamente ao núcleo social, sem necessidade de uma personificação – passa a ser um sujeito real, autossuficiente para seu desenvolvimento, que interfere nas atividades particulares. A partir de então, o Administrador Público passa a exercer escolhas não mais absolutamente vinculadas à lei como também as relativamente vinculadas, pela impossibilidade de alcançar todos os aspectos a serem ordenados pela Administração Pública²⁰⁶.

No Estado liberal, regra geral, buscava-se abstenção do Estado, buscava-se um distanciamento do Estado às atividades individuais, permitindo à sociedade e ao indivíduo uma esfera maior de liberdade. No entanto, o Estado liberal acabou por se abster além da conta e daquilo que se desejava, gerando, em meados do Século XIX, reações a ele. A miséria, a doença, a ignorância e o abandono acentuaram-se com o não-intervencionismo estatal. “Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e igualdade, mostram-se insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram”²⁰⁷.

O Estado Liberal permitiu um grande desenvolvimento econômico, de aglomerados urbanos e o crescimento de uma classe, que até então não figurava como *politicamente ativa*: a proletariada, que, por sua vez, passava a exigir maiores espaços políticos e de direitos. Soma-se a isso, uma mudança no contexto mundial com a Revolução Industrial, a I Guerra Mundial, a crise econômica de 1929, tendo como estopim para as mudanças no rumo do Estado a II Grande Guerra. O liberalismo do Estado era ultraindividualista e egoísta, o que impossibilitava a defesa dos menos favorecidos (a emergente classe proletariada) aumentando a desigualdade social, e que, por via de consequência, majorava a desigualdade material, que até então não fora foco do Estado (liberal) de Direito, podendo-se concluir e extrair que o Estado Liberal de Direito nasce com uma fórmula de garantias formais, como a liberdade dos indivíduos, a divisão/limitação dos poderes, a primazia da lei, a segurança jurídica... nada (ou pouco) se preocupando com as questões *materiais, sociais*, da emergente nova classe (proletariada)²⁰⁸.

²⁰⁶ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49.

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 28.

²⁰⁸ SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 35-36.

Porém, os primados do liberalismo econômico e político, levados ao extremo nesse modelo de Estado, geraram um absentéismo tão grande que a desigualdade social é que acabou se tornando a marca do período, o que restou acentuado pelas nascentes e crescentes necessidades humanas individuais e sociais até então não vivenciadas²⁰⁹.

Não se deseja – e nem se poderia – afirmar que o Estado Liberal tenha sido o grande fomentador da pobreza e das desigualdades sociais que vigoram até hoje. Não. Este modelo de Estado pode até ter contribuído para tal fenômeno, porém, mostrou-se imprescindível ao desenvolvimento humano – enquanto indivíduo e enquanto sociedade – uma vez que, como dito acima, o Estado Liberal de Direito substituiu o Estado policialesco do *Ancien Régimen*.

Este novo modelo de Estado, no *Nouveau Régime*, fundamentou-se no primado da lei, no primado da segurança política, social e jurídica, no primado do tratamento igualitário – mesmo que no aspecto meramente formal – no primado da participação popular, enfim, em novos valores fundamentais que passaram a nortear o existir humano e social. Foi este modelo que marcou indelevelmente a humanidade e separou o que até então representava um só^{210 211}: Governo, Estado, Sociedade, Igreja e Indivíduo tomaram seus distintos *locus* existenciais, assumindo relação de co-funcionalidade e co-habitabilidade, porém, evitando ingerências recíprocas.

Com efeito, a recém ocorrida Revolução Industrial, o evidente e consequente desenvolvimento econômico, o progresso técnico, a concentração do capital e, no aspecto

²⁰⁹ “O Estado Liberal entrou em crise por não atender aos interesses da maior parte da população, despontando em algumas economias um modelo de Estado voltado ao intervencionismo, com uma volúpia legiferante que provocou a desvalorização da lei”. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 58.

²¹⁰ “O Estado Liberal neutro e não-intervencionista tinha autonomia perante a sociedade. Com a separação clara entre Estado e sociedade, o Estado Neutro possuía capacidade genuinamente política. Desta forma, a equação Estado = político é correta, pois o Estado constitui um fato claro e determinado em contraposição aos grupos e esferas não políticos, ou seja, o Estado mantém o monopólio do político, encontrando-se separado e acima da sociedade. A extensão e amplitude do sufrágio e da democracia, no entanto, derrubaram a separação Estado/sociedade. Neste contexto, o Parlamento, por pressupor a divisão Estado e sociedade, converteu-se em uma estrutura que encerra em si mesma uma contradição que nega as premissas de sua vitória. Afinal, a distinção entre Estado e sociedade desapareceu justamente com a democratização e o triunfo do Parlamento, com o Estado tornando-se a auto-organização da sociedade”. BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 331.

²¹¹ A fim de ratificar o que se disse acerca da importância do surgimento do Estado de Direito Liberal, que alterou sensivelmente a história do Estado, do Direito e da sociedade, leciona Touraine que “a separação entre sociedade civil, sociedade política e Estado é uma condição central para a formação da democracia. Esta só existe se foram reconhecidas as lógicas próprias da sociedade civil e do Estado, que são distintas e, muitas vezes, opostas, e se existir, para administrar essas relações difíceis, um sistema político autônomo em relação a essas duas entidades. Isso lembra que a democracia não é um modo de existência da sociedade inteira, mas da sociedade política e que, ao mesmo tempo, o caráter democrática da sociedade política depende de suas relações com a sociedade civil e com o Estado”. TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 67.

social, o fortalecimento dos movimento sindicais e o agravamento das lutas de classes, começam a dar mostras que o referido absentéismo estatal do Estado Liberal de Direito vigente estava por ruir.

El paradigma social no concibe únicamente la sociedad de forma individualista, sino que también tiene en cuenta la existencia de organizaciones en las que los individuos se agrupan. Tampoco parte de la oposición entre sociedad y Estado, sino de que ambos se necesitan mutuamente para poder realizarse. Atribuye al Estado un papel de conformación social, ya que considera que la autorregulación social a través del mercado da lugar al aumento de las desigualdades. La redistribución del producto social legitima la actuación del Estado, redistribución que se lleva a cabo a través de prestaciones sociales. Desde este modelo, se propone que hay que «proteger a la sociedad por la acción del Estado», para lo cual hay que dotar al Estado de los mecanismos jurídicos adecuados. La idea de justicia que propone el paradigma social es la justicia distributiva, es decir, la justa distribución de los bienes y servicios socialmente producidos²¹².

Fraçois Ost realiza uma interessante leitura acerca do Estado Social – ou Estado-providência – afirmando que o “medo coletivo” vem sendo utilizado, de Hobbes, passando por Locke, Kant e chegando a Rousseau, ora como algo negativo, ora como algo positivo. Nesta leitura, o jurista e filósofo belga argumenta que, para Hobbes, o medo coletivo era o fundamento necessário para passar do estado de natureza ao estado civil, enquanto que aos seus sucessores – Locke, Kant e Rousseau – “o modelo assumirá uma conotação mais positiva, o medo da insegurança desdobrando-se na confiança (*truste*) dos parceiros do contrato social e as autoridades por ele consagradas”:

É, portanto, como Estado protetor que é identificado o Estado moderno. No Século 19 esta proteção assumirá a forma mínima da garantia generalizada da sobrevivência, com o Estado liberal deixando para a esfera privada a gestão das condições materiais de existência. No Século 20, em contrapartida, as missões do Estado ampliam-se, assim que assume o encargo para além da simples sobrevivência, a garantia de uma determinada qualidade de vida: falamos, então, de Estado-providência ou de Estado social. Cioso de uma realização efetiva das promessas de liberdade e de igualdade para todos, o Estado social entende dominar os principais riscos sociais, impondo a segurança generalizada. Nunca a solidariedade voluntarista terá sido levada tão longe, nunca a confiança no futuro, um futuro balizado pela ciência, ligado pela lei e garantido pelo contrato de segurança mútua, terá sido tão forte²¹³.

²¹² MELERO ALONSO, Eduardo. La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público. **Revista de Ciencias Sociales** – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Chile, n. 51, p. 22-23, 2006.

²¹³ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Élcio Fernandes. Bauru-SP: Edusc, 2005. p. 317.

Como no Estado Social de Direito o Estado foi chamado a agir em áreas antes esquecidas ou simplesmente alijadas, vê-se profunda reforma do Direito, não mais ligado apenas à vontade geral rousseauiana, mas um Direito a serviço de uma minoria, um Direito que passa a servir interesses gerais, substancialmente²¹⁴, derrubando as barreiras que separam o Estado e a Sociedade²¹⁵, colocando em perigo um dos principais propósitos do Estado de Direito liberal: a liberdade individual passou a estar em perigo exatamente pela crescente intervenção estatal. Diante disso, mister que se adotasse uma nova concepção de legalidade:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite²¹⁶.

Frise-se que no nascente Estado Social de Direito permanecerão hígidos certos postulados alcançados pelo Estado Liberal, notadamente a divisão dos poderes, a garantia dos direitos humanos fundamentais, a legalidade da administração pública²¹⁷. A “virada” desse modo de interpretar e aplicar o princípio da legalidade, no Estado social, fez com que se substituísse, portanto, a anterior doutrina da vinculação negativa pela da vinculação positiva da Administração à lei²¹⁸²¹⁹. Deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico limitado pela lei²²⁰.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Os fundamentos actuaes do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Publicações Technicas, 1932. p. 99-100.

²¹⁵ “Hermann Heller, por sua vez, busca novos fundamentos para a unidade política tendo em vista a insuficiência do positivismo. O esforço de Heller é colocar em novos termos (e com novos pressupostos) o problema da unidade política, de modo distinto das soluções de Kelsen e de Schmitt. Ele busca compreender o Estado não a partir do direito que o constitui, mas ligado à realidade social. O Estado não pode ser visto como um setor isolado e independente de toda atividade social. Esta separação impede a compreensão do fenômeno estatal. Heller defende que o Estado seja estudado como a totalidade da vida social considerada desde o ponto de vista de uma ordenação territorial”. Mais adiante, ainda na senda de Heller, Bercovici destaca que a política deve ser compreendida como ação, “como uma conformação consciente da sociedade orientada para um fim... Como a política envolve a realidade social, é preciso conhecer a realidade e se defrontar com ela em cada momento histórico: quer e deve ser a política a configuração exitosa da sociedade. A ação política, deste modo, é uma ação equilibrada, rigorosamente orientada a um fim determinado e desenvolvida com a máxima consciência possível das consequências secundárias”. BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 325-343, 334 e 336.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 37.

²¹⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 394.

²¹⁸ Gustavo Santanna giza que o Estado Liberal deu “ensajo aos direitos de primeira dimensão correspondendo aos direitos de liberdade (os direitos civis e políticos) de proteção do cidadão frente ao Estado: oponíveis ao

Santanna disserta que o princípio da legalidade formal é suplantado por uma legalidade material, no sentido de que “no Estado Social de Direito, boa parte da legislação material é implantada pela Administração Pública via decretos-lei ou regulamentos”²²¹, o que é ratificado por Guerra de forma lapidar, ao afirmar que não mais se admitia aguardar a habitual demora do Legislativo em dar respostas (lei), cabendo ao Executivo fazê-lo prontamente por meio de um “direito mais simples” (regulamento):

O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado. Todos esses fatores conduziram à pluralização e democratização do Estado. Acresça-se a isso a circunstância de haver uma carência de tempo do Legislativo em relação ao grande volume da legislação e a imperiosa necessidade de o Estado possuir um poder de criação do Direito que seja mais simples que o Legislativo. Este, na verdade, não dispõe de tempo para estudar todos os problemas secundários que exigem a atenção e a participação cada vez mais ativa do Estado²²².

Este Estado de Direito Social visa a corrigir os parcos resultados do predecessor liberal, impulsionado pelas transformações de cunho social que passam a admitir mais fácil e favoravelmente o intervencionismo dos poderes públicos no processo econômico tendente a

Estado, dirigidos a uma abstenção do Poder Público. A sociedade que se seguia – a “nova” sociedade – passou a reivindicar uma igualdade não apenas formal, garantida pelo princípio da legalidade, mas uma igualdade material, passando a atuação principal ser do Poder Executivo – e não mais apenas o Legislativo – diante do “agigantamento de suas atribuições (saúde, previdência, moradia, trabalho, educação etc.)”. Os direitos fundamentais de segunda geração, “os direitos sociais, culturais e econômicos”, exigem não apenas uma “não-abstenção do Estado”, mas uma ação contínua de materialização e conformação de tais direitos mediante a implantação de políticas públicas garantidoras dos direitos consagrados na Carta Magna. SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 34-41.

²¹⁹ Sérgio Guerra dedica um subcapítulo de sua obra à passagem da vinculação negativa à vinculação positiva da administração pública. Intitulado “margem de livre apreciação da norma pelo Administrador Público: vinculação negativa e vinculação positiva”, o subcapítulo é iniciado com a abordagem acerca da discricionariedade administrativa como “espaço para o Administrador Público, contudo, vinculado negativamente à lei”, explicando que a “primeira” legalidade se mostrou como a execução de “uma simples particularidade na atuação concreta dos mandamentos abstratos das normas, segundo exemplo histórico oferecido na sentença judicial aplicativa da lei”. A partir de Kelsen é que ocorreria a vinculação positiva da Administração à legalidade, já haveria uma “relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito”, porém, “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções”, tendo que permanecer “uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação... Neste contexto, a Administração Pública pode usar de sua discricionariedade, sua livre autonomia, decorrente de uma delegação consciente para a concretização paulatina da norma, em todos aqueles casos em que a lei não tenha disciplinado de forma absolutamente vinculada, atuando, dessa forma, no espaço livre da lei”. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 61-63.

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 38.

²²¹ SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 42.

²²² GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 50.

um incremento constante da produção, que permita garantir o pleno emprego e o aumento das rendas de trabalho²²³.

Quanto ao conceito de Estado de Direito Social, Streck e Moraes compreendem-no como um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público²²⁴, fazendo com que este passe a se auto-exigir uma permanente ação com o objetivo de financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por ele legitimadas, conduzindo inevitavelmente o Estado a superar os limites das funções tradicionais de proteção e repressão²²⁵.

Novais chega a afirmar que a postura desse novel Estado de Direito com a adjectivação de Social complementa um processo de “estadualização da sociedade e de socialização do Estado”, enfatizando que a sociedade deva ter o controle e possa atuar sobre esse Estado, não apenas no sentido de intervir, mas de reconduzir as decisões políticas à vontade democraticamente expressa por ela²²⁶.

Portanto, este modelo ganha legitimidade nessa nova relação que passa haver entre Sociedade e Estado, notadamente quando aquela passa a exigir deste uma nova capacidade de atuação, uma nova forma de enfrentar e resolver os problemas sociais, tendo como grande mote a integração das camadas até então marginalizadas por meio de prestações até então pouco ou simplesmente não praticadas.

Por un lado, los derechos sociales pueden verse como una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos, porque estos derechos sociales, por ejemplo, el derecho a tener atención médica adecuada o a tener una vivienda digna o a tener un salario adecuado, etc., en definitiva pueden considerarse como la extensión del derecho a la vida o a la integridad corporal o a la autonomía individual, etc. Una vez que se advierte el simple hecho de que los derechos no sólo se violan por acciones – actos de agresión – sino que también se violan por omisión – se violan por la omisión de dar a los demás la ayuda o los recursos que son necesarios para desarrollar una vida digna y autónoma – no se puede justificar esta distinción ¿Por qué dar privilegios a la acción sobre la omisión? ¿Por qué suponer que cuando estamos pasivos y dejamos que otros sufran daños no estamos violando sus derechos individuales? Cuando entendemos esto, los derechos sociales aparecen, insisto, no en contraposición con los derechos

²²³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 223-224.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 41.

²²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 193-202.

individuales sino como la extensión y prolongación natural de esos derechos individuales. El problema que surge es que la protección y preservación de esos derechos en muchos casos exige tomar una serie de medidas – exige, por ejemplo, disponer de recursos, crear instituciones, órganos, etc. – tomar una serie de decisiones para las cuales no basta una mera orden, tal como puede ser una orden de abstenerse de hacer algo que requieren la mayoría de los casos de derechos individuales. En el ámbito de los derechos sociales hay que tomar un papel activo y efectivamente este papel activo ha sido asumido por distintos tribunales del mundo, por ejemplo, la Corte Suprema de EE.UU. en diferentes épocas, fundamentalmente, en la época de oro del tribunal Warren que empieza en el 54 con el famoso caso *Brown vs. Board of Education* y llega hasta mediados de los setenta en que empieza a diluirse, mas no totalmente, ya que la Corte Burger tiene algunas posiciones muy activistas pero que disminuye y se limita considerablemente. El instrumento utilizado por la Corte norteamericana es conocido como la «reforma estructural», y es el usado en el famoso caso *Brown vs. Board of Education*, en el cual la Corte dispuso una serie de medidas para terminar con la discriminación racial en las escuelas y ordenó a los órganos administrativos competentes cómo debían hacerlo. La «reforma estructural» fue utilizada también en cuestiones de distritos electorales en las cuales la Corte asumió la función de realizar una redistribución de los distritos y en otros muchos casos en los que ha ordenado a organismos administrativos que tomaran una serie de medidas para preservar los derechos individuales que estaban siendo violados por acción u omisión. Esto parece ser necesario para el control de constitucionalidad una vez que se admite esta concepción amplia de los derechos individuales, estén en el texto constitucional o no como en el caso norteamericano. Pero una vez que ocurre esto nuestras dudas acerca del rol político de los jueces van creciendo y estas dudas son las que han llevado ahora a la Corte a adoptar un papel más prudente sobre su intervención, precisamente por este carácter contra mayoritario que los jueces tienen. En efecto, ¿cuál es la legitimidad que tienen para prevalecer sobre el legislador en la decisión acerca de la mejor forma de preservar derechos como a la vivienda digna, a la atención médica adecuada o a la educación sin discriminación? Si un legislador o un poder administrador con respaldo democrático mayoritario considera que las medidas que deberían tomarse son distintas ¿por qué debería prevalecer la decisión de órganos sin un origen de tipo democrático directo?²²⁷

A concepção de Estado Social é muito bem desenvolvida e apresentada por Bonavides, absolutamente uníssono à ideia de reaparecimento do Estado atuando em questões relegadas pelo modelo liberal:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de

²²⁷ NIÑO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 4, p. 84-85, 1989.

abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social²²⁸.

Fica evidente que este modelo de Estado supera a antiga concepção do Estado de Direito Formale, utilizando-se do postulado implementado no Estado de Direito Liberal, seu predecessor, o “império da lei”, acrescenta-se um conteúdo social, axiológico é político. O Estado de Direito Material visa preencher um vazio por meio de referências materiais que passa a ter como elementos a nova dogmática Constitucional erigida por direitos fundamentais de primeira (direitos individuais) e de segunda (direitos sociais e econômicos) gerações. A imposição, ao Estado, da realização de finalidades sociais maiores que a simples proteção do indivíduo resta evidente.

O Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito. O estado de direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social²²⁹.

Em sequência, com a preocupação e mote de adaptar a figura do Estado a uma melhor justiça social, com a participação social “no processo político, nas decisões de Governo, no controle da Administração Pública” – objetivos não alcançados pelos predecessores Estado Liberal e Estado Social – é que surge o Estado Democrático de Direito, um *plus* em termos de formatação, considerando-se a *participação popular* (“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” – artigo primeiro, parágrafo único) e a *justiça material* (Estado de Direito)²³⁰.

Diz-se que o Estado Democrático de Direito soma-se ao Estado social, pois fundamenta-se neste [dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo terceiro da Constituição Federal), marcando como objetivos da República o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sem falar, ainda, na ordem

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 186.

²²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 115.

²³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 42.

social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais] e no Estado de Direito, significando que toda atividade estatal está submetida à lei e ao Direito, cabendo a cada Poder o exercício de suas atribuições e ao Judiciário apreciar a legalidade dos atos emanados por todos os Poderes.

A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal... ao direito... Por separação dos poderes, entendo – em sentido lato – não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos... O segundo processo foi o que deu lugar à figura... do Estado de Direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam... suas decisões.²³¹

Complementando a concepção de Estado Democrático de Direito em comparação com os antecessores Estados Liberal e Social, em clara adição de características, Gilmar Mendes enfatiza o que vem a ser o Estado Democrático de Direito ao afirmar que “considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”²³².

O princípio da legalidade vem expressamente previsto no texto constitucional e, ao mesmo tempo em que concede maior autonomia à Administração até mesmo por incluir princípios em seu texto, *pari passu*, exige maior responsabilidade do administrador pelos resultados de seus atos, em um melhor agir, justamente diante da inclusão dos princípios (os princípios jurídico-constitucionais exigem do administrador maior correção em suas ações, notadamente diante da eficiência/eficácia que deve alcançar ao agir).

Nesta quadra da história, em que todos os Poderes do Estado já se encontram vinculados ao Direito, em que os direitos dos cidadãos passam a ser dever da autoridade pública (de reconhecê-los, de tutelá-los e de promovê-los) e esses mesmos cidadãos são considerados como *titulares de poderes*, o princípio da legalidade encontra-se constituído, devendo ser entendido de forma que qualquer ato administrativo deve ser “conforme” a norma geral precedente, a Constituição e a legislação infraconstitucional.

²³¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 156.

²³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171.

Por certo que este princípio da legalidade não pode ser visto em um mero sentido formal: a um, diante do fato de as teorias procedimentalistas serem falhas, pois elas próprias sustentam-se em teorias substancialistas²³³; a dois, de nada adiantaria aplicar-se um princípio da legalidade desprovido de valores ético-políticos, o que resultaria impossibilidade de controle, sabendo-se que o fim último do Direito é a justiça, e o do Estado, o interesse público.

[...] a fórmula do Estado de Direito reduz em parte as suas pretensões, tornando-as em parte mais concretas e alcançáveis: não aspira a um limite ‘global’ que, em nome do direito, possa ser oposto ao soberano arbítrio, mas, simultaneamente, vai para além da ‘formal’ solução de Stahl (o Estado de Direito como ‘Estado que se expressa na forma do direito’) e põe em evidência um setor onde o jogo das regras e dos controles pode ser claramente fundado e dar lugar a uma precisa organização institucional²³⁴.

Vale mencionar os aspectos destacados do Estado Democrático de Direito para Streck e Bolzan de Moraes:

1 – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; 2 – Organização democrática da sociedade; 3 – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; 4 – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; 5 – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; 6 – Divisão dos Poderes ou de Funções; 7 – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; 8 – Segurança e certeza jurídicas²³⁵.

Leciona Sérvulo Correia que o princípio da legalidade administrativa significa, em um primeiro momento, que os atos da Administração não devem ir de encontro às normas legais. Não basta, como afirmado, esta singela concepção formalista do princípio da legalidade: hodiernamente, os conflitos sociais exigem um obediência formal à lei, mas principalmente o materializar de certas promessas contidas nos textos constitucionais, ou melhor, a realização

²³³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 151.

²³⁴ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria e crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 128.

²³⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência política & Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98-99.

daquilo que a Constituição dispõe como meta a ser atingida pelo Estado, pela Administração Pública²³⁶.

Essa análise material do Direito no Estado Democrático de Direito é devida – como já se alinhou acima – ao que se pode chamar de “adensamento axiológico-deontológico” do princípio da legalidade, pois a lei deixa de ser criada com o mero intuito de formalizar relações e passa a incorporar reais necessidades sociais, até mesmo porque o processo de democratização que está por detrás dela – da lei – também deixou de ser formal e passou a ser substancialmente importante²³⁷.

Diante de toda essa evolução pela qual passou o Direito e, *pari passu*, o Estado, notadamente enquanto Estado de Direito – de liberal a social e, por último, democrático de direito – vislumbrou-se que toda atividade estatal está submetida ao Direito, não de maneira meramente formal, mas acima de tudo material, substancial.

No mesmo sentido aponta Celso Ribeiro de Bastos: transforma-se o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei deveria haver submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Assim, o conceito de Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe de um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos²³⁸: faz-se necessária a “criação de um novo conceito, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”²³⁹.

É diante disso que Santanna afirma possuir, o Estado Democrático de Direito, um “conteúdo transformador da realidade”:

Com a lei já sem seu prestígio das décadas liberais, e a Administração sem conseguir cumprir suas tarefas, necessita(va) o cidadão de um *documento* ou *Poder* que incorporasse suas intenções, seus direitos, suas garantias, enfim, transformasse todos seus objetivos formalmente idealizados em ações concretas. É neste sentido que se coloca o Estado Democrático de Direito: como um representante constitucional da realização do Estado Social, como um *plus* normativo²⁴⁰.

²³⁶ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 18.

²³⁷ Clémerson Cléve é quem faz percuciente apontamento no sentido de que a lei produzida pela vontade popular passou a ser desencadeada aos fins sociais dos cidadãos representados diante de um “crescente processo de democratização que força a mudança perfil da lei”. CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49.

²³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 164.

²³⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 125.

²⁴⁰ SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 44.

O Estado Liberal de Direito privilegia as liberdades negativas e a lei, como instrumento de legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social por meio do não-impedimento de seu livre desenvolvimento.

O Estado Social de Direito decorre da necessidade de se ajustar ao ideário liberal as necessidades sociais não atingidas num modelo industrial e desenvolvimentista. São garantias e prestações positivas que se implementam na busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. O Estado passa a ser o intermediário entre as necessidades sociais e o acesso à satisfação de tais necessidades pelos indivíduos.

O Estado Democrático de Direito apresenta conteúdos já identificados tanto no modelo liberal como no social, mas com uma característica própria, o primado da igualdade como elemento transformador e assegurador da evolução das sociedades, representado pelo respeito ao projeto político de uma Constituição, manifestado pelos direitos fundamentais²⁴¹.

Esse panorama evidencia que a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da ideia política de democracia representativa – cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo – dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como ‘Estado Democrático de Direito’, que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes²⁴².

A submissão das atividades administrativas ao Direito se deve ao surgimento e ao adensamento do princípio da legalidade, “fruto histórico do liberalismo”²⁴³, movimento esse – o liberalismo – que sempre pregou, com relação ao Estado, o controle do poder político, a concessão e a efetivação dos direitos dos indivíduos.

²⁴¹ Há diversas gerações de direitos, adotando-se aquela preconizada por Bobbio: direitos da liberdade (1ª Geração); direitos sociais (2ª); direito de viver num ambiente não poluído (3ª) e direito contra as manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (4ª) (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5-6). Em acréscimo ditado por Oliveira Junior, ainda se encontra uma geração de direitos da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento das fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo (5ª) (OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 166). E Bobbio ainda defende a ideia de que os direitos naturais são direitos históricos, pois que não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. E em face aos Poderes constituídos, estes direitos elencam duas espécies de condicionantes: impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.

²⁴² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 32.

²⁴³ A administração autoritária, atuando como Estado polícia, acabava por desenvolver suas atividades de forma autoritária, à margem de regras jurídicas e de controle judicial. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 19-20.

A *fundamentalização* dos direitos é tratada por Canotilho como um reflexo da especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. No sentido “formal”, associam-se quatro dimensões relevantes: a) as normas consagradoras de direitos fundamentais estão colocadas no grau superior da ordem jurídica; b) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; c) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; d) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

No sentido “material”, a ideia de fundamentalidade insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Esta ideia pode fornecer suporte para: a) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados; b) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; c) a abertura a novos direitos fundamentais.

E é no aspecto da fundamentalidade material que se situa o objeto do conteúdo do modelo de Estado de Direito. De uma evolução de “liberdades” à “conquista de direitos”, e de “mecanismos que garantam a efetividade” destes direitos, se estabelece um Estado Democrático de Direito.

Bercovici chama à baila a teoria de James O’Connor, americano que tratou da “crise fiscal do Estado”, pois, para ele, o momento atual do Estado Democrático de Direito é absolutamente contraditório ante o choque de interesses do crescente capitalismo e a característica de justiça social que o Estado deve encampar:

[...] o Estado deve garantir e incentivar o sistema econômico capitalista e, ao mesmo tempo, realizar uma série de políticas públicas de cunho social para legitimar-se. Este processo contraditório entre acumulação de capital e despesas sociais seria a causa das crises econômicas, políticas e sociais, graças à tendência dos gastos estatais crescerem mais rapidamente do que a capacidade do Estado em financiá-los adequadamente²⁴⁴.

Sérgio Guerra adentra a esta questão econômica que conduz – ou deve conduzir – as atividades estatais e defende a atuação do Estado de forma subsidiária, a tal ponto de tratar do “princípio da subsidiariedade”. Diz ele que a redução do Estado ao patamar mínimo – como

²⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 340.

ocorreu com o Estado de Direito Liberal – “não corresponde aos anseios e às necessidades da sociedade contemporânea, nem tampouco às necessidades de equilíbrio do sistema econômico”. É diante desse quadro que surge a subsidiariedade e a atuação estatal reguladora (e não mais intervencionista): “reconhece-se ao indivíduo a propriedade na atuação, com seus próprios recursos, para a satisfação de seus interesses, somente permitindo a atuação da sociedade – e do próprio Estado – naquilo que ele, indivíduo, não possa resolver”²⁴⁵.

À proposta de Sérgio Guerra há manifestação bastante convincente de Bercovici, sustentando que o estudo do Estado dá lugar ao estudo das políticas públicas que este Estado deve consagrar, ou seja, a sociedade civil passa a ser o centro das preocupações políticas e teóricas:

O que ocorreu foi o deslocamento do estudo do Estado ou do papel do Estado, bem como das concepções totalizantes, para uma discussão setorial de determinadas políticas. Isto deve-se não apenas à maior especialização dos pesquisadores e formuladores políticos, mas também ao contexto de americanização da ciência política, de crise do desenvolvimento (e, conseqüentemente, do planejamento e do Estado), de crescente legitimidade das ideias liberais e seus pressupostos metodológicos individualistas e à tentativa de substituir o direito por instrumentos de análise econômica na compreensão do aparato estatal... buscou-se uma politização não institucional, fora da esfera estatal, uma espécie de ‘política antipolítica’²⁴⁶.

O princípio da legalidade possui dois matizes: a precedência de lei às atividades administrativas, o que está ligado à formalidade, ao procedimentalismo no sentido de haver *lei anterior autorizadora* e, de caráter material, a compatibilidade, no sentido de que a atividade administrativa, além de autorizada por lei, encontre-se de acordo com o ordenamento jurídico, com o disposto principalmente na Constituição Federal.

O princípio da legalidade, ou da reserva de lei, diz respeito à obediência que a Administração deve às normas jurídicas que regem suas relações com os particulares e às normas jurídicas que regulam sua atividade e organização internas.

Diante de um princípio basilar ao Estado e ao Direito – o princípio da democracia – cabe ao Poder Legislativo, em nome de seus mandatários, o povo, a função de editar as regras jurídicas, os textos jurídicos que orientam e ordenam a atividade estatal. Portanto, é o

²⁴⁵ GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 19-20.

²⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 341.

Legislativo quem aponta o *caminho* a ser obrigatoriamente seguido pela Administração à busca do interesse público.

É o Legislativo que dá ao princípio da legalidade suas *formas*, seu âmbito de existência, os valores sociais que serão integrados às normas jurídicas. O Legislativo, então, *sentindo* os valores éticos e sociais envoltos na sociedade, deverá agir de forma a integrá-los aos textos normativos, aos quais estará ele próprio submetido e a administração.

Assim que se pretende qualificar o Estado Democrático de Direito, como algo vinculado ao primado da democracia, que absorve os ideários liberais e sociais, mas que se diferenciam pelo seu conteúdo de subordinação aos direitos fundamentais, negando aplicação ao critério “da maioria” sempre que se tratar do conteúdo normado, ou seja, da validade “substancial”. As garantias democráticas idôneas postulam a existência de certos direitos na qual nem a maioria pode decidir, pelo fato de serem invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis, e neste sentido também não poderá ser violada a igualdade de direitos entre todas as categorias de cidadãos.

Registre-se que não mais se está a defender a legalidade na sua versão positivista, aquela legalidade gramatical, formal. Ao longo do que se desenvolveu até aqui, pensa-se ter deixado claro que a legalidade formal – em que pese ser imprescindível à existência do indivíduo, da sociedade e do Estado – abre espaço à legalidade material, substancial, verdadeira *juridicidade* – que se analisará no próximo capítulo deste trabalho.

Daqui se extrai que a *antiga* posição da lei cede espaço ao *Direito*. Se antes (Estado Liberal) bastava o respeito à lei, hoje, no Estado Democrático do Direito, a Administração Pública deve respeito ao Direito, ao ordenamento jurídico, à Constituição, às decisões das Cortes Superiores... Sob esta perspectiva, a legitimação e limitação da Administração Pública, *agora*, dá-se além da (lei) legalidade, incluindo, o respeito à Constituição e às decisões oriundas das Cortes Superiores... A juridicidade, convém destacar, não se apresenta necessariamente como uma *evolução* do princípio da legalidade. Isto se deve ao fato de que na modelagem Liberal de Estado, a lei incorporava o Direito. Assim, a Administração Pública sempre deveu respeito ao Direito, e sendo o conceito de Direito ampliado, é decorrência lógica que a legalidade também sofra os influxos deste alargamento. Em suma, com a evolução do conceito do termo *Direito* e de suas fontes, a *estrita legalidade* (lei em sentido formal) cedeu lugar ao *ordenamento jurídico* e, por via de consequência, a várias fontes²⁴⁷.

A reserva da lei não se limita à proteção da esfera individual do cidadão em face do poder do Estado: mantém viva a Democracia, já que faz publicidade das importantes decisões da vida em comunidade.

²⁴⁷ SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 94-95.

“O princípio da legalidade administrativa se articula com o imperativo do respeito dos direitos, liberdades e garantias pela Administração, em especial no que toca à emissão de normas regulamentares sobre a matéria”²⁴⁸. Esta ideia que o Estado “tem suas atividades permeadas pela valorização dos direitos e garantias do indivíduo”²⁴⁹ conduziu as mais conhecidas doutrinas administrativistas que tratam do tema.

Não é objetivo tentarmos determinar aqui as relações entre o Estado e o Direito. Sim, dizer-se, porém, que toda organização política apoia-se necessariamente em uma concepção determinada do Direito e atua desde e em virtude da mesma. Na medida em que todo poder pretende ser ‘legítimo’ (nenhum poder se apresenta como usurpador e ilegítimo, todos pretendem ‘ter direito’ ao mando), todo poder é um poder jurídico, ou em termos mais categóricos, toda forma histórica de Estado é um Estado de Direito. A formulação kelseniana de uma identificação entre Estado e Direito é uma simples expressão, mais ou menos afortunada, deste postulado²⁵⁰.

No Brasil seguiu-se a doutrina europeia continental, pondo-se a legalidade como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*). Significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do interesse público, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade administrativa, disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que preceitua o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo). Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

A partir desta constatação, Medauar destaca que o princípio da legalidade pode ser traduzido em uma simples fórmula de que “a administração deve sujeitar-se às normas legais” e indica outros significados, tais como a administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza e “somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa”²⁵¹. Di Pietro acrescentou que esse princípio – o da legalidade – “juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”²⁵². E destacou que com dito princípio, além de definir os direitos

²⁴⁸ SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 36.

²⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23.

²⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 366-367.

²⁵¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139.

²⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 67.

individuais, automaticamente estar-se-ia indicando e definindo os limites da atuação administrativa.

Insista-se que a atuação administrativa e o seu respectivo controle não mais se limitam às formalidades expressas no texto da lei: há uma concepção mais ampla da legalidade – juridicidade – até porque a lei não consegue – e nem pode – conter todas as situações da vida, havendo obrigatoriamente um certo espaço de atuação, não significando que se pode fazer qualquer coisa:

Para que a administração possa funcionar, é preciso reduzir as condutas e soluções previamente estabelecidas e cristalizadas na lei, “deixando mais espaço para uma normatização em nível infra-legal, que permita um melhor ajustamento às peculiaridades de cada caso e a circunstâncias conjunturais. A lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e fixando objetivos, mas sem engessar a atividade administrativa; deve, sim, conferir-lhe maior agilidade e aptidão na escolha de meios para atingir os fins legalmente estabelecidos²⁵³.

Mello Júnior traz uma interessante e contemporânea compreensão do termo *controle*, já superando o formalismo estrito que caracterizou o Positivismo Jurídico. Para o doutrinador, é possível compreender controle como sendo a “verificação da conformidade de uma ação ou atividade administrativa a uma norma... em controle de legalidade; uma norma de boa execução, em controle de eficácia; ou confrontando com o interesse público, em controle de oportunidade ou conveniência”²⁵⁴.

Vários outros entendimentos poderiam ser lançados quanto ao termo, porém simplifica-se-o no sentido de verificação, direção, limitação, vigilância do agir administrativo. A existência de um controle da administração, do controle de poder, é indissociável da atividade administrativa. É no exercício da função administrativa que o Estado se põe diretamente em relação com o indivíduo, daí se originando os conflitos.

Tendo em vista os princípios que norteiam a Administração Pública, é imprescindível que o controle²⁵⁵ esteja presente, para garanti-los, o que afirma e confirma o papel de

²⁵³ GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 141.

²⁵⁴ MELLO JUNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 145.

²⁵⁵ Pelo sistema da unidade da jurisdição, cabe a um único Poder a verificação e controle da atividade administrativa. É o caso do Direito brasileiro, no qual o Poder Judiciário é incumbido de fazê-lo. Já pelo sistema da dualidade, menciona-se o contencioso administrativo, como ocorre na França, Alemanha, Espanha, Itália, dentre outros. Nesses países, há um órgão especializado em realizar o controle da administração, de forma absolutamente independente e imparcial (costuma-se falar em “contencioso administrativo”). “Dois são os sistemas adotados para o controle judicial dos atos administrativos nos diferentes países. A primeira forma de controle é efetuada pela jurisdição comum e consiste no denominado

preponderância que ele assume na atividade administrativa do Estado. O controle da administração pública somente foi possível a partir da consagração do princípio da legalidade, pelo qual conferiu à função administrativa a subordinação e execução da vontade parlamentar, bem como permitiu aos Tribunais controlar a validade dos atos administrativos em perspectiva de defesa da legalidade²⁵⁶.

Nesta senda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto consagra que a qualificação de Estado Democrático de Direito contém uma “dupla remissão: à legalidade (na expressão “de Direito”) e à legitimidade (na expressão “Democrático). Verbera o administrativista que

A referência original novecentista ao Estado de Direito pressupõe a observância da lei, com todo o conteúdo de juridicidade quanto à substância – os valores positivamente assentados da sociedade a serem efetivamente satisfeitos – e quanto à forma – os valores instrumentais de que o direito se vale para fazer prevalecer os valores substantivos²⁵⁷.

Neste Estado Democrático de Direito é que se pode esquematizar a orientação do princípio da legalidade com o contraponto do Estado de Direito, dando-se consequência de que o Estado caracteriza-se *per leges e sub lege*²⁵⁸.

O governo *per leges* age por meio de ordens gerais e abstratas, com uma subordinação do Estado a normas superiores que não lhe é dado suprimir ou violar. De seu lado, o governo *sub lege* equivale à submissão de todo Poder ao Direito, desde o nível mais baixo até os superiores, pelo processo de legalização de toda e qualquer ação de governo.

Assim, o governo *per leges*, enquanto conjunto de formalidades que o poder deve respeitar para se expressar, e o governo *sub lege* como vinculação do Poder ao Direito, à lei, que é a forma mínima de impedir a disponibilidade plena do poder sobre o Direito, determina que ainda quando o Poder possa mudar a norma – por meio de sua revisão – enquanto ela for válida, aquele lhe ficará submetido²⁵⁹.

sistema de jurisdição única, em que a fiscalização dos atos administrativos incumbe a um único órgão. A segunda forma de controle é realizada pela jurisdição especial, o qual é conhecido como sistema de jurisdição dúplice, onde a fiscalização é exercida por mais de um órgão (administrativo e judicial), e os atos administrativos se submetem ou não, em pequeno número, ao Poder Judiciário”. LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 108.

²⁵⁶ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. p. 23.

²⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 155-187.

²⁵⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 19.

²⁵⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1999. p. 20.

Esta configuração do poder político leva a uma necessária reflexão sobre a possível centralidade do princípio de legalidade como instância de esgotamento do âmbito jurídico. No governo *per leges* ter-se-á as seguintes características:

- a) a generalidade da norma, na medida em que esta se apresenta conectada a todos os sujeitos ao ordenamento;
- b) a abstração, enquanto segunda exigência dirigida à lei, supõe que a mesma deverá referir-se a situações normativas nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se;
- c) além disso, a norma deve ser fruto da vontade geral, para que assim se evite que aqueles governos absolutistas ou autoritários que se expressem por meio de normas gerais e abstratas possam ser considerados Estados de Direito.

A lei, assim, assinala a cada um de forma objetiva e geral o seu âmbito de atuação, suas possibilidades e limites na sua relação com os outros e com a sociedade, além de ser um limite intransponível ao exercício do poder, não podendo este agir à margem da norma, mas sim dentro dos limites traçados pela mesma.

No governo *sub lege* a vinculação e a submissão dos poderes públicos ao Direito, com a apresentação das condições de validade normativa, são as suas características necessárias. São dois os sentidos:

- a) em sentido lato, fraco ou formal: qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos estabelecidos por ela própria.
- b) em sentido estrito, forte ou substancial: todo poder deve ser limitado pela lei, a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo daquilo que ela pode, ou não, dispor.

É sobre o princípio da legalidade da administração que a teoria do Direito Público e a doutrina da separação de poderes erigiu o fundamento do Estado de Direito. Vinculavam, no entanto, dois outros princípios fundamentais derivados: o princípio da supremacia ou prevalência da lei e o princípio da reserva da lei.

Estes princípios permanecem válidos, pois num Estado Democrático-Constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas

matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva da lei)²⁶⁰.

Entre as fontes do Direito em geral, e, em particular entre as fontes do Direito Administrativo, ressalta acima de todas a lei. “Qualquer disposição jurídica contrária à lei se quebre contra seu rochedo de bronze”²⁶¹. Categoria histórica, condicionada pelo predomínio de certas formas de Estado, é a lei uma regra de Direito, fonte de obrigações e princípio de todo recurso em juízo, constituindo por excelência a fonte mais pura e profunda do direito administrativo.

A regra geral para a sociedade é a liberdade de ação. Para a Administração Pública a regra é a submissão do agir à lei, condição da convivência do Poder com o Estado de Direito. A submissão do agir do Estado à lei é sempre exigida, pois o Poder Público não pode atuar, sob hipótese alguma, *praeter legem*, obrigando-se a vinculação da ação²⁶².

No Direito Privado prevalece o princípio da liberdade, que confere aos indivíduos a autonomia da vontade, atuando a lei como um limite da ação. No Direito Público, ao revés, não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando a lei como seu único e próprio fundamento da ação.

Esta é a razão de ser, o Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, por definição, aquele que se submete às suas próprias leis. O Estado, ao declarar o Direito, se autolimita, assegurando à sociedade, que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la, a preciosa dádiva da certeza jurídica²⁶³.

Com relação aos administrados, o princípio atua como uma reserva legal absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista um lei que a isso o determine. A legalidade assoma-se como o mais importante dos princípios instrumentais e informa, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, as da relação jurídica administrativa, das nulidades e do controle.

É que sendo expressão da vontade geral, a lei impor-se-á ao próprio Estado, quando este se ocupar do governo e da justiça. Nisto consiste a superioridade da lei: na virtude de ser superior, e, portanto, de condicionar aos atos administrativos e as sentenças. Desse modo,

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 251.

²⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 304.

²⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 80.

²⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 80.

estabelecendo-se uma hierarquia entre a lei e os atos de sua execução, criam-se os meios técnicos indispensáveis ao funcionamento da separação dos Poderes.

A atividade pública deixa de ser vista como propriedade de quem a exerce, passando a significar apenas o exercício de um dever-poder, indissolavelmente ligado à finalidade estranha ao agente²⁶⁴.

Segundo a ideia de submissão do Estado ao Direito, todo ato ou comportamento do Poder Público, para ser válido e obrigar os indivíduos, deve ter fundamento em norma jurídica superior. O princípio determina não só que o Estado está proibido de agir contra a ordem jurídica como, principalmente, que todo poder por ele exercido tem sua fonte e fundamento em uma norma jurídica.

Assim, o agente estatal, quando atua, não o faz para realizar sua vontade pessoal, mas para dar cumprimento a algum dever, que lhe é imposto pelo Direito. O Estado se coloca, então, sob a ordem jurídica, nos mais diferentes aspectos de sua atividade.

A atividade legislativa – de produzir normas que inovem originariamente no universo jurídico – se desenvolve em obediência à Constituição. Só podem exercer essa atividade os órgãos nela previstos (o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas dos Estados, as Câmaras Municipais). O surgimento da norma legal depende da observância do processo legislativo, vale dizer, das várias etapas sucessivas previstas pela Constituição da República. O conteúdo que será normado, também, por sua vez, deverá sofrer controle de substancialidade, não podendo sucumbir ao desejo da maioria²⁶⁵.

Além de legislar e julgar, o Estado exerce o poder de administrar, de governar. A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei, do Direito. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela.

O princípio da legalidade administrativa não é, no Direito brasileiro, mera decorrência lógica do dever de submissão do estado à ordem jurídica, tendo sido previsto explicitamente pela Constituição. De fato, o artigo 37, *caput*, reza que a Administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios obedecerá, entre outros, ao

²⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 45-46.

²⁶⁵ A lei que deixa de atender à Constituição, por incompetência do órgão emanador, por desatenção ao processo de sua elaboração ou por seu conteúdo violar direitos, regras ou princípios consagrados no Texto Maior, é inconstitucional e por isso não obriga ninguém, sendo, inclusive, passível de anulação pelo Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, na esfera da atividade do legislador, a submissão do Estado à ordem jurídica se expressa no princípio da necessária constitucionalidade das leis. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 158-159.

princípio de legalidade. Corolário lógico, também encetado no artigo 5º, II, onde há que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

As três *funções* do Estado – julgar, administrar e legislar – na verdade, podem ser materialmente desempenhadas pelos três Poderes, embora, formalmente, a cada um deles seja destinada a respectiva função específica, primordial. Como o Direito Administrativo, ramo do Direito Público interno, regula a atividade do Estado que se realiza em forma de função administrativa, é relevante indagar, em primeiro lugar, em que consiste a atividade pública²⁶⁶.

A atividade pública – cujo exercício é regulado pelo direito público – constitui função. Função, para o Direito, é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico, e que só se legitima quando dirigido ao *atingimento* da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente. O legislador, o administrador, o juiz, desempenham função: os poderes que receberam da ordem jurídica são de exercício obrigatório e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma tem em mira.

O agir administrativo deve ser analisado sob uma ótica mais ampla, ou seja, não deve se limitar a simplesmente “aplicar a lei”, mas sim, aplicando a lei, o Direito, atingir o fim por todos desejado. Trata-se efetivamente de se visualizar a administração pública como uma fomentadora do crescimento de todos, como bem diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Ora, se é dever constitucional do Estado atingir resultados que concorram efetivamente para o atendimento daqueles objetivos governamentais, torna-se igualmente certo, com vistas à efetiva satisfação desse dever no quadro do neoconstitucionalismo, que aos governos não é dado se omitirem, nem tergiversarem, nem falharem no desempenho das atividades de planejamento e de execução de políticas públicas referidas a tais objetivos²⁶⁷.

Noutros termos, a atuação administrativa deve se pautar por uma legalidade finalística, por uma administração de resultados, transpondo-se da legalidade da vontade ao resultado da atuação administrativa²⁶⁸, na finalidade. Porém, para se chegar até esse ideal, muito há para se construir, principalmente em um país como o Brasil, resultado de anos de exploração, de endividamento, de falta de planejamento, enfim, de uma herança funesta e que necessita ser superada para se poder pensar em um Estado atuante e concretizador dos direitos previstos na Constituição.

²⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 3.

²⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 166.

²⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 182-185.

3 ENQUANTO ISSO, NO BRASIL, O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA...

As linhas antecedentes deixam claro – salvo melhor compreensão – que os modelos de Estado e sua disposição temporal (Estado Absoluto; Estado Moderno, Estado Constitucional ou Estado de Direito, em suas acepções Liberal, Social e Democrático de Direito) não se coadunam inteira e perfeitamente à história do Estado brasileiro.

Com efeito, os grandes pensadores da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado, a exemplo de Maquiavel, Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, além de serem motivados por questões de ordem empírica e ideológica à época de seus escritos, abordaram o “Estado” em seu sentido existencial e propuseram mudanças a ele – obtidas, como se soube, com o passar da história, por meio de vários embates, inclusive sangrentos.

Essa história que envolve um novo ente detentor de poder, primeiramente distante do povo (súditos que eram, sem qualquer vez e/ou voz), teve início por volta do Século XV e chegou ao seu ápice com as Revoluções oitocentistas (Americana, Inglesa e Francesa), as quais objetivavam a limitação do poder régio por meio da instituição de regras pré-estabelecidas (Constituição – Lei) apostas com o apoio popular (democracia representativa).

A Europa – frise-se, a Europa – (re)iniciou sua trajetória a partir do Século XIX com uma nova roupagem de ordem jurídica, social e política, tendo no Estado de Direito sua base e seu destino: era, o novel Estado de Direito de cunho liberal, o ponto de partida e de chegada do existir europeu a partir de então. Extinto o *Ancien Régime*, era hora de firmar, afirmar, confirmar e solidificar o porvir de mais liberdade, de mais direitos, de maior participação popular e de “menos Estado”, enfatizando os trabalhos e atividades do Poder Legislativo como o paladino da soberania popular (o detentor da *volonté générale* de Rousseau), apresentada em forma de lei.

O Século XX europeu principia com movimentos sociais, jurídicos e políticos que, advindos do Século anterior, desejavam consolidar e solidificar a *força*, o poder do Estado (em seu conceito máximo de “soberania”) e do Direito, mesmo que para isso fosse necessário recorrer novamente às armas. A “Revolução” Industrial, somada à busca (ainda!) de ampliação de territórios e embates políticos entre os recém-traçados Estados europeus, fizeram irromper duas grandes Guerras que afetaram direta e fortemente o próprio existir do Estado, passando a se exigir desse nova readaptação e a assunção de novos papéis em quadras até então por ele não exploradas.

O Estado Social do pós-guerra, de absenteísta-liberal passa à intervencionista-assistencial, atuando fortemente nas esferas econômica, política, jurídica e social,

impulsionando os existires de si próprio e da sociedade como nunca dantes visto. Era o Estado presente, agindo concretamente por meio de políticas públicas que garantissem um “mínimo existencial” no que diz respeito à alimentação, moradia, saúde, educação, uma vez que a Europa se encontrava ainda abalada e em cataclismo pelas mãos ensandecidas de charlatões oportunistas.

As décadas de 1950 e as que se seguiram, na Europa, exigiram do Estado, por seu Poder Executivo, um atuar concreto que garantisse pujança, crescimento, estabilização, a bem da verdade, uma reconstrução desse mesmo Estado dizimado por dois grandes embates que marcaram indelevelmente a história da humanidade, tanto pelas atrocidades cometidas, quanto pelos ganhos de ordem bélica, tecnológica, política e social alçadas a partir de então.

Chega-se à década de 1980 vivendo-se, na Europa, um novo momento, uma nova era de vantagens e facilidades que afetam o existir do Estado e sua relação com o indivíduo e com a sociedade: o nascente Estado Democrático de Direito mostra-se como resultado da soma dos modelos que o antecederam e se foca à concretização do bem viver.

Não significa, por certo, não mais haver mazelas a serem atacadas e trabalhadas, porém, o salto qualitativo é visível e o mote, agora, é aperfeiçoar e manter os ganhos obtidos com a implantação efetiva dos Estados de Direito de cunho liberal e social. É momento de contemplar – porque o tempo mostrou como isso é possível – nas Cartas Constitucionais direitos de terceira, quarta, quiçá quinta gerações, uma vez que a historicidade propiciou este *plus* normativo característico deste modelo de Estado.

É momento, por ser isso possível, de se pensar e de se concretizar direitos supra-individuais, indubitavelmente atinentes a questões de ordem ambiental, tecnológica, genética; o sujeito já se encontra fortalecido em sua esfera existencial-individual (fruto da concretização dos modelos de Estado Liberal de Direito e de Estado Social de Direito), bastando manter tais ganhos e a implementar outros com o escopo de facilitar ainda mais o existir, em busca de uma felicidade substancial.

Todavia, essa “história”²⁶⁹ contada e desenrolada em termos de evolução do Estado não se aplica ao Brasil. Enquanto os Estados europeus passavam por revoluções (fim do Século XVIII), implantavam o novel Estado Constitucional de Direito em sua concepção

²⁶⁹ Costa, tratando das dificuldades em trabalhar a historiografia e defendendo a necessidade de se atualizar os imperativos metodológicos que garantirão precisão e singularidade das fontes e manifestações do poder instituído, afirma que “a história administrativa é uma história *événementielle*, um repertório de atos e fatos, onde sobressai o voluntarismo dos monarcas, políticos e administradores”. E conclui asseverando que “a história do Estado é a história de suas instituições e da apropriação que delas fazem os cidadãos, entre práticas e representações”. COSTA, Frederico Lustosa da. Prefácio a uma história da administração pública brasileira. In: EnANPAD – ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. **Anais...** Rio de Janeiro: 2008. p. 5.

liberal (Século XIX e início do Século XX), eram destruídos por duas grandes guerras e reconstruídos a partir de muito trabalho e atuação efetiva do Estado (meados do Século XX) e já se preparavam para gozar de um bem-viver em todas as esferas existenciais (décadas de 1980, 1990 e início do Século XXI), o Estado brasileiro havia recém se libertado do jugo colonial-português.

O Século XIX, para nós brasileiros, foi marcado pelo nascimento jurídico-político do Estado chamado Brasil, ou melhor, do “Imperio do Brazil”, não apenas pela Independência, em sete de setembro de mil oitocentos e vinte e dois (07/09/1822) – que ainda hoje se reveste de dúvidas, eis que não teria sido tão pomposo como se deseja fazer crer (o “grito” de independência não teria sido forte, bravo e retumbante, mas sim, bastante econômico e tímido) – mas também por vários fatos históricos que antecederam e se sucederam à Independência e à Proclamação da República – a exemplo da chegada e instalação da Família Real, o fim do Reino Unido ao de Portugal e Algarves, a Constituinte e a Constituição, as Regências, as Revoltas Militares etc.

A Teoria Geral do Estado aprendida e compreendida nos bancos acadêmicos refere-se ao Estado Europeu e, pensa-se, todos têm claro isso. Enquanto os Estados europeus lutavam pela implantação do Estado Liberal de Direito durante o Século XIX, o Brasil assistia ao fim de três séculos de escravidão por meio de alguns riscados em um simples rabisco num papel (a única nação independente que, na aurora do Século XX, ainda possuía escravos!).

A sonhada participação popular, escopo das revoluções oitocentistas europeias e americana, em *terrae brasilis*, logo na primeira Constituição, é ignorada pelo Imperador Dom Pedro I, que dissolveu e destituiu a Assembleia Constituinte (em 12/11/1823) por temer perder o poder de veto e controle total sobre o Poder Legislativo.

Assim, a Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25/03/1824, restou desta forma preambulada:

Carta de Lei de 25 de Março de 1824

Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador.

DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos os Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais

plena aprovação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica: Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte: CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL. EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE.²⁷⁰

O nome dado ao subtítulo acima (*Enquanto isso, no Brasil, o Estado e a Administração...*), objetiva chamar a atenção justamente à questão delineada há poucas linhas, qual seja, a de que os modelos de Estado conhecidos e estudados na Ciência Política/Teoria Geral do Estado, e os reflexos à Teoria do Direito e à Teoria da Administração Pública, diferem sensivelmente da *nossa* existência – a existência do Estado brasileiro.

Não se deseja criar uma Teoria Geral do Estado brasileiro, eis que demandaria uma nova tese de doutoramento exclusiva a tanto. Todavia, serão dispensadas algumas linhas ao estudo desse Estado brasileiro, eis que se está tratando de Administração Pública, de governo, de escolhas administrativas, de posturas de governantes e do próprio povo que, infelizmente, advêm de uma história conturbada e permeada por interesses malfazejos e que influenciam, até hoje, o existir deste Estado.

O início do Brasil “político”

Maurílio Rompatto destaca que desde a vinda da Família Real portuguesa ao Brasil, a partir de 1808, busca-se “um sentimento de pertencimento à nação brasileira”, pois Brasil e Portugal formavam um único país, como se fosse “um Portugal transatlântico”²⁷¹. A falta de identidade nacionalista, somada à grande influência e controle inglês no comércio e na navegação, dificultaram sobremaneira a Independência e todos os atos e fatos que se sucederam ao longo das décadas.

Como bem afirma Patrus Ananias, o déficit de gestão é histórico, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista social, adindo-se à questão da burocracia paralisante, sinônimo de entrave, ineficiência e atraso:

Uma análise mais detalhada da história do Brasil vai nos mostrar que acumulamos, tanto no setor público quanto no setor privado, um alto déficit de gestão... o Brasil, ao longo de sua história, não liberou as suas extraordinárias possibilidades e energias seguramente por seus problemas de origem econômica e social que foram encaminhados de forma precária e

²⁷⁰ BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

²⁷¹ ROMPATTO, Maurílio. A formação do estado nacional brasileiro. **Revista Unipar**, Umuarama - PR, v. 9, n. 4, p. 185, 2001.

incompleta por orientações políticas excludentes... os problemas de gestão também contribuíram para impedir nossos desenvolvimentos²⁷².

Certamente diante de todas essas adversidades e entraves que acompanham a história do Brasil, é que Costa afirma “ainda está por ser feita a grande história do Estado brasileiro que contemple o aparato institucional e suas representações”²⁷³, cujo conhecimento e compreensão permitirão atacar a base e a gênese do descalabro político-estatal-institucional que se vislumbra.

Percebe-se que a defesa do liberalismo e do nascente Estado de Direito Liberal europeu valia somente aos Estados europeus (especialmente a Inglaterra, berço de John Locke, pai do liberalismo), eis que estes não admitiam sua instituição em Estados como o Brasil, justamente porque tais linhas existenciais atingiriam diretamente sua própria existência, controle comercial e desenvolvimento.

Basta recordar que os tratados comerciais envolvendo Portugal, Brasil e Inglaterra, com relação aos portos da colônia e as respectivas taxas alfandegárias aos produtos britânicos, mantinham a taxa de 15% para os gêneros ingleses, 16% para os produtos portugueses e 24% para os de outras nações (sim, Portugal pagava mais do que a Inglaterra para comerciar com sua própria colônia!), fortalecendo a dependência política e econômica para com a Inglaterra:

A política liberal tinha seus limites, se até a abertura dos portos era proibida qualquer manufatura na colônia, a partir dessa data estava revogada tal proibição. Muito bom para os pouquíssimos manufatureiros brasileiros (fabricantes de gêneros grosseiros) se não fosse a avalanche de mercadorias inglesas nos portos brasileiros, de menor preço e de melhor qualidade. A concorrência assim ‘desleal’ tornava impossível instalar aqui a indústria nacional e afastar de vez a dependência econômica do país²⁷⁴.

Isso não bastasse, acompanharam a Família Real fugida de Portugal cerca de quinze mil (15.000)²⁷⁵ portugueses, que obrigaram Dom João VI e lhes encontrar, chegando no Rio de Janeiro, moradia e manutenção das próprias vidas, sendo que o emprego público foi a

²⁷² ANANIAS, Patrus. Gestão pública: desassombrando nossa história. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, p. 334, out./dez. 2010. 2010.

²⁷³ COSTA, Frederico Lustosa da. Prefácio a uma história da administração pública brasileira. In: EnANPAD – ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. **Anais...** Rio de Janeiro: 2008. p. 7.

²⁷⁴ ROMPATTO, Maurílio. A formação do estado nacional brasileiro. **Revista Unipar**, Umuarama - PR, v. 9, n. 4, p. 186, 2001.

²⁷⁵ Faoro afirma que “entre 10.000 e 15.000 pessoas acompanham o rei, sem contar os militares, embarcados em vinte vasos de guerra, sob a escolta da marinha inglesa”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 249.

fórmula disponível e utilizada para suprir tais necessidades²⁷⁶. Desde então, as escolhas das pessoas para trabalharem ao Estado, ao Governo, se dava mais pela confiança do que pela capacidade, como bem descreve Buarque de Holanda:

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. [...]. Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático...²⁷⁷

Neste pertinente, Faoro relembra que um dos traços marcantes do Estado, já a partir do Século XVI, é a sua gerência pelo Rei e por seus agentes, os “agentes por delegação”, ou “agentes públicos”. Trata-se de um processo centralizador que, aos poucos, vai marcando o estamento cada vez mais burocrático, donde o “funcionário é o outro eu do rei, um outro eu muitas vezes extraviado da fonte de seu poder” que, sendo apenas a “sombra real... se o sol está longe, excede a figura”:

A luz do absolutismo infundia ao mando caráter despótico, seja na área dos funcionários de carreira, oriundos da corte, não raro filhos de suas intrigas, ou nos delegados locais, investidos de funções públicas, num momento em que o súdito deveria, como obrigação primeira, obedecer às ordens e incumbências do rei... O funcionário é a sombra do rei, e o rei tudo pode: o Estado pré-liberal não admite a fortaleza dos direitos individuais, armados contra o despotismo e o arbítrio²⁷⁸.

Caracterizando – ou tentando caracterizar – o brasileiro como um “homem cordial”, Luiz Henrique da Rocha Neto parafraseia Buarque de Holanda e enfatiza que esse “homem cordial”, na vida pública, não distinguia o interesse privado do interesse coletivo, pois

²⁷⁶ Bresser-Pereira destaca a característica da estaticidade que marca a construção do Brasil, já que Dom João VI trouxe o Estado ao Brasil, em 1808. Em geral, a sociedade, a nação, precede o Estado. Mas não foi esse o caso do Brasil: “na clássica discussão sobre a quem coube a primazia na construção do Brasil, se à sociedade ou ao Estado, se à nação ou à elite patrimonialista que dirigiu o Estado Imperial, há pouca dúvida que, ao contrário do que aconteceu na Inglaterra, na França, ou nos Estados Unidos, essa primazia coube inicialmente ao aparelho do Estado”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 16, 2012.

²⁷⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969. p. 105-106.

²⁷⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 172.

[...] nascido e criado sob um invólucro cultural marcado pela forte presença dos valores de um núcleo familiar de caráter patriarcal, carregava para o âmbito público os mesmos traços paternalistas delimitadores de sua visão de mundo, de modo conducente a confundir na prática aqueles assuntos aptos ao âmbito pessoal das atividades inerentes à *res publica*²⁷⁹.

Faoro explica que este “homem bom” não se distingue pela fidalguia ou limpeza de sangue, mas, na verdade, o conceito é político e tradutor de interesses secundários: a inscrição dos “proprietários e burocratas em domicílio na terra, bem como seus descendentes, nos ‘Livros da Nobreza’, articulando-os, desta sorte, na máquina política e administrativa do império”, ou seja, uma espécie de “aristocracia por semelhança” que permitia “as camadas novas da população, enobrecidas pelos costumes, consumo e estilo de vida”²⁸⁰.

Norbert Elias tece esclarecedoras linhas acerca da divisa entre a burguesia – nascente classe média – e a nobreza, na verdade, no culto a esta. O ponto de toque reside na “importância da boa forma”, no “comportamento reservado”, na “eliminação de todas as expressões plebeias”, no ocultamento dos “sentimentos e atitudes vulgares”, de modo que a pessoa agisse de forma “clara, transparente, precisamente regulada, tal como a etiqueta e a vida cortesã em geral”²⁸¹.

A burguesia se espelhava e desejava viver sob o molde da situação social da nobreza, mesmo que no Século XIX, momento histórico em que se está tratando do Brasil, notadamente nos anos que antecedem a sua Independência (1822). Johan Huizinga é quem anota que, no final do Século XVIII, no início do romantismo, “o estilo de vida nobre conservou seu domínio sobre a sociedade muito tempo após a nobreza, como estrutura social, ter perdido sua supremacia”, ou seja, o ideal cavalheiresco, as glórias cavalheirescas, seu estilo e cerimônias impregnavam as ideias e os ideais de todos:

[...] é possível que o ideal cavalheiresco, artificial e desgastado como estava, tenha exercido uma influência ainda mais forte e constante na história puramente política do final da Idade Média do que se costuma imaginar. O modo de vida da nobreza era tão sedutor que até os burgueses o adotavam

²⁷⁹ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. A formação do estado brasileiro: patrimonialismo, burocracia e corrupção. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 211, 2008.

²⁸⁰ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 13, p. 185. Enquanto Faoro trata do “homem bom” brasileiro, Norbert Elias confirma essa noção histórica e pitoresca do homem ao tratá-lo como “homem de honra”, referindo-se aos conselheiros burgueses, exatamente nessa correlação com a nobreza. Destaca sinonímias em obras em italiano (*gentiluomo*), em francês (*gentilhomme*); no alemão, refere-se a “homem virtuoso e honrado” e em latim “*homo honestus et bene moratus*”. ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. 2. ed. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. v. 1, p. 84-85.

²⁸¹ ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. 2. ed. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. v. 1, p. 33.

quando podiam... Filipe de Artevelde levava uma vida digna de rei. Todos os dias os menestrais tocavam diante de seu aposento; quando se sentava à mesa, fazia-se servir em travessas de prata... vestia-se de escarlate e *menu vair*... saía a cavalo como um rei, com a flâmula desfraldada a sua frente, ostentando o seu brasão preto com três chapéus de prata²⁸².

Como a nobreza necessitava do apoio da burguesia para se manter, os cargos públicos permitiram que a burguesia se incorporasse à nobreza, pois seu titular se transformava em portador de autoridade, fruto da interpretação advinda dos tempos de que o emprego público era “atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real”, cujo “exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos”. Tal condição de *supremacia* destes detentores dos cargos públicos, oriunda dos privilégios inerentes a tais cargos, impediam e ainda impedem “o controle de revisão e de substituição de autoridade”²⁸³.

A Secretaria dos Negócios do Reino, sob a condução de Fernando José Portugal, o Marquês de Aguiar, institui o que Eduardo Bueno chama de “o império da burocracia”:

Minguado de faculdades criadores para sacar da própria mente e da meditação fecunda as providências que as necessidades do país fossem ditando, o Marquês de Aguiar parece ter começado por consultar o almanaque de Lisboa e, à vista dele, ter-se proposto a satisfazer a grande comissão que o príncipe lhe delegara, transplantando para o Brasil, com seus próprios nomes e empregados (para não falar de vícios e abusos), todas as instituições que lá havia, as quais se reduziam a muitas juntas e tribunais, que mais serviam de peia do que de auxílio à administração, sem meter em conta o muito que aumentou as despesas públicas, e o ter-se visto obrigado a empregar um sem-número de nulidades, pela exigência da chusma de fidalgos que haviam emigrado da metrópole e que, não recebendo dali recursos, não tinham o que comer²⁸⁴.

É exatamente o que Faoro retrata com o que chama de estamento burocrático²⁸⁵, no sentido de que o burguês – o comerciante, o proprietário – não mais está buscando o aumento

²⁸² HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos. Tradução: Francis Petra Janssen. 5. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2011. p. 151-152.

²⁸³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 13, p. 175 e 183.

²⁸⁴ BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010. p. 154.

²⁸⁵ Luiz Henrique da Rocha Neto esclarece o pensamento de Faoro ao dizer que o estamento é uma forma de ordem social vigente, abaixo dela é que se funda a estratificação e se disseminam relações de poder pela tessitura social. “Os estamentos fundam-se na divisão da sociedade conforme a posição social que ocupam. Trata-se de comunidades “fechadas”, de maneira que fazem de tudo para impedir que outros indivíduos adentrem tal grupo e compartilhem do poder ali centralizado. Calcam-se na desigualdade social, reclamando para si privilégios materiais e espirituais que lhes assegurem posição e base de poder na sociedade. Enfim, o estamento é uma camada de indivíduos que se organiza para se apropriar do Estado, dos cargos e funções públicas, impondo-se um regime de uso dessas vantagens advindas do status ocupado para a utilização da máquina estatal em proveito próprio, como verdadeiros ‘donos do poder’”. ROCHA NETO, Luiz Henrique

do seu patrimônio e de seus bens, “senão o afidalgamento, com o engasta na camada do estado-maior de domínio político”:

A sociedade colonial não esgota sua caracterização com o quadro administrativo e o estado-maior de domínio, o estamento. Esta minoria comanda, disciplina e controla a economia e os núcleos humanos... O patrimonialismo, de onde brota a ordem estamental e burocrática, haure a seiva de uma especial contextura econômica... A burguesia, limitada na sua vibração e vinculada nos seus propósitos ao rei, foi incapaz, incapaz secularmente, de se emancipar, tutelada de cima e do alto²⁸⁶.

Otimista, Laurentino Gomes, logo no subtítulo de seu livro, afirma que o Brasil “tinha tudo para dar errado”. Na contracapa, finaliza dizendo “e, no entanto, deu certo...”. Na introdução, traz diversos números estatísticos que, em que pese seu otimismo, não condizem com o propagado “deu certo”:

No ano de sua independência... de cada três brasileiros, dois eram escravos, negros forros, mulatos, índios ou mestiços. Era uma população pobre e carente de tudo, que vivia à margem de qualquer oportunidade em uma economia agrária e rudimentar, dominada pelo latifúndio e pelo tráfico negreiro... De cada dez pessoas, só uma sabia ler e escrever... ao voltar a Portugal, em 1821 – depois de 13 anos de permanência no Rio de Janeiro – o Rei D. João VI havia raspado os cofres nacionais. O novo país nascia falido. Faltavam dinheiro, soldados, navios, armas e munição para sustentar a guerra contra os portugueses, que se prenunciava longa e sangrenta... Em 1884, faltando cinco anos para a Proclamação da República, ainda havia no Brasil 1.240.806 escravos²⁸⁷.

A guerra contra Portugal acabou não ocorrendo²⁸⁸. Portugal se via às voltas nas guerras contra Napoleão; “entre 1807 e 1814, perdeu meio milhão de habitantes; um sexto da

da. A formação do estado brasileiro: patrimonialismo, burocracia e corrupção. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, DF v. 2, n. 1, p. 214 2008.

²⁸⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 13, p. 203. Algumas páginas adiante, Faoro torna mais clara a submissão e a subjugação da burguesia ao rei ao afirmar que “a burguesia só existirá, só se expandirá, só se reanimará na medida que obedece a uma diretriz superior, filtrada nos paços do soberano”. (p. 228).

²⁸⁷ GOMES, Laurentino. **1822**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 17-18 e 21.

²⁸⁸ Destaca Gomes que se trata de um verdadeiro mito acreditar que a Independência do Brasil teria sido pacífica, resumindo-se a negociações entre os interessados. Pelo contrário, acredita que “a guerra da independência foi longa e desgastante. Durou 21 meses, entre fevereiro de 1822 e novembro do ano seguinte. Nesse período, milhares de pessoas perderam a vida em roças, morros, mares e rios em que se travou o conflito. O número de combatentes foi maior do que o das guerras de libertação da América espanhola na mesma época. Só na Bahia mais de 16.000 brasileiros e aproximadamente 5.000 portugueses trocaram tiros durante um ano e quatro meses”. GOMES, Laurentino. **1822**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 163). Para chegar a esses números, o historiador utiliza a obra de Braz Hermenegildo do Amaral (História da Independência da Bahia), na qual consta que as forças brasileiras responsáveis pela tomada de Salvador no dia 2 de julho de 1823 eram compostas por 9.515 soldados do exército, 3.250 praças encarregados de proteger o interior da baía de Todos os Santos, 710 marujos da flotilha estacionada no Recôncavo e 2.000 oficiais e marinheiros da esquadra.

população pereceu de fome, ou nos campos de batalha ou simplesmente fugiu do país”²⁸⁹. A situação era trágica e estava incontrollável. Isso não bastasse, as pressões internacionais forçavam D. João VI a acatar uma nova Constituição a Portugal, pela qual o Brasil perderia seus privilégios e teria de voltar a se submeter inteiramente ao governo da metrópole.

Como explica Gomes, as monarquias europeias, de modo geral, passaram por tempos turbulentos e atormentadores no fim do Século XVIII e no início do Século XIX: “foi o período em que reis e rainhas eram perseguidos, destituídos, aprisionados, exilados, deportados ou mesmo executados em praça pública”. Em 1807, Napoleão Bonaparte deu seu ultimato exigindo que Portugal aderisse ao bloqueio continental à Inglaterra, declarasse guerra contra esta, retirasse seu embaixador em Londres, expulsasse o embaixador inglês de Lisboa, fechasse os portos portugueses aos navios britânicos e, por fim, prendesse todos os ingleses e confiscasse suas propriedades²⁹⁰.

No entanto, como se sabe, toda a economia portuguesa dependia da Inglaterra²⁹¹, em que pese todas as riquezas que Portugal extraía do Brasil. Crê-se que justamente diante do fato de Portugal depender tanto do sistema extrativista e mercantilista – e nada produzir com isso – implantado na sua colônia brasileira, donde resultava em dinheiro fácil, é que dependia tanto dos britânicos.

Considerando que Portugal não detinha condições – não possuía gente, nem recursos – para proteger, manter e desenvolver seu império, Napoleão foi enganado por meio de diversos expedientes até que, em vinte e nove de novembro de mil oitocentos e sete (29/11/1807), escoltada por navios da Marinha britânica, a Família Real Portuguesa iniciava sua fuga para o Brasil evitando, com isso, sua deposição pela tropas napoleônicas que invadiam Portugal naquele mesmo período²⁹².

²⁸⁹ GOMES, Laurentino. **1822**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 79.

²⁹⁰ GOMES, Laurentino. **1808**. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2013. p. 45.

²⁹¹ Alberto da Costa e Silva, de forma bastante astuta e esclarecedora, lembra que o Século XVIII é “o século em que o Reino Unido procura fazer do Atlântico um mar inglês; o século em que se destrói o tráfico triangular entre a Europa, a América e a África e em que se desfazem as ligações bilaterais entre os dois últimos continentes; o século em que as sociedades africanas, até então fora das grandes rotas do caravaneiro e do navegador, começam a integrar-se, ainda que de modo imperfeito, nas estruturas políticas mundiais”, estabelecendo-se, com isso, “fortes vínculos entre certos pontos do litoral africano e as costas atlânticas das Américas, como consequência do tráfico de escravos”. SILVA, Alberto Costa e. O Brasil, a África e o Atlântico no século XIX. **Revista de Estudos Avançados do IEA**, São Paulo, n. 8, p. 21, 1994.

²⁹² A ausência de distinção entre Estado e Governo faziam com que tudo girasse em torno da figura da pessoa do Rei. “Sem o Rei, o país ficava à míngua e sem rumo”, pois dele “dependiam toda a atividade econômica, a sobrevivência das pessoas, o governo, a independência nacional e a própria razão de ser do Estado [...]”. Com o abandono de Portugal por parte da Família Real, “abandonado à própria sorte, Portugal viveria os piores anos de sua história”, momentos terríveis nos quais, em apenas sete anos, “mais de meio milhão de portugueses fugiriam do país, pereceriam de fome ou tomariam nos campos de batalha numa sequência de confrontos que se tornaria conhecida como a Guerra Peninsular”. GOMES, Laurentino. **1808**. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2013. p. 69.

É verdade que, até 1808, existia no Brasil e, sobretudo, na sede do governo geral (vice-reino) uma administração colonial relativamente aparelhada. Mas a formação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves e a instalação de sua sede na antiga colônia tornaram irreversível a constituição de um novo Estado nacional. Todo um aparato burocrático, transplantado de Lisboa ou formado aqui, em paralelo à antiga administração metropolitana, teve que ser montado para que a soberania se afirmasse, o Estado se constituísse e se projetasse sobre o território, e o governo pudesse tomar decisões, ditar políticas e agir²⁹³.

No Brasil, Dom João VI permaneceu por treze anos (retornou a Portugal em 26/04/1821), tendo atuado de forma paradoxal, pois enquanto decretava a liberdade de comércio, a abertura dos portos, revogava a proibição da construção de fábricas, criava o ensino médio, a Imprensa Régia, a Siderurgia Nacional e o Banco do Brasil, reproduzia a estrutura administrativa portuguesa no Brasil, marcada pelo ócio e pela parasitagem às custas do Estado: “o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo”²⁹⁴, exatamente como, historicamente, a organização do Estado lusitanocalcou-se no fato de que o bem público não se dissociava do patrimônio que constituía a esfera de bens íntima do governante e de deliberação do príncipe²⁹⁵.

O mecanismo de construção de um espaço público autônomo não foi vivenciado pelo povo brasileiro na plenitude, eis que se manteve ligado aos laços tradicionais portugueses, de predominância das relações familiares, transpondo estes valores inadvertidamente para a esfera pública... A questão do patrimonialismo revela uma presença marcante do individualismo na sociedade brasileira, cujas consequências repercutiram na dificuldade de diferenciar o público e o privado quando a ação do indivíduo é politicamente orientada. Para Oliveira Viana a visão privatista do mundo, restrita e arraigada em laços tradicionais constituía um ‘clã feudal’ para o povo dominado e, um ‘clã parental’, composto pela elite aristocrática, dominante que, na dimensão pública, adotava caracteres de verdadeiros ‘clãs políticos’, isto é, pequenos grupos de indivíduos que influíam na vida política local segundo critérios baseados na conveniência particular. Esses clãs políticos transformam-se em ‘clãs eleitorais’, onde a busca pelo poder de Estado os

²⁹³ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 831, 2008.

²⁹⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 251.

²⁹⁵ Não obstante à problemática vinda da Família Real e às vicissitudes administrativas dela provenientes, Bresser-Pereira acredita na importância de tal acontecimento e indica a existência de três ciclos pelos quais passou e passa o Brasil: o primeiro ciclo, de formação do Estado e de integração do território, marcou o período imperial; o segundo ciclo, que vai da Revolução de 1930 até meados de 1970, foi marcado pela revolução capitalista e pela Nação e Desenvolvimento; e o terceiro ciclo foi cunhado na luta pela democracia e pela diminuição das desigualdades, intitulado Democracia e Justiça Social. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 23, 2012.

compele à agregação para possibilitarem cooptar os votos necessários ao jogo político, e constituem a gênese dos partidos políticos nacionais²⁹⁶.

A autoridade do Estado, do governante e dos funcionários públicos servia mais para proteger os oligarcas, das classes dominantes, do que, propriamente, o bem público. O poder político era – e vem sendo, infeliz, ilegal e inconstitucionalmente – utilizado em causa própria, não se diferenciando a esfera pública da esfera particular na vida pública, aproveitando-se de uma população ingênua e infensa aos apelos de prosperidade. A bem da verdade, “era necessário que o encerramento do período colonial não significasse o fim do sistema monárquico”²⁹⁷.

A transferência da Corte portuguesa para o Brasil em 1808 veio dar à nossa emancipação política um caráter que a singulariza no conjunto do processo histórico da independência das colônias americanas. Todas elas, mais ou menos pela mesma época, romperam os laços de subordinação que as prendiam às nações do Velho Mundo. Mas, enquanto nas demais a separação é violenta e se resolve nos campos de batalha, no Brasil é o próprio governo metropolitano quem, premido pelas circunstâncias, embora ocasionais, que faziam da colônia a sede da monarquia, é o governo metropolitano quem vai paradoxalmente lançar as bases da autonomia brasileira²⁹⁸.

A estada da Família Real em território brasileiro significou a penúria portuguesa, não apenas pela invasão das tropas francesas e o conseqüente assassinato e incineração das casas daqueles que se postavam contrariamente a Napoleão, mas também e principalmente diante da estagnação comercial causada pela mudança da rota produtiva, qual seja, o comércio passou a ser realizado diretamente entre Inglaterra e Brasil, olvidando-se de Portugal.

O comércio com o Brasil, que a abertura dos portos em 1808 e o tratado de 1810 fizeram passar para a Inglaterra, representava nada menos que nove décimos de todo comércio externo português. Éramos os únicos consumidores – forçados, está visto – dos medíocres produtos das indústrias portuguesas, que de forma alguma poderiam agora, em igualdade de condições, concorrer com os da Inglaterra. Perdido assim seu principal e quase único mercado, as manufaturas portuguesas receberam um golpe de

²⁹⁶ ROCHA NETO, Luiz Henrique da. A formação do estado brasileiro: patrimonialismo, burocracia e corrupção. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 212 e 216, 2008.

²⁹⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 253. Laurentino Gomes ilustra essa questão patrimonial, estamental e burocrática ao escrever que uma herança de Dom João VI “é a prática da ‘caixinha’ nas concorrências e pagamentos dos serviços públicos. O historiador Oliveira Lima, citando os relatos do inglês Luccock, diz que se cobrava uma comissão de 17% sobre todos os pagamentos ou saques no tesouro público”, afirmando que “a época de D. João VI estava destinada a ser na história brasileira, pelo que diz respeito à administração, de muita corrupção e peculato”. GOMES, Laurentino. **1808**. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2013. p. 168.

²⁹⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil: Colônia e Império*. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983. p. 45.

morte. Além disto, os demais proventos que Portugal, sob as mais variadas formas, recebia do Brasil cessam bruscamente, levando o Reino a uma situação econômica desesperadora. É contra tal ordem de coisas que em grande parte se dirige o movimento constitucional do Porto... uma de suas preocupações máximas consistirá em reconduzir o Brasil ao antigo regime de colônia²⁹⁹.

Afora isso, havia grande descontentamento por parte dos portugueses com a manutenção da Corte fora de Portugal. Com a expulsão dos franceses do território por meio do auxílio da Inglaterra, era necessário “reassumir” o trono português³⁰⁰ (até mesmo sob pena de o perder definitivamente), cujo primeiro passo foi dado por Dom João VI em vinte e seis de abril de mil oitocentos e vinte e um (26/04/1821), quando decidiu ele próprio retornar a Portugal (até mesmo porque Napoleão restou derrotado ainda em 1814), deixando seu segundo filho homem, o quarto dos nove que tivera com sua esposa Carlota Joaquina, Dom Pedro I, com 22 (vinte e dois) anos de idade, em seu lugar.

Isso de modo algum significava que o país estivesse pronto. Ao contrário. Pobre, analfabeto e dependente de mão de obra escrava, o novo Brasil deixado por D. João ao seu filho D. Pedro I continuava anestesiado por três séculos de exploração colonial que haviam inibido a livre iniciativa e o espírito empreendedor. Os debates que cercaram a Independência já anteviam os enormes desafios que o país teria de enfrentar... Na avaliação dos ‘pais’ da Independência, o Brasil do começo do Século XIX era um país perigosamente indomável, onde brancos, negros, mestiços, índios, senhores e escravos conviviam de forma precária, sem um projeto definido de sociedade ou nação³⁰¹.

É nesse mesmo diapasão que Caio Prado Júnior enfatiza mostrar-se impossível a manutenção do *status quo ante*, ou seja, o curso dos acontecimentos havia evoluído de tal forma que o caminho já estava traçado, não tendo perspectiva de permanecer como estava, de fazer com que o Brasil retrogradasse na marcha da história. Havia muita contradição econômica e social que acabou por inflamar e abalar ainda mais a Colônia pelo que chama o

²⁹⁹ PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: Colônia e Império. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983. p. 48.

³⁰⁰ Quando da irrupção da Revolução portuguesa de 1820, desencadeada por militares descontentes, “a principal questão que dividia as opiniões era o retorno ou não de Dom João VI a Portugal. O retorno era defendido no Rio de Janeiro pela “facção portuguesa”, formada por altas patentes militares, burocratas e comerciantes interessados em subordinar o Brasil à Metrópole, se possível de acordo com os padrões do sistema colonial. Opunha-se a isso e ao retorno do monarca o “partido brasileiro”, constituído por grandes proprietários rurais das capitanias próximas à capital, burocratas e membros do Judiciário nascidos no Brasil. Acrescentem-se a eles portugueses cujos interesses tinham passado a vincular-se aos da Colônia: comerciantes ajustados às novas circunstâncias do livre comércio e investidores em terras e propriedades urbanas, muitas vezes ligados por laços de casamento à gente da Colônia”. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**: história do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias. São Paulo: Edusp, 1996. p. 82.

³⁰¹ GOMES, Laurentino. **1808**. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2013. p. 289.

autor de “revolução constitucional” (pela qual o Brasil retomaria sua condição de colônia acaso se mantivesse ligado a Portugal, uma vez que Dom João, em dezembro de 1815, elevou o Brasil à condição de Reino Unido a Portugal e Algarves):

O desencadeamento da insurreição faz com que venham à tona, e explodam em agitações, as diferentes contradições econômicas e sociais que se abrigavam no íntimo da sociedade colonial e que a ordem estabelecida mantinha em respeito. Assim, as profundas diferenças sociais que separavam entre si as classes e setores sociais, relegando a massa da população para um ínfimo padrão de vida material e desprezível estatuto moral. São ainda as contradições de natureza étnica, resultando da posição deprimente do escravo preto, e, em menor escala, do indígena, o que dá no preconceito contra todo indivíduo, mesmo livre, de cor escura. É a grande maioria da população que é aí atingida, e que se ergue contra uma organização social que além do efeito moral, resulta para ela na exclusão de quase tudo quanto de melhor oferece a existência na colônia³⁰².

Wehling, após longo tratado acerca da administração política no Estado lusitano, afirma que, originariamente, a administração pública brasileira viveu o “transplante de instituições” portuguesas, cujas consequências e influências restam atualmente. Retrata que “a administração portuguesa no Brasil entre 1750 e 1808 revelou-se... uma transição entre o modelo patrimonial do Antigo Regime ‘tradicional’ e o modelo burocrático ‘moderno’”, pois conviveram traços antigos (como o sistema de arrematação de cargos públicos) e traços modernos (como a burocracia especializada judiciária, contábil e legislativa)³⁰³.

Boris Fausto, narrando os acontecimentos históricos que implicaram na Independência do Brasil, conta que fatores internos e externos conduziram o Brasil a se separar de Portugal, notadamente a “Revolução Liberal” portuguesa de 1820, que deu uma nova conjuntura ao País recém devastado pela ira napoleônica:

Em agosto de 1820, irrompeu em Portugal uma revolução liberal inspirada nas ideias ilustradas. Os revolucionários procuravam enfrentar um momento de profunda crise na vida portuguesa. Crise política, causada pela ausência do rei e dos órgãos de governo; crise econômica, resultante em parte da liberdade de comércio de que se beneficiava o Brasil; crise militar, consequência da presença de oficiais ingleses nos altos postos do exército e da preterição de oficiais portugueses nas promoções. Basta lembrar que, na ausência de Dom João, Portugal foi governado por um conselho de regência presidido pelo marechal inglês Beresford. Depois da guerra, Beresford se tornou o comandante do Exército português. A revolução portuguesa de 1820 tinha aspectos contraditórios para os brasileiros. Podia ser definida como liberal, por considerar a monarquia absoluta um regime ultrapassado e

³⁰² PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: Colônia e Império. 13. ed. Brasília: Brasiliense, 1983. p. 49.

³⁰³ WEHLING, Arno. Ilustração e política estatal no Brasil, 1750-1808. **Humanidades**: Revista de la Universidad de Montevideo, Montevideo, ano 1, n. 1, p. 85, 2001.

opressivo e por tratar de dar vida a órgãos de representação da sociedade, como é o caso das Cortes. Ao mesmo tempo, ao promover os interesses da burguesia lusa e tentar limitar a influência inglesa, pretendia fazer com que o Brasil voltasse a se subordinar inteiramente a Portugal³⁰⁴.

Dom Pedro I assume o governo e passa de regente a Defensor Perpétuo do Brasil (13/05/1822), dando continuidade à burocracia portuguesa implantada por Dom João VI. Segundo Faoro, duas passaram a ser as opiniões correntes e influenciadoras da realidade local, com as quais Dom Pedro I teve que rapidamente aprender a lidar: a democrática, que propunha a soberania popular, e a liberal temperada, que defendia a monarquia e o imperador³⁰⁵. Estas ideologias vão se mostrar decisivas quando da formação – e posterior destituição – da Assembleia Constituinte que confeccionaria a primeira Constituição brasileira.

No entanto, as relações entre Portugal e Brasil ainda não se encontravam totalmente esclarecidas, resolvidas e pacificadas. O retorno de Dom João VI a Lisboa acirrou ainda mais a volúpia portuguesa pelo domínio total e absoluto ao território brasileiro. Como narrado acima, Dom João VI foi obrigado a jurar obediência à Constituição e, com isso, rebaixar o Brasil à condição – novamente – de subserviência, a um nível político mais baixo.

Dom Pedro I foi avisado, por meio de cartas e decretos, de sua destituição do papel de Príncipe Regente, sua nova condição de Delegado das Cortes e da necessidade do seu retorno à Corte: a partir desse momento, seus Ministros seriam nomeados em Lisboa, as cadeiras ocupadas por Deputados brasileiros na Corte seriam reduzidas a menos da metade (de 181 para 72), e o território brasileiro seria dividido em províncias autônomas a serem governadas por militares nomeados pela Corte. “... enquanto o Brasil se preparava para entrar no Século XIX, as Cortes propunham um retorno ao *status quo* do Século XVII”³⁰⁶.

O “partido brasileiro” concentrou seus esforços no objetivo de conseguir a permanência de Dom Pedro no Brasil. A decisão do príncipe de ficar no país, solenizada no “Dia do Fico” (9 de janeiro de 1822), representou a escolha de um caminho sem retorno. Mesmo assim, o registro do Senado da Câmara do Rio de Janeiro revela que, formalizada a permanência, o presidente do Senado da Câmara levantou das janelas do palácio uma série de

³⁰⁴ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**: história do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias. São Paulo: Edusp, 1996. p. 81.

³⁰⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 280.

³⁰⁶ BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010. p. 182.

vivas repetidos pelo povo: “Viva a Religião, Viva a Constituição, Viva as Cortes, Viva El-Rei Constitucional, Viva o Príncipe Constitucional, Viva a União de Portugal com o Brasil”³⁰⁷.

Esta passagem deixa claro que poucos se davam conta da iminente separação entre Brasil e Portugal, ou seja, como bem destaca Narloch, “a ideia do Brasil livre de Portugal virou um plano de verdade só em abril”³⁰⁸, conclusão esta obtida a partir da percuciente análise realizada pela historiadora Lúcia Bastos Pereira das Neves de mais de trezentos folhetos políticos e jornais publicados nos três anos antes da Independência, além de cartas, documentos oficiais e mais de trinta jornais da época.

Dom Pedro I era auxiliado pelo gabinete de José Bonifácio de Andrade e Silva³⁰⁹, quem influenciou decisivamente o Imperador a declarar a Independência. Não se tratava, obviamente, de um movimento puramente político, mas também de ordem econômica, já que o desenvolvimento do país até então já se mostrava incompatível com o regime colonial imposto.

Prado Júnior enfatiza que houve, sim, questões de ordem política na Independência, porém, ao arrepio do povo e com fincas a garantir o poder das classes superiores e a própria monarquia:

Outro efeito da forma pela qual se operou a emancipação do Brasil é o caráter de ‘arranjo político’... Os meses que medeiam da partida de D. João à proclamação da Independência, período final em que os acontecimentos se precipitam, resultou num ambiente de manobras de bastidores, em que a luta se desenrola exclusivamente em torno do príncipe regente, num trabalho intenso de afastar da influência das cortes portuguesas e trazê-lo para o seio dos autonomistas. Resulta daí que a Independência se fez por uma simples transferência política de poderes da metrópole para o novo governo

³⁰⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**: história do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias. São Paulo: Edusp, 1996. p. 83.

³⁰⁸ NARLOCH, Leandro. **Guia politicamente incorreto da história do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Leay, 2011. p. 282.

³⁰⁹ Gomes trata de José Bonifácio como um estadista e intelectual experiente e preparado, a frente de seus conterrâneos e contemporâneos: “um dos brasileiros formados em Coimbra era o santista José Bonifácio de Andrada e Silva, o futuro Patriarca da Independência. Mineralogista de renome internacional, José Bonifácio também escreveu a primeira memória para a Academia Real de Ciências de Lisboa sobre o aperfeiçoamento da pesca de baleia. Tinha viajado pela Europa inteira, assistiu à Revolução Francesa em Paris e participou da ofensiva contra as tropas de Napoleão organizada pelos ingleses em Portugal depois da fuga da corte” (GOMES, Laurentino. **1808**. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2013. p. 118). Fausto destaca que “provinha de uma das famílias mais ricas de Santos, onde seu pai se dedicara à exportação de açúcar. Estudou em Coimbra e permaneceu na Europa entre 1783 e 1819. Ocupou cargos administrativos importantes em Portugal, tendo sido professor universitário em Coimbra. De volta ao Brasil, foi chamado a presidir em março de 1821 a junta provisória de São Paulo. Defendia ideias progressistas no campo social, como a gradativa extinção do tráfico de escravos e da escravidão, uma reforma agrária e a livre entrada de imigrantes no país. Politicamente, era um liberal conservador, adversário das ‘esfarrapadas bandeiras da suja e caótica democracia’, como disse em certa ocasião. Considerava adequada para o Brasil a forma monárquica de governo, sustentada por uma representação dos cidadãos restrita às camadas dominantes e ilustradas”. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**: história do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias. São Paulo: Edusp, 1996. p. 83.

brasileiro. E na falta de movimentos populares, na falta de participação direta das massas neste processo, o poder é todo absorvido pelas classes superiores da ex-colônia, naturalmente as únicas em contato direto com o regente e sua política. Faz-se a Independência praticamente à revelia do povo; e se isto lhe poupou sacrifícios, também afastou por completo sua participação na nova ordem política. A Independência brasileira é fruto mais de uma classe que da nação tomada em conjunto³¹⁰.

A Primeira Constituição

Fica mais claro e fácil entender, a partir de tais fatos históricos, que a soberania popular não foi entregue à Assembleia Constituinte de maio de 1823 (destituída em 12/11/1823), pois a ideologia em que se fundamentava o Estado era de que “o imperador, como imperador e defensor perpétuo, precede ao pacto social”³¹¹. Havia, porém, esperança, como expõe Pandiá Calogeras em 1933, ao afirmar que

Vencia no Brasil o espirito liberal. Iam governar o paiz os homens de Estado que tanto, e, ás vezes, tão justamente, haviam condemnado as praticas absolutistas do primeiro reinado. Na revolução pacifica, coroamento de uma evolução vinda do fundo da nacionalidade, e desabrochada a 7 de setembro de 1822, só se achavam impulsos, idéas, interesses e sentimentos exclusivamente brasileiros. Ao invés dos exemplos estrangeiros frequentes, de movimentos internos provocados pela política internacional, esta nenhum influxo remoto siquer, tivera nos factos³¹².

Rompato afirma que a Constituição de 1824 permitiu às camadas dominantes reservarem a si todas as vantagens políticas resultantes da Independência, evidenciando o caráter excludente do Estado imperial. Destaca que o voto era censitário (somente aqueles que detinham determinado nível de renda é que teriam direito ao voto); havia hierarquia entre os eleitores e exigências também de renda para ser eleito (para se eleger deputado, a renda mínima deveria ser de 400 mil réis; para senador, 800 mil réis); a cidadania política estava restrita aos proprietários ou a empregados públicos ou privados que alcançassem um determinado nível de renda; excluía-se o grosso da população, inclusive a branca e livre; a população negra e mestiça sequer era considerada como sujeito de direito; mantinha a ordem social escravocrata, enfim, conservava os direitos dos reis e da alta burguesia no poder³¹³.

³¹⁰ PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: Colônia e Império. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983. p. 52.

³¹¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 282.

³¹² CALOGERAS, João Pandiá. **A política exterior do Império**: da regência á queda de Rozas. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 3, p. 9.

³¹³ ROMPATTO, Maurílio. A formação do estado nacional brasileiro. **Revista Unipar**, Umuarama - PR, v. 9, n. 4, p. 190, 2001.

Monarquistas absolutos e liberais, republicanos e federalistas, abolicionistas e escravagistas, entre outros grupos, se confrontariam pela primeira vez na Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, cujo objetivo era organizar o novo país. Ali apareceriam os temas que dominariam a arena política do Primeiro Reinado e também reivindicações inteiramente novas, como liberdade religiosa e de pensamento, direitos individuais e de propriedade, imprensa sem censura, governo firmado no consentimento geral. A Constituição seria a fiadora de um novo ‘pacto social’, expressão igualmente nova no vocabulário político brasileiro³¹⁴.

Além das vicissitudes destacadas por Rompato, Caio Prado Júnior critica com veemência o projeto de 1823 ao texto constitucional, intitulando-o de xenofóbico, pois repleto de restrições aos estrangeiros (naturalização limitada, incompatibilidade dos naturalizados para os cargos de representação nacional). Vê com bons olhos a preocupação em limitar ao máximo os poderes do imperador, valorizando a representação nacional, porém limitando o conceito de “cidadão” aos que auferissem rendimentos líquidos anuais superiores ao valor de 150 alqueires de farinha de mandioca³¹⁵:

Vemos como o projeto de 1823 traduzia bem as condições políticas dominantes. Afastando o perigo da recolonização; excluindo dos direitos políticos as classes inferiores e praticamente reservando os cargos da representação nacional aos proprietários rurais; concentrando a autoridade política no Parlamento e proclamando a mais ampla liberdade econômica, o projeto consagra todas as aspirações da classe dominante dos proprietários rurais, oprimidos pelo regime de colônia, e que a nova ordem política vinha justamente liberar³¹⁶.

³¹⁴ GOMES, Laurentino. 1822. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 212. Porém, com a dissolução da Assembleia Constituinte, “pôde o partido português manejar o poder a seu gosto: suprimiu a liberdade de imprensa, encheu os cargos públicos de apaniguados, enquanto abertamente favorecia os interesses que representava”. PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: Colônia e Império**. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983. p. 62.

³¹⁵ O texto constitucional, no tocante ao eleitorado, destinou os artigos 90 a 96 para reger o tema. O artigo 90 fixa que “As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia”. O artigo 92 prevê estarem excluídos de votar nas “Assembléas Parochiaes: I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras; II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios públicos; III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas; IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral; V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos”. E o artigo 94 prescreve que podem ser eleitores e votar na eleição dos Deputados, Senadores e Membros dos Conselhos de Provincia todos os que podem votar na Assembléa Parochial, exceto “I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego; II. Os Libertos; III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa”.

³¹⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: Colônia e Império**. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983. p. 55-57.

Os ganhos democráticos e liberais propostos no projeto, por certo, feriam os interesses de Dom Pedro I, o que acabou por levá-lo a destituir a Assembleia de forma armada. Os sentimentos absolutistas fervilhavam entre os nobres, ainda mais no Brasil, distante que estava das guerras e revoluções europeias ocorridas notadamente no fim do Século XVIII. Esta postura centralizadora afastou e desgastou a figura do Imperador perante a oligarquia rural brasileira, por mais que se tentasse mascarar de monarquia constitucional um sistema que, na verdade, permitia a participação política de uma classe economicamente mais dominante, porém, cada vez mais reduzida³¹⁷. Afastou-se de vez os incômodos dos adversários nos negócios públicos³¹⁸.

Estes acontecimentos levaram o Imperador a outorgar a Constituição, em 25 de março de 1824, a primeira Constituição brasileira, uma Constituição que, na visão de Faoro, mostrou-se puramente nominal, não desempenhando o papel de controle do poder em prol dos seus destinatários, o povo. Uma Constituição “incapaz de disciplinar, coordenar, imperar”, pois mantido o sistema calcado na tradição portuguesa³¹⁹.

A primeira Constituição do Brasil mantinha a monarquia, a dinastia da Casa de Orléans e Bragança e d. Pedro I como imperador e defensor perpétuo do Brasil. Constituíam um Estado unitário e centralizador, cujo território era dividido em províncias, que substituíam as antigas capitanias. Os poderes políticos eram quatro — Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. Cada província era dirigida por um presidente nomeado pelo imperador, que tomava posse perante a câmara da capital. Em cada uma delas havia também um conselho geral, cujos membros eram eleitos juntamente com a representação nacional. O monarca exercia o Poder Moderador, com o apoio do Conselho de Estado, órgão de caráter consultivo e, ao mesmo tempo, o Poder Executivo, auxiliado pelos seus ministros de Estado. O Poder Legislativo era exercido pela Assembleia Geral, formada pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores ou Senado do império. O Poder Judicial era exercido pelos juízes de direito e pelos juízes de paz, para as tentativas de conciliação prévias a qualquer processo. Na capital do império e nas províncias havia um Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes letrados tirados das relações. A organização dos municípios não mudou de forma significativa, tendo as câmaras o mesmo papel que exerciam na colônia³²⁰.

³¹⁷ ROMPATTO, Maurílio. A formação do estado nacional brasileiro. **Revista Unipar**, Umuarama - PR, v. 9, n. 4, p. 191, 2001.

³¹⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: Colônia e Império**. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983. p. 60.

³¹⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 291.

³²⁰ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 837, 2008.

O artigo 10 do texto constitucional ficou assim redigido: “Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”. Logo em seguida, o artigo 11 determina que “Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral”. No entanto, “O Poder Legislativo é delegado á Assembléa Geral com a Sancção do Imperador” (artigo 13), ou seja, a centralização ficou evidente.

Saraiva e Silva realizaram profunda e ampla pesquisa acerca dos atos do Poder Legislativo durante o Império, o que lhes permitiu afirmar – até mesmo de um modo bastante positivo – que a Assembleia Geral, em que pese estar bastante limitada pelo austero controle pessoal do Imperador, realizava reflexões em temas e áreas que tiveram sua colaboração à formação do Estado brasileiro que se conhece atualmente.

Os pesquisadores apontam “três grandes *corpus* institucionais” do período imperial: o primeiro, representado pelos decretos imperiais de Dom João VI, Dom Pedro I e Dom Pedro II; o segundo, pelas leis e decretos ministeriais firmados pelos vários Ministérios, a partir de 1822; o último, pelo conjunto de leis aprovadas pela Assembleia Geral do Império (Câmara Geral dos Deputados e o Senado Imperial), conjunto este de grande importância haja vista a extensa gama de temas abordados:

Questões como independência, revoltas, guerras; as disputas federalistas, a maior ou menor importância de algumas províncias e regiões; a questão da mão de obra servil e livre; a construção de um funcionalismo público; a autonomia dos poderes; o sistema eleitoral; as questões relativas à sucessão do trono; as instituições públicas como tribunais, mesas de alfândegas, escolas, faculdades; o apoio público a instituições de caridade ou investimentos modernizantes etc. Também conceitos ou discussões como povo, cidadãos ativos e passivos, eleitores, escravos, libertos, indígenas, discussões também sobre a economia e o desenvolvimento das várias regiões do Império perpassam praticamente todos os debates e as leis votadas tanto pela Câmara quanto pelo Senado, o que demonstra que havia uma ressonância, ainda que de maneira contraditória, com os anseios e lutas das diversas parcelas da sociedade e os deputados e senadores do Império³²¹.

A subjugação e submissão do Poder Legislativo ao Imperador é de clareza solar: a exemplo do que é hoje, votado o projeto de lei em ambas as Casas (Câmara dos Deputados e Senado), este será encaminhado ao Chefe do Executivo, na época, ao Imperador. No entanto, ao encaminhar referido projeto à sanção ou veto do Imperador, “o dirigirá ao Imperador em dous autographos, assignados pelo Presidente, e os dous primeiros Secretarios, Pedindo-lhe a

³²¹ SILVA, Lílian França da; SARAIVA, Luiz Fernando. Os atos do Poder Legislativo no Império brasileiro (1826-1889). **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 7, 2011.

sua Sancção pela formula seguinte - A Assembléa Geral dirige ao Imperador o Decreto incluso, que julga vantajoso, e util ao Imperio, e pede a Sua Magestade Imperial, Se Digne dar a Sua Sancção” (artigo 62).

Sob o influxo do pensador que foi Benjamin de Constant, os redactores da Carta Constitucional de 1824 tinham fugido á classica construcção tripartita, em que se abrigava o poder público. Além do legislativo, do executivo e do judiciario, haviam admittido um órgão equilibrador complementar, destinado a corrigir fraquezas individuaes, e abusos collectivos, bem como a promover e continuadamente manter o contacto e, sobretudo, a harmonia entre as tres forças politicas do conceito aristotelico³²².

O texto fixa, também, as palavras que devem ser utilizadas nos documentos legislativos, a exemplo da resposta que o Imperador poderá exarar no caso de necessitar de mais tempo para refletir acerca do projeto

Artigo 64. Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação.³²³

Enquanto que atualmente o prazo que detém o Poder Executivo para vetar o projeto-de-lei é de quinze dias úteis e o silêncio importará em sanção, conforme o artigo 66 da Constituição Federal de 1988, a Constituição de 1824 previa o prazo de um mês (artigo 66) e o silêncio importava em veto (artigo 67).

O artigo 98 da Carta de 1824 é de extrema importância política e administrativa, eis que afirma

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.³²⁴

³²² CALOGERAS, João Pandiá. **A política exterior do Império**: da Regência à queda de Rosas. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 3, p. 406.

³²³ BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

³²⁴ BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

A inclusão do Poder Moderador no texto acabou com as esperanças liberais dos que o projetaram em 1823, pois permitiu ao seu detentor controle total sobre a política e a administração, concentrando o governo em suas mãos.

Como o artigo 5º da Carta previa a Religião Católica Apostólica Romana como a oficial (“todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”³²⁵), a pessoa do Imperador era “inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (artigo 99).

A Carta também previu a linha sucessória do Império, impondo, em seu artigo 117 que

Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.³²⁶

O artigo 121 definiu a menoridade do Imperador até os 18 anos e, acaso se mostrasse necessária a assunção de um Imperador ainda menor, os artigos 122 e 124 previam a governança por uma Regência permanente, nomeada pela Assembleia Geral, composta por três membros (a Regência Trina, que acabou sendo transformada em Regência Una quando a Constituição foi alterada pelo Ato Adicional de 1834).

Por fim, com relação à Carta de 1824, já havia a previsão daquilo que hoje pode ser chamado de “direitos fundamentais”: o artigo 179³²⁷ da Carta era composto, além do *caput* (“a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”), por 35 incisos, dentre os quais já havia expressa disposição do princípio da legalidade (inciso I), princípio da irretroatividade (inciso III), liberdade de pensamento (inciso IV), inviolabilidade de domicílio (inciso VII), devido processo legal (inciso XI), dentre outros.

Há, claramente, vários incisos que, como ainda hoje, mostraram-se simbólicos, a exemplo do XIII, que previa tratamento legal igualitário, o XVI, que abolia os privilégios dos

³²⁵ BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

³²⁶ BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

³²⁷ BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

cargos públicos, o XIX, que abolia os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis, o XXII, que previa indenização prévia em caso de desapropriação por necessidade pública, o XXXIII, que instituía a instrução primária gratuita a todos os cidadãos e o XXXIV, pelo qual era vedada a suspensão da Constituição no que dizia respeito aos direitos individuais.

Quando passamos a realizar uma análise mais detalhada do conjunto das leis, tentamos inicialmente classificar a atuação da Assembleia Geral tendo como modelo a Constituição de 1824 e as atribuições delegadas a essa instância do poder. Ao considerarmos o conjunto das leis, chegamos à conclusão de que tais atribuições nem sempre foram cumpridas, ou seja, não foi encontrado aquilo que foi determinado pela Constituição. Percebemos diversas incongruências entre a teoria (ou as determinações constitucionais) e a prática (ou as leis efetivamente aprovadas) o que levou alguns autores a pensarem em uma dicotomia entre o Jurídico e o Político no Brasil do Século XIX³²⁸.

Em 7 de abril de 1831 (07/04/1831), Dom Pedro I abdicou em nome do seu filho Dom Pedro II, com apenas cinco anos de idade, nomeando a ele José Bonifácio como seu tutor. Gomes explica que quatro teriam sido as razões decisivas da abdicação: a um, os escândalos da vida privada de Dom Pedro I (traições, morte da Imperatriz Leopoldina); a dois, a notória oscilação entre os interesses brasileiros e portugueses (a indenização aos portugueses em troca da Independência); a três, a longa e desgastante guerra com a Argentina pelo controle da província Cisplatina, o atual Uruguai (da qual o Império restou derrotado em 1827); a quatro, a permanente instabilidade política do Primeiro Reinado, fruto do gênio impulsivo e autoritário do soberano³²⁹.

Eduardo Bueno cita os mesmos fatos, porém, com mais detalhes acerca do que teria levado Dom Pedro I a abdicar:

D. Pedro envolveu-se em crises internas e externas. Incompatibilizou-se com o Exército, com o povo e com os políticos. Viu o Brasil se endividar e Portugal rebelar-se. Declarou uma guerra desastrosa à Argentina... O Exército afastou-se do imperador, indignado com a derrota e com a presença de portugueses no comando das tropas. O provo, recrutado à força, também passou a odiar D. Pedro... A crise financeira se iniciara em 1825, quando, para obter de Portugal o reconhecimento de sua independência, o Brasil foi forçado a pagar 600 mil libras à Metrópole e assumir o pagamento de um empréstimo de 1,4 milhão de libras que Portugal fizera em bancos ingleses. Assim sendo, no mesmo ano, o Brasil negociaria seu primeiro empréstimo

³²⁸ SILVA, Lílian França da; SARAIVA, Luiz Fernando. Os atos do Poder Legislativo no Império brasileiro (1826-1889). *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 12, 2011.

³²⁹ GOMES, Laurentino. **1822**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 296 a 299.

externo: obteve 3,6 milhões de libras do banco de Nathan Rothschild, com juros anuais de 5% e um desconto inicial de 18,33%. Em 1826, o dinheiro simplesmente acabou e D. Pedro recorreu à emissão de moedas de cobre que, além de serem posta em circulação com um valor quatro vezes superior ao valor nominal, seriam falsificadas em larga escala³³⁰.

Calogeras vai mais além, afirmando que quatro seriam os principais fatos que não apenas serviram para levar Dom Pedro I a abdicar, mas, essas quatro questões teriam sido as “questões magnas” do primeiro reinado:

Além das preocupações decorrentes da própria fundação do Império, e da faina por obter o reconhecimento da nova ordem de cousas pelos demais governos, quatro problemas principais impuseram a d. Pedro I longa e penosa série de esforços, e explicam seu curto reinado de menos de nove anos. A organização política e administrativa do país; a liquidação dos programas platinos, separadamente delineados por d. Carlota Joaquina e por d. João VI; as finanças em desalinho; a sucessão da coroa portuguesa, na pessoa de d. Maria da Glória, primogenita do Imperador³³¹.

Caio Prado Júnior verbera que Dom Pedro I não detinha sensibilidade política para administrar as diferenças, de modo que suas decisões e posturas aprofundaram o abismo entre o governo e a maioria do país: “o imperador não dava ouvidos aos reclamos da opinião pública... deixava por isso as coisas permanecerem no mesmo pé, e em atritos constantes com a representação nacional [...]”³³².

Conforme previa a Constituição, assumiu uma Regência Trina que enfrentou, assim como as que lhe sucederam, uma série de crises que terminaram por ensejar, em 1841, a declaração da maioridade do imperador menino, aos 15 anos de idade. Logo no início do período regencial, em 1832, foi feita uma reforma constitucional que instituiu a Regência Una³³³.

As crises das Regências não se limitaram às revoltas armadas (Cabanagem, Balaiada, Sabinada, Praieira, Farroupilha; motins, quarteladas e levantes a exemplo da Setembrada, Novembrada, dentre outras), mas também a questões de ordem política (centralização administrativa, ausência de representatividade popular e preferências regionais – enquanto Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais detinham grande representação e influência no

³³⁰ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 189.

³³¹ CALOGERAS, João Pandiá. **A política exterior do Império: o Primeiro Reinado**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 2, p. 529.

³³² PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: Colônia e Império**. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983. p. 63.

³³³ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 838, 2008.

poder central, Rio Grande do sul, Bahia e Pernambuco estavam quase excluídos do jogo³³⁴) e econômica (“os primeiros vinte anos do país independente atravessam o penoso drama de muitas perplexidades: dificuldades financeiras e alenta mudança do panorama da economia [...]”).³³⁵.

Convém lembrar que tais crises marcaram o período da menoridade e conduziram ao “Golpe da Maioridade”, um “golpe” contra a Constituição de 1824 que, em seu artigo 121, previa a assunção de Dom Pedro II à chefia da nação somente quando completasse dezoito anos: “o golpe da maioridade que antecipou a posse do trono por D. Pedro dos 18 para os 14, apesar de não passar de uma simples articulação e manobra palacianas, violentou o processo político institucional e subverteu toda a ordem política”³³⁶, pois permitiu o uso escrachado da violência a fim de obter e garantir os mandos e desmandos desde então.

O Segundo Reinado, capitaneado por Dom Pedro II, viu e viveu o embate ideológico entre dois grandes partidos, o liberal e o conservador: o primeiro, comprometido com a soberania popular; o segundo, defendendo a tradição monárquica³³⁷. Na base disso tudo, o povo, apático, vendo de longe os acontecimentos, sem maiores intenções e/ou participações (como o é até hoje!).

Pelo menos no aspecto econômico, o café alavancava a economia³³⁸ e dava mostras da possibilidade real de confirmação do Estado Nacional que nascia e se mostrava apto a se consolidar e a melhorar a vida de todos. Porém, o país continuou sendo uma sociedade agrária e escravocrata, com tendência administrativa extremamente centralizadora, dependente da política externa, tendendo a administração pública ao emprego e cargo públicos como garantia de notabilização do seu ocupante (o “estamento burocrático” expresso por Faoro).

Verbera Rompatto de modo muito condizente com a realidade, que o Estado brasileiro teve uma formação bastante original, pois enquanto na Europa a revolução burguesa foi resultado de mudanças estruturais, mudanças nas relações socioeconômicas, no Brasil esse movimento foi caracterizado por uma ordem inversa. Destaca que, primeiro, procurou-se

³³⁴ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 191.

³³⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 324.

³³⁶ ROMPATTO, Maurílio. A formação do estado nacional brasileiro. **Revista Unipar**, Umuarama - PR, v. 9, n. 4, p. 193, 2001

³³⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1, p. 341.

³³⁸ Bueno traz dados estatísticos interessantes: entre 1821 e 1830, o café respondia por apenas 18% do total das exportações brasileiras. De 1831 a 1870, passou a ser responsável por 50%. A partir de 1871, o Brasil começou a colher cerca de cinco milhões de sacas por ano – a metade da produção mundial. “O café gerou uma nova classe social – e, a seguir, política”. BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 207.

formar um Estado Nacional forte, centralizador, caracterizando sua formação (“forja”) de cima para baixo, ou seja, primeiro o Estado, depois a nação; segundo, forças complexas, antagônicas e contraditórias (a monarquia, a centralização política com a paradoxal presença do liberalismo econômico aliado à permanência de uma estrutura de características extremamente coloniais, agroexportadora e escravocrata) conviveram de tal forma que – conclui – “a formação do Estado Nacional brasileiro, nada mudou, tudo continuou como antes”³³⁹.

O recém criado Estado brasileiro passou a possuir uma profusa gênese legislativa, buscando regulamentar, pela primeira vez com uma legislação autóctone, várias relações privadas. É esse o ponto, aliás, em que as tradições jurídicas portuguesa e brasileira se separam: enquanto a antiga metrópole, a partir de 1822, sofrerá uma forte influência do pensamento liberal [...], a antiga colônia continuará a aplicar a velha legislação herdada dos tempos coloniais sem proceder a grandes e radicais rupturas, adaptando-as às tradições específicas dos brasileiros, à cultura jurídica então em formação e, sobretudo, aos interesses econômicos das elites agrárias brasileiras³⁴⁰.

Claro que há um certo exagero na afirmação de Rompatto de que nada teria mudado: no aspecto político, da “caça” ao emprego/cargo público, à vitaliciedade, ao poder pelo poder, nas palavras de Faoro, sim, pode-se dizer que nada ou pouco mudou, ou melhor, que se acentuou o papel de “ator principal” do Estado-Governo (e que se verifica até hoje).

Não se desconhece que da pacata, fechada e obsoleta sociedade brasileira, o Segundo Reinado “abriu as portas” à “europeização” e ao progresso; vestuário, alimentação, mobília; historiadores, pintores, literatos, música (José de Alencar, Gonçalves Dias, Vítor Meirelles, Carlos Gomes, Machado de Assis, dentre outros), enfim, uma nova mentalidade se formava e se fundava no nascente Império brasileiro.

Porém, juntamente com esta nova ideologia existencial, movimentos republicanos – federalismo e o liberalismo – ganhavam força, voz e adeptos. Os republicanos-liberais do Rio de Janeiro defendiam a participação política da população e os republicanos-federalistas gaúchos e paulistas pregavam uma maior autonomia regional. “As críticas mais comuns recaíam sobre a centralização excessiva do regime monárquico, que restringia a liberdade política e econômica das províncias”:

³³⁹ ROMPATTO, Maurílio. A formação do estado nacional brasileiro. **Revista Unipar**, Umuarama - PR, v. 9, n. 4, p. 194-195, 2001

³⁴⁰ SILVA, Lílian França da; SARAIVA, Luiz Fernando. Os atos do Poder Legislativo no Império brasileiro (1826-1889). **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 8-9, 2011.

Nos 10 últimos anos do Império, esses conflitos (entre frações das classes dominantes que sustentavam a ordem monárquica, apoiada na grande propriedade rural, na economia primário-exportadora e no trabalho escravo em declínio) tornaram-se mais agudos, exercendo forte pressão sobre o governo. Em primeiro lugar, a questão do trabalho escravo colocava, de um lado, grandes proprietários de terra e, de outro, os setores urbanos, adeptos do abolicionismo. Sua libertação suprimiu uma das bases de sustentação da ordem imperial. Em segundo lugar, o problema da autonomia das províncias contrapunha os centralizadores e os partidários da descentralização. Em terceiro lugar, a Guerra do Paraguai trouxe como consequência o desequilíbrio das finanças públicas, o fortalecimento do papel político do Exército e a exposição da contraditória condição do soldado escravo, contribuindo para desestabilizar ainda mais o governo. Por último, o precário estado de saúde do imperador, muito querido pelos súditos de todas as classes, colocava em primeiro plano a questão sucessória e a ameaça de que o país viesse a ser governado com o concurso de um estrangeiro, o conde D'Eu, marido da princesa Isabel, extremamente antipatizado³⁴¹.

Dom Pedro II encontrou em José Bonifácio um “segundo pai”. Seu primeiro regente era homem preparado, experiente, porém, por demais conservador e fechado às mudanças que o tempo exigia. Com sua destituição, assumiu esse importante papel Manuel Inácio de Andrade Souto Maior, marquês de Itanhaém, que ciente dos acontecimentos em 1822 (Independência), 1824 (Constituição) e 1831 (falecimento de Dom Pedro I), incutia no futuro Imperador ideias sobre constitucionalismo, subordinação à democracia, ao povo e a condição de “primeiro dos funcionários públicos”³⁴².

Dos disciplinados ensinamentos, Dom Pedro II postou-se de forma ordeira, pontual, calma e ponderada. Após várias laudas dedicadas à vida pessoal e pública do Imperador, Calógeras aponta uma falha, por assim dizer, que acabou tendo grandes reflexos no movimento republicano que já se ensaiava: Dom Pedro II não possuía uma visão ampla e completa do problema militar do Brasil e a força política dos partidos políticos e de seus programas³⁴³.

Descentralização política, temporariedade e eleições do/ao Senado e extinção do Poder Moderador passaram a ser a tônica dos manifestos políticos de então, sendo que o dia 3 de novembro de 1870 (data em que foi criado, no Rio de Janeiro, o primeiro clube republicano

³⁴¹ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 838, 2008.

³⁴² CALOGERAS, João Pandiá. **A política exterior do Império: da Regência à queda de Rosas**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 3, p. 395-396.

³⁴³ CALOGERAS, João Pandiá. **A política exterior do Império: da Regência à queda de Rosas**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 3, p. 413. Eduardo Bueno cita que uma série de eventos marcaram a afirmação de uma “classe militar”, que deflagraria o movimento que conduziu à Proclamação da República. A principal insatisfação era o fato de os militares estarem proibidos por lei de se pronunciarem sobre assuntos políticos, sendo que alguns militares passaram a escrever artigos no jornal *A Federação*, de Júlio de Castilhos. (BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 245). Era a “Questão Militar”.

do Brasil, com a participação de Quintino Bocaiúva) passou a ser considerado como o marco do início da jornada política que levaria à queda do Império duas décadas depois³⁴⁴.

A abolição da escravidão, em 13/05/1888, foi o golpe fatal e final na monarquia brasileira, pois foi um movimento político-social que teve efetiva participação popular, odiosa da condição servil e ávida por mudanças e novidades:

Moralmente, foi um sucesso: éramos o último povo da terra a ter, oficialmente, a escravidão (continua, sob o eufemismo de “trabalhos forçados”, de que se ocupa a Sociedade das Nações, nas colônias asiáticas e americanas, de puritanos países da Europa...) Materialmente, uma desgraça: não tínhamos senão em parte de S. Paulo o trabalho livre, ocorreu no começo da safra de café, por isso perdida, arruinada a lavoura da província do Rio, a mais importante no momento, com esse roubo, propriedade garantida pelo Estado, espoliada sem indenização e sem sequer assistir aos negros forros, que, abandonados, incapazes de ganharem a vida, invadiram as cidades e as capitais. Foi, menos pelos escravos, do que contra os senhores, a abolição. Depois de decretada, a grande preocupação, após as festas, foi a queima dos livros, para impedir a indenização. Arruinaram-se os lavradores e, sem trabalho livre organizado, a lavoura. Os conservadores espoliados uniram-se aos liberais na decepção e facilitaram aos republicanos. Custou o trono à Princesa Redentora, que pagou por todos. O Brasil pagou mais³⁴⁵.

Porém, à Proclamação da República não houve envolvimento popular direto: a “Questão Militar”, em torno do General Deodoro da Fonseca, e a pressão de republicanos que o cercam, com Aristides Lobo, Quintino Bocaiúva, Benjamin Constant Botelho de Magalhães, levaram os fatos à deposição da monarquia, estando o povo indiferente à questão. Foram as circunstâncias as verdadeiras proclamadoras da República: “a mudança de regime não passou efetivamente de um golpe militar, com o concurso apenas de reduzidos grupos civis e sem nenhuma participação popular”³⁴⁶.

O Brasil republicano

Tendo Marechal Deodoro da Fonseca concordado com a Proclamação da República, passou-se à formação do “governo provisório”: Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório; Benjamin Constant, Ministro da Guerra; Quintino Bocaiúva, Ministro das

³⁴⁴ GOMES, Laurentino. 1889. São Paulo: Globo, 2013. p. 152.

³⁴⁵ PEIXOTO, Afrânio. **História do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1944. p. 224-225. Bueno chama a atenção para a “ficção jurídica” adotada no Brasil, “segundo a qual as leis ‘pegam’ ou ‘não pegam’”. Segundo ele, não apenas a Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários foram burladas, mas todas as tentativas de limitar o tráfico negreiro e de libertar os escravos foram, sistematicamente, deixadas em segundo plano em nome dos interesses econômicos advindos da escravidão. BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 236.

³⁴⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 43. ed. Brasília, DF: Editora Brasiliense, 2012. p. 155.

Relações Exteriores; Rui Barbosa, Ministro da Fazenda; Aristides Lobo, Ministro do Interior; Campos Salles, Ministro da Justiça; e Eduardo Wandenkolk, Ministro da Marinha³⁴⁷.

A República, nascente, não teve começos tranquilos. Deodoro, chefe do Governo Provisório, forçou a eleição a 1º Presidente constitucional. À oposição, dissolveu o Parlamento. O vice-presidente que lhe deram, o general Floriano Peixoto que encabeça a reação legal, depõe-no, em 91. Sob a acusação de querer continuar no governo além do prazo constitucional, surge a Revolta da Armada em 93, sob a chefia dos almirantes Custódio José de Melo e Saldanha da Gama, vencidos finalmente. Floriano é o consolidador da República, mas deixa o poder no tempo legal. Restabelece-se assim a ordem civil, sendo eleito 2º Presidente, Prudente de Moraes. Daí para cá tem vivido em vicissitudes. Da mística abolicionista que esperava o milagre do Brasil regenerado, caímos, pela decepção, na mística republicana... a decepção desta onde nos levará?³⁴⁸

Relata Gomes que nos primeiros meses, quinze meses especificamente, o governo provisório dedicou-se à intensa atividade legislativa, uma vez que a legislação de então estava atrelada ao regime monárquico recém findado, sendo necessário atender o novo regime que se instalava³⁴⁹, sem contar que a legislação de então ainda estava atrelada a uma concepção bastante limitada e privada de abrangência, ou melhor, as leis, em sua maioria, atendiam a interesses particulares e não gerais:

O expressivo número de leis ligadas a particulares demonstra o que diversos autores denominaram de estrutura ‘patrimonialista’ do Estado brasileiro, posto que a maioria destas leis referirem-se a interesses privados daqueles que poderiam ser considerados como ‘cidadãos’ em busca por direitos que eram negados ao conjunto da sociedade. A Assembleia Geral era uma instituição fechada e grande parte de sua atuação materializou-se na defesa dos interesses de um grupo igualmente pequeno. Entre as solicitações mais comuns dessas leis estavam as licenças, as aposentadorias, as indenizações, a busca por cargos e promoções no Estado, enfim, o gozo dos direitos...³⁵⁰

A partir de então parece que, finalmente, o Brasil assumia posição semelhante a da França pós-revolução, onde os ideais liberais, humanos e democráticos exigiam dos revoltosos a intensa produção legislativa para garantir as buscadas e sonhadas limitações à atuação do Estado.

Diz-se “finalmente” por estarem ocorrendo tais fatos pois, na Europa, o pós-1789, especificamente na França, teve reflexos diretos na Teoria do Estado e na Ciência Política

³⁴⁷ GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013. p. 283.

³⁴⁸ PEIXOTO, Afrânio. **História do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1944. p. 229.

³⁴⁹ GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013. p. 323.

³⁵⁰ SILVA, Lílian França da; SARAIVA, Luiz Fernando. Os atos do Poder Legislativo no Império brasileiro (1826-1889). **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 16, 2011.

ante o nascimento do Estado de Direito, em sua primeira concepção de matiz liberal, pelo qual o Poder Legislativo tornou-se o paladino das aspirações de modernidade.

Aqui, pelo que tudo indica, tal movimento passa a ocorrer cem anos depois. Porém, sem aquele apelo revolucionário imanente às lutas e buscas sociais, uma vez que a população brasileira da época apenas assistiu – se a tanto chegou – ao surgimento de um novo regime – que sequer sabia, essa mesma população, o que, de fato e na prática, modificaria – sem maiores envolvimento diretos.

É por isso que o trabalho legislativo até a Proclamação da República, mesmo sendo intenso acerca de direitos civis e políticos, “nem sempre correspondia efetivamente à expansão dos direitos de todos, mas tão somente daqueles que individualmente conseguiam fazer chegar as suas petições e solicitações ao poder público (no caso a Assembleia Geral)”³⁵¹.

Peixoto aponta, de forma bastante ácida, vicissitudes do novo regime que, em descompasso com o país e com o povo, surgia. Segundo ele, as circunstâncias políticas e sociais não garantiam um mínimo existencial à implantação da democracia, pois o governo democrático, monárquico ou republicano, pressupunha a instrução e a liberdade do povo para escolher seus representantes, sabedores de seus deveres.

Anota Peixoto que, em 1872, os analfabetos do Brasil correspondiam a 84% da população; em 1890, 85%; em 1900, 74%; em 1920, 75%: “a minoria, se sabe ler e escrever, não tem, toda, a educação cívica indispensável” para viver e conviver em um regime democrático: “o que existe aqui, sob o nome de democracia, é apenas uma oligarquia político-militar, construída por políticos profissionais e militares que desdenham sua profissão, para a qual os nomes “monarquia” ou “república” são vestidos exteriores, desajeitados e sem medida”³⁵².

Nomeada a comissão de juristas para elaborar o projeto de uma nova Constituição, isso em 03/12/1889, a Constituinte instalou-se em 15/11/1890, exatamente no dia em que o novo regime completou um ano de existência. “Os trabalhos eram dirigidos pelo circunspecto Prudente de Moraes... No dia 24 de fevereiro de 1891, o país finalmente adotava sua nova Constituição Republicana”³⁵³, uma Constituição que, no dizer de Costa:

[...] francamente inspirada na Constituição americana de 1787, consagrou a República, instituiu o federalismo e inaugurou o regime presidencialista. A separação de poderes ficou mais nítida. O Legislativo continuava bicameral,

³⁵¹ SILVA, Lílian França da; SARAIVA, Luiz Fernando. Os atos do Poder Legislativo no Império brasileiro (1826-1889). *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 19, 2011.

³⁵² PEIXOTO, Afrânio. *História do Brasil*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1944. p. 229.

³⁵³ GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013. p. 327.

sendo agora formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, cujos membros passaram a ser eleitos para mandato de duração certa. Ampliou-se a autonomia do Judiciário. Foi criado o Tribunal de Contas para fiscalizar a realização da despesa pública. As províncias, transformadas em estados, cujos presidentes (ou governadores) passaram a ser eleitos, ganharam grande autonomia e substantiva arrecadação própria. Suas assembleias podiam legislar sobre grande número de matérias. Esse sistema caracterizava o federalismo competitivo³⁵⁴.

A inspiração norte-americana já é possível de ser percebida no nome que o país adotou: República dos Estados Unidos do Brasil. Logo no artigo 1º tem-se a adoção do regime representativo e, no artigo 2º, a transformação das províncias em Estados, obtendo autonomia econômica (artigo 5º).

O artigo 3º previa a construção da nova Capital federal, no planalto central do Brasil, em uma área de 14.400 quilômetros quadrados, denominada Distrito Federal.

Já havia uma distribuição de competências legislativas, cujos róis estavam devidamente previstos nos artigos 7º (competência exclusiva da União) e 9º (competência exclusiva dos Estados).

O Poder Legislativo passou a ser exercido pelo Congresso Nacional, bicameral (“dois ramos”), exatamente como é hoje (artigo 16, parágrafo primeiro), com mandato de três anos (artigo 17, parágrafo segundo), sendo os Deputados e os Senadores invioláveis por suas opiniões, palavras e votos (artigo 19).

O Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República (artigo 41), a ser sucedido pelo Vice-Presidente (parágrafo segundo), pelo prazo de quatro anos, sendo vedada a reeleição para o período presidencial imediato (artigo 43). O primeiro período presencial teve data certa para terminar, qual seja, 15 de novembro de 1894 (parágrafo quarto).

No artigo 47 encontra-se o regramento acerca da eleição do Presidente e do Vice-Presidente por meio de “sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos”, eleição a ocorrer no dia 1º de março do último ano do período presidencial, cabendo ao Congresso a eleição de um dentre os dois que alcançaram as duas maiores votações, no caso de não alcançar maioria absoluta (parágrafos primeiro e segundo).

O Poder Judiciário compunha-se, basicamente, de duas jurisdições: a da Justiça Federal, a cargo da União, exercida por um Supremo Tribunal Federal, composto por quinze juízes nomeados pelo Presidente da República, “elegíveis para o Senado” (artigo 56), e pelos juízes federais de primeiro grau; e a das Justiças Estaduais, a cargo de cada Estado, cuja

³⁵⁴ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 839, 2008.

competência é residual (como hoje: o que não cabe à competência federal, resta à estadual). Já se previu a vitaliciedade dos Magistrados e a irredutibilidade de seus vencimentos (artigo 57).

A organização dos estados espelhava a estrutura dos três poderes da União – Executivo, Legislativo e Judiciário. Eleitos pelo voto direto, governadores e deputados estaduais teriam a competência de tomar decisões e legislar sobre vários temas, incluindo a definição do orçamento regional, a cobrança de determinados impostos e a criação de polícias locais. Seria, porém, de responsabilidade da União a manutenção da forma republicana federativa, o restabelecimento da ordem nos estados por requisição dos próprios governos locais, a execução de leis e sentenças emanadas dos poderes federais. O governo central teria ainda a prerrogativa de intervir em qualquer região do país em caso de agressão estrangeira ou de invasão de um estado por outro³⁵⁵.

O artigo 70 trata da condição de eleitores os cidadãos (apenas os homens) maiores de 21 anos de idade, vedado o alistamento aos mendigos, analfabetos, praças militares e os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades (estes últimos, diante da eventual sujeição à obediência, regra ou estatuto que interfira na liberdade de voto).

Por fim, o artigo 72 previa rol de direitos fundamentais, cujo título da Seção II era “declaração de direitos”. Logo no *caput*, afirmou-se assegurar aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país “a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”, sendo acompanhado de trinta e um parágrafos contendo direitos e garantias (princípios da legalidade, igualdade, liberdade de culto também em cemitérios; vedação de subvenções a cultos ou igrejas; direito de se associar e de se reunir pacificamente; direito de petição; inviolabilidade da residência; casos de prisão em flagrante, relaxamento com ou sem fiança; direito de propriedade; inviolabilidade de correspondência, abolição da pena de morte; legalidade tributária; instituição do júri, dentre outros). Este artigo veio a ser modificado pela Emenda Constitucional de 1926, pela qual a nova redação ajustou-se a uma linguagem mais moderna, não havendo, substancialmente, grandes alterações.

Faoro denuncia a ataca duramente o texto de 1891, chegando a afirmar tratar-se de verdadeira hipocrisia constitucional, pois tanto a Assembleia Constituinte, quanto a Constituição, possuíam caráter meramente formal, nominal, “de fachada”, em claro disfarce, sem legitimidade, pois estaria “despida de energia normativa, incapaz de limitar o poder ou conter os titulares dentro de papéis prévia e rigidamente fixados”³⁵⁶.

³⁵⁵ GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013. p. 329.

³⁵⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 468. Algumas páginas adiante, Faoro insiste na distância entre a constituinte e a Constituição da realidade nacional, afirmando: “a fórmula constitucional será apenas o esboço escrito e jurídico de uma tendência mal definida, de um curso mal redigido, de uma realidade infielmente traduzida” (p. 541).

Peixoto afirma que o republicanismo implantado artificialmente piorou a situação nacional, já que, em seu entender, a Constituição de 1824 seria mais liberal que a Constituição Americana de 1787, ou seja, ter-se-ia retrogradado. Some-se a isso a ausência de educação popular que, “seja, monarquia ou república, são formas superficiais de governo, traduções e, portanto, traições nacionais a tais regimes”³⁵⁷.

A história mostra, então, que nos quase 50 anos de República não houve grandes conformações do Estado, nem na estrutura de governo. Percebe-se que o Poder Executivo modificou-se diante da evidente queda da Monarquia e que tentou, por meio da criação de alguns Ministérios (da Instrução Pública; da Viação e obras Públicas; da Agricultura, Indústria e Comércio), impor um ritmo inovador, moderno, porém, não alcançado:

[...] do ponto de vista da federação, houve uma ligeira redução na capacidade legislativa dos estados, que perderam o poder de legislar sobre determinadas matérias. A República Velha durou cerca de 40 anos. Aos poucos, foi se tornando disfuncional ao Brasil que se transformava, pela diversificação da economia, pelo primeiro ciclo de industrialização, pela urbanização e pela organização política das camadas urbanas. Novos conflitos de interesse dentro dos setores dominantes, entre as classes sociais e entre as regiões punham em causa o pacto oligárquico, as eleições de bico de pena e a política do café-com-leite. Por outro lado, desde a guerra contra o Paraguai (1864-70), o Exército passou a ser um ator político cada vez mais importante, como arena de revoltas ou sujeito de ações determinantes, perseguindo ideais modernizadores ou salvacionistas³⁵⁸.

Na mesma senda de Costa, Peixoto possui compreensão semelhante do período no que diz respeito à leniência, trazendo alguns fatos históricos memoráveis – considerando-os pequenos e poucos diante da importância do período: Revolta da Armada (1893); rebelião dos fanáticos no sertão da Bahia (1897); ganho do Oiapoc – AP (1900); aquisição, da Bolívia, da posse do Acre (1903); grande imigração de europeus; construção da Estrada de Ferro do Noroeste do Brasil (Mato Grosso ao Paraná); explorações do General Rondon³⁵⁹.

Caio Prado Júnior realiza uma importante síntese da evolução econômica do Império, destacando que a primeira metade do Século XIX é marcada pela transição, uma fase de ajustamento à nova situação advinda da Independência e autonomia nacionais, que se prolonga até meados do Século. A expansão das forças produtivas passa a ser nítida a partir de 1850, marcada pela proibição do tráfico africano (“fundam-se 62 empresas industriais, 14 bancos, 3 caixas econômicas, 20 companhias de navegação a vapor, 23 de seguros, 4 de

³⁵⁷ PEIXOTO, Afrânio. **História do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1944. p. 230.

³⁵⁸ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 840, 2008.

³⁵⁹ PEIXOTO, Afrânio. **História do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1944. p. 232-233.

colonização, 8 de mineração, 3 de transporte urbano, 2 de gás, e finalmente 8 estradas de ferro”), pela libertação da especulação dos capitais (inflação de crédito e emissões de papel-moeda – “um incipiente capitalismo dava aqui seus primeiros e modestos passos”), e, sobretudo, na agricultura que se observará o crescimento da produção brasileira (“a lavoura do café, gênero então de largas perspectivas nos mercados internacionais, contará com uma base financeira e de crédito, bem como um aparelhamento comercial suficiente que lhe permitirão a considerável expansão”)³⁶⁰.

Essa concepção é a mesma em Boris Fausto, que traz dados do censo de 1920: “dos 9,1 milhões de pessoas em atividade, 6,3 milhões (69,7%) se dedicavam à agricultura, 1,2 milhão (13,8%) à indústria e 1,5 milhão (16,5%) aos serviços”, explicando que “‘serviços’ englobam atividades urbanas de baixa produtividade, como os serviços domésticos remunerados e ‘bicos’ de vários tipos” e que “o dado mais revelador é o do crescimento do número de pessoas na área industrial, que, pelo censo de 1872, não passava de 7% da população em atividade, mas é bom lembrar que muitas ‘indústrias’ não passavam de pequenas oficinas”³⁶¹.

Destaca Prado Júnior que a Guerra do Paraguai (1865-1870) trouxe abatimentos grandiosos no terreno econômico, comprometendo seriamente as finanças brasileiras, não mais conseguindo, o Império, equilibrar suas contas. Relembra os inúmeros empréstimos internacionais – que impactaram os orçamentos nacionais até recentemente – e a emissão de vultosa quantia de papel inconversível, sem lastro, o que permitiu, paradoxalmente, um grande crescimento:

O Império, quando em 1889 se extingue e é substituído pela República, terá coberto uma larga e importante etapa da evolução econômica do país... A população crescera para 14 milhões de habitantes; nas categorias mais elevadas desta população vamos encontrar riqueza e bem-estar que de certa forma se emparelham com suas correspondentes do velho continente, o que não observamos em nenhum outro momento do passado... O intercâmbio comercial externo do Brasil cifrava-se em cerca de 500.000 contos (50 milhões de libras esterlinas-ouro), o que colocava o país entre os participantes significativos do comércio internacional. As rendas públicas nacionais ascendiam a 150.000 contos (15 milhões de libras); e a riqueza total do país avaliava-se em 20.000.000 de contos.

O aparelhamento técnico se desenvolvera bastante. As estradas de ferro, cujo estabelecimento data de 1852, somavam cerca de 9.000 km de linhas em tráfego, e outros 1.500 em construção. A navegação a vapor se estendera largamente, e além das linhas internacionais, articulava todo o longo litoral brasileiro desde o Pará até o Rio Grande do Sul; prolongava-se ainda para o

³⁶⁰ PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 43. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 2012. p. 143-144.

³⁶¹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 282.

Sul, e pelo Rio da Prata e rios Paraná e Paraguai, comunicava Mato Grosso com o resto do país... A navegação fluvial a vapor se instalara também em outros rios menores distribuídos ao longo da costa brasileira e penetrando o interior... Esta navegação somava ao redor de 50.000 km de linhas em tráfego regular³⁶².

Ou seja: apesar de suas deficiências, o Brasil progrediu e orientou-se aos tempos vindouros, lançando suas bases ao futuro, um progresso industrial que, juntamente com a agricultura, garantiriam uma ampliação de seus horizontes até então desconhecida e que se prolongará até 1930, como se verá. A abolição da escravatura e a aposta na imigração dos povos de várias regiões da Europa, a crescente urbanização e a diversificação econômica conseguirão canalizar para o Brasil uma forte e regular corrente de trabalhadores.

Eleito, pelo Congresso (como se pode chamar de “eleição indireta”), Presidente em 25/02/1891, Deodoro da Fonseca renunciou em favor de Floriano Peixoto em 23/11/1891 que, por sua vez, enfrentou situações bastante semelhantes a de seu antecessor: revoltas, revoluções, descontentamentos dos militares, descontentamentos da elite civil com os militares etc.

De mais a mais, o mandato de Floriano Peixoto não deixava de ser inconstitucional, pois a Constituição de 1891, em seu artigo 42, previa que “se no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição”, o que não ocorreu, já que Deodoro da Fonseca governou por apenas nove meses. Tal fato confirma o que se já disse anteriormente acerca da hipocrisia constitucional, ou sobre a ficção constitucional que vem assolando esta terra até os dias atuais e que, na época de Floriano, gerava descontentamentos e desgastes justamente diante da situação de falta de legitimidade constitucional.

As degolas da Revolução Federalista são um exemplo eloquente do clima de ódio que se instalou no Brasil nos anos seguintes à Proclamação da República, em especial no período entre a ascensão de Floriano Peixoto, em novembro de 1891, e a posse do segundo presidente civil, Campos Salles, sete anos mais tarde. Massacres, fuzilamentos, prisões e exílios forçados foram o preço que o novo regime pagou pela própria consolidação³⁶³.

O primeiro Presidente civil foi Prudente de Moraes (Prudente José de Moraes Barros), eleito em 01/03/1894 e empossado em 15/11/1894, não apoiado por Floriano Peixoto que sequer transmitiu-lhe oficialmente o cargo. Além do constante medo da fragmentação territorial (o que era impulsionado por diversas “guerras civis”, como a Revolução

³⁶² PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 43. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 2012. p. 146.

³⁶³ GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013. p. 359.

Federalista, no Sul, e Canudos, na Bahia), a substituição dos militares por civis nas estruturas de poder deixavam Prudente de Moraes como principal alvo dos descontentamentos.

Bueno assevera que a eleição de Prudente de Moraes, embora o primeiro eleito pelo voto, representou o retorno da classe latifundiária e não garantiu, em seus quatro anos de mandato, a estabilidade que o país tanto necessitava. Sua proximidade com a oligarquia latifundiária permitiu a implantação da “república dos fazendeiros”, sistema econômico-político que permaneceria no poder até 1930³⁶⁴.

As eleições presidenciais de 1898, quando Campos Salles restou eleito como o segundo civil na Presidência da República, ocorreu de forma tranquila por culpa – se é que assim se pode tratar – dos próprios militares³⁶⁵ (os *jacobinos*) descontentes com Prudente de Moraes. Consta que o Presidente fora recepcionar os soldados que retornavam da Bahia (e que haviam lutado em Canudos), quando um soldado tentou matá-lo, não obtendo êxito haja vista a interferência do Marechal e Ministro da Guerra Carlos Bittencourt, que acabou sofrendo os golpes de faca e morrendo imediatamente³⁶⁶. Era o que Prudente de Moraes necessitava para endurecer seu regime, afastar o Exército do centro do poder, decretar estado de sítio e moldar definitivamente a forma republicana e o sistema federativo de Estado³⁶⁷.

Fortalecido pelos acontecimentos, Prudente de Moraes concluiu seu governo livre de conspirações e realizou as eleições de 1898 com um país politicamente estabilizado, porém sem dinheiro para honrar seus compromissos internacionais³⁶⁸, transferindo o poder para o segundo civil na Presidência da República, como dito, seu conterrâneo, Manuel Ferraz de Campos Salles (1898-1902).

Campos Salles instituiu a “política dos governadores” – que, basicamente, compreendia a substituição dos partidos políticos pelo apoio incondicional dos governadores

³⁶⁴ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 256.

³⁶⁵ O desprestígio do militar, do Exército, se deu em razão do “militarismo”, interpretação equivocada e oposta à importância das instituições militares a um Estado. Faoro muito bem esclarece a diferença: “o militarismo, governo da nação pela espada, arruína as instituições militares, subalternidade legal da espada à nação. As instituições militares organizam juridicamente a força. O militarismo a desorganiza. O militarismo está para o Exército, como o fanatismo para a religião, como o charlatanismo para a ciência, como o industrialismo para a indústria, como o mercantilismo para o comércio, como o cesarismo para a realeza, como o demagogismo para a democracia, como o absolutismo para a ordem, como o egoísmo para o eu”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 548.

³⁶⁶ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 257.

³⁶⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 561.

³⁶⁸ GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013. p. 378. A situação econômica brasileira era tão periclitante que metade dos bancos instalados no Brasil foram à falência em 1900. A renegociação das dívidas deixadas por Prudente de Moraes com a Inglaterra – com a Casa Rothschild – permitiu a Campos Salles um certo êxito que não durou muito, pois o dinheiro foi utilizado para o pagamento dos juros da dívida (cujos pagamentos foram suspensos – moratória – em 1911, causando ainda mais abalo econômico e político ao país). BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 258.

dos Estados ao seu programa de governo – é a conhecida “política do café com leite” – pela qual a aliança entre São Paulo e Minas Gerais³⁶⁹ permitirá a alternância de poder entre os representantes destes dois Estados – o que vai se estender até 1930.

Ao longo da República Velha, o café manteve de longe o primeiro lugar na pauta das exportações brasileiras, com uma média em torno de 60% do valor total. No fim do período, representava em média 72,5% das exportações. Dependiam do produto o crescimento e o emprego, nas áreas mais desenvolvidas do país. Ele fornecia também a maior parte das divisas necessárias para as importações e o atendimento dos compromissos no exterior, especialmente os da dívida externa³⁷⁰.

Como o objetivo desta análise histórica brasileira não é a individualização e particularização dos Presidentes, mas, sim, realizar um apanhado acerca da existência jurídica-política-econômica do Estado como um todo, a fim de permitir uma análise geral das conjunturas que ocorreram, afetaram e trouxeram o Estado brasileiro – e a Administração Pública – ao que se conhece hodiernamente, mostra-se prescindível dedicar mais linhas a cada personagem e seus feitos comissivos ou omissivos.

Para constar, sucederam-se, então, na Presidência da República, Deodoro da Fonseca (1889-1891), Floriano Peixoto (1891-1894), Prudente José de Moraes Barros (1894-1898), Manuel Ferraz de Campos Salles (1898-1902), Francisco de Paula Rodrigues Alves (1902-1906); Afonso Augusto Moreira Pena (1906-1909); Nilo Peçanha, Vice-Presidente (1909-1910); Hermes Rodrigues da Fonseca (1910-1914); Wenceslau Braz Pereira Gomes (1914-1918); Delfim Moreira, Vice-Presidente (1918-1919); Epitácio da Silva Pessoa (1919-1922); Artur da Silva Bernardes (1922-1926); Washington Luis Pereira de Sousa (1926-1930); até chegar a Getúlio Dorneles Vargas, em 1930.

Percebe-se que a história do Estado brasileiro, a formação do Estado nacional, possui três períodos bem definidos e característicos: o **Império**, de 1822 a 1889; a **República Velha**, de 1889 a 1930; e o “novo Brasil”, a partir de 1930, ou melhor, a partir da Revolução de 1930. Como bem asseverou Costa, a Revolução “representou muito mais do que a tomada do poder por novos grupos oligárquicos, com o enfraquecimento das elites agrárias. Significou, na verdade, a passagem do Brasil agrário para o Brasil industrial”³⁷¹.

³⁶⁹ “Os pequenos Estados obedecem porque são pobres e continuam pobres porque não participam dos estímulos comandados pela União. Essa circunstância permitiu que a *política dos governadores* evoluísse para a supremacia do Presidente da República, numa tendência que o presidencialismo favorecia. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 568.

³⁷⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 273.

³⁷¹ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 840, 2008.

O “novo” Brasil a partir de 1930

Até 1930, fortes crises assolaram o País (na ordem financeira: emissão incontrolável de moeda, escassez de equilíbrio monetário, desequilíbrio da balança externa, superprodução do café, declínio da exportação da borracha, intervenção excessiva do Estado na economia, pagamento da dívida externa que não parava de subir, crise mundial de 1929...); agitação política, fortalecimento do poder central/União, fraudes eleitorais, aliciamento dos pequenos Estados; enfrentamentos com e dos militares (Tenentismo, 18 do Forte), agitações sociais (Revolta da Chibata e Contestado); Revolução Gaúcha de 1923; Revolução Paulista de 1924; reclamos daqueles que não conseguiam “patrocínio do governo” (Coluna Prestes); envolvimento do Brasil na I Guerra Mundial; o “coronelismo”; o fortalecimento dos partidos políticos (a exemplo do Partido da Mocidade, Liga Nacionalista, Partido Democrático, Partido Comunista do Brasil [PCB], Partido Republicano Rio-grandense [PRR], Partido Republicano Paulista [PRP], Partido Republicano Mineiro [PRM]).

A proteção excessiva à indústria distrai o Brasil de produtor de matérias primas, mantendo internamente, privilégios e monopólios abusivos, enquanto nos reduz à miséria cambial por escassez de exportação... Infelizmente não produzimos nem fabricamos tudo o que falta e não poderemos adquirir. Falta-nos educação popular; faltam-nos estadistas, que só podem trabalhar nela apoiados. O povo inculto espera o milagre e não compreende sequer que não há, no mundo terrestre, boa política sem boas finanças. O café, que nos proporcionou a prosperidade do século XIX, dando para tudo, entra em declínio...³⁷²

Faoro resume as vicissitudes da época – e que até atualmente ainda marcam indelevelmente a nossa existência – afirmando que “o problema do político era o poder, só o poder, para os chefes e para os Estados, sem programas para atralhar ou ideologias desorientadoras”³⁷³, no sentido de que a população sempre foi deixada ao léu, sem ser alvo de

³⁷² PEIXOTO, Afrânio. **História do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1944. p. 234-235.

³⁷³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 588. Discutia-se se o Estado devia intervir para proteger o operário (instituinto limite das horas de trabalho, proibindo o trabalho de menores, exigindo programas que evitassem os acidentes de trabalho, a implantação de seguros e aposentadorias, a proteção e o necessário descanso às gestantes, dentre outros) ou se deveria intervir para garantir a ordem. Citando Rui Barbosa, Faoro insiste que o centro das lutas políticas era o “**PODER PELO PODER**”, evitando “que o povo se emancipasse para não ameaçar seu domínio”: “o poder, no Brasil, não é senão uma tarima de senzala, acobertada de baixas pompas”, sendo que o povo não passe de “uma ralé semi-animal e semi-humana de escravos de nascença, concebidos e gerados para a obediência, como o muar para a albarda, como o suíno para o chiqueiro, como o gorila para a corrente”. (p. 612).

políticas públicas inclusivas e de maiores cuidados por parte do Estado³⁷⁴, o que somente vai passar a ocorrer a partir de Vargas.

Convém destacar que a Revolução de 1930 não foi uma contenda plebeia ou, simplesmente, operária: houve, sim, uma heterogeneidade dos grupos revolucionários³⁷⁵ que permitiu, a partir de 1930³⁷⁶, uma troca no poder – tanto no que diz respeito a aspectos políticos e ideológicos, quanto de grupos sociais – e o nascimento de um Novo Estado³⁷⁷, destacando-se:

1. a atuação econômica, voltada gradativamente para os objetivos de promover a industrialização; 2. a atuação social, tendente a dar algum tipo de proteção aos trabalhadores urbanos, incorporando-os, a seguir, a uma aliança de classes promovida pelo poder estatal; 3. o papel central atribuído às

³⁷⁴ Ananias faz questão de apontar que a maior característica do Estado brasileiro até 1930 era – e acredita-se que, infelizmente, ainda é – a “relação promíscua entre o público e o privado”, o que ficou claro nos relatos acima, eis que a busca do “poder pelo poder”, o coronelismo, enfim, as “trocas de favores” sempre marcaram a existência do Brasil e não permitiram separar, clara e objetivamente, o público do privado (p. 335). “A questão social no Brasil só vai aparecer com certa força a partir de 1930”, porém, somente com a Constituição de 1988 é que “a assistência social é posta pela primeira vez no campo das políticas públicas”. ANANIAS, Patrus. *Gestão pública: desassombrando nossa história*. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, p. 337, out./dez. 2010. 2010.

³⁷⁵ Como bem esclarece Boris Fausto, o quadro era bastante heterogêneo, porém, todos possuíam um mesmo adversário e por isso a união dessas pessoas: “os velhos oligarcas, representantes típicos da classe dominante de cada região do país, desejavam apenas maior atendimento a sua área e maior soma pessoal de poder, com um mínimo de transformações; os quadros civis mais jovens inclinavam-se a reformular o sistema político e se associaram transitariamente com os tenentes, formando o grupo dos chamados ‘tenentes civis’; o movimento tenentista – visto como uma ameaça pelas altas patentes das forças armadas – defendia a centralização do poder e a introdução de algumas reformas sociais; o Partido Democrático – porta-voz da classe média tradicional – pretendia o controle do governo do Estado de São Paulo e a efetiva adoção dos princípios do Estado liberal, que aparentemente asseguraria seu predomínio”. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 326.

³⁷⁶ Após profunda abordagem acerca do pós-1922 (disparos no Forte de Copacabana), Faoro afirma que o fim da República Velha se inicia exatamente em 1922, eis que os descontentamentos políticos, econômicos e sociais fariam ebulir o querer de um novo tempo: “1922 leva a 1930, numa trajetória necessária. Mas 1922 não é 1930, nem a revolução está nas revoltas militares. Nesse curso de oito anos, alimentado por lenta desintegração, as defesas ideológicas do regime republicano perderam a consistência. As glórias sonhadas pelos propagandistas, as utopias dos extremados, o federalismo dos homens práticos convertem-se, na consciência geral, em instituições odiosas. Alguns elementos se transformam, o federalismo concentra-se no presidencialismo forte, o país essencialmente agrícola transige com as indústrias, mesmo as ‘artificiais’, o liberalismo cede o lugar ao intervencionismo estatal. Estas oscilações, com reformas secundárias, ao invés de satisfazer as reivindicações, confirmam o humor cético, acentuam a descrença do sistema, sugerem a reorganização do teatro e a aposentadoria dos atores”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 678.

³⁷⁷ Na nota 294, foi anunciada a divisão da história política brasileira em três ciclos: Estado e Integração Territorial; Nação e Desenvolvimento; e Democracia e Justiça Social. É a partir de 1930, durante o “ciclo” Nação e Desenvolvimento, que há o surgimento do primeiro PACTO (Bresser-Pereira trabalha com três ciclos e cinco pactos), o Pacto Nacional-Popular, no qual a sociedade é que se antecipa ao Estado e exige “uma estratégia nacional-desenvolvimentista”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 20, 2012.

Forças Armadas – em especial o Exército – como suporte da criação de uma indústria de base e sobretudo como fator de garantia da ordem interna³⁷⁸.

Na área econômica, o Brasil se destacava pela exportação de produtos primários, entre os quais o café merece maior destaque. O Estado interferia diretamente nos negócios, pois protegia os cafeicultores por meio de políticas de câmbio favorável e de formação de estoques reguladores.

Porém, com a crise de 1929, a diminuição das exportações fez com que o governo federal fosse obrigado a continuar comprando, mesmo que com preços reduzidos, o excedente do café não-exportável, formando estoques que não conseguia comercializar, chegando a queimar os que envelheciam para dar lugar à aquisição de novas safras.

O Estado exercia um papel fundamental no controle da economia (transferindo rendas para os trabalhadores-consumidores e estimulando a substituição das importações com uma série de iniciativas de produção industrial) e de indutor do desenvolvimento:

[...] passou-se a propugnar uma política de crescimento baseada na industrialização via substituição de importações, reduzindo a dependência das economias primário-exportadoras, sujeitas à crescente desvalorização de seus produtos. De outro, o sucesso do *New Deal*, política de intervenção do Estado na economia americana para recuperar sua dinâmica de crescimento, levava a pensar que ela também seria possível e desejável para promover o crescimento das economias periféricas. O Estado nacional poderia liderar o processo de desenvolvimento, estabelecendo barreiras alfandegárias, construindo infraestruturas, criando subsídios e incentivos e oferecendo crédito. Esse papel supunha não só a capacidade de gerar poupança interna para participar da formação bruta de capital como também um elevado grau de intervenção na economia, em particular, e na vida social em geral. Estavam lançadas as bases do modelo de crescimento e do Estado intervencionista brasileiro³⁷⁹.

Essa nova concepção de Estado – o Estado intervencionista, fomentador da economia e do crescimento, protetor dos trabalhadores e dos hipossuficientes – já é um prenúncio da *reforma do Estado*, que surge a partir e exatamente do novo papel intervencionista que o Estado assumiu (não apenas no Brasil, mas na América Latina³⁸⁰) diante da necessidade de melhorar a sua capacidade de gestão.

³⁷⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 327. Sintetiza Fausto “que o Estado getulista promoveu o capitalismo nacional, tendo dois suportes: no aparelho do Estado, as Forças Armadas; na sociedade, uma aliança entre a burguesia industrial e setores da classe trabalhadora urbana”.

³⁷⁹ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 832, 2008.

³⁸⁰ Gileno Fernandes Marcelino afirma que há uma “herança administrativa latino-americana a partir de um passado de disfunções políticas”, de modo que para ele as principais deficiências do Estado latino-americano

Beatriz Wahrlich fixa a década de 1930 como o *dies a quo* da reforma administrativa brasileira, enfatizando que a marca dos reformistas foi a ênfase mais aos meios (atividades de administração geral) do que aos fins (atividades substantivas). No entanto, iniciou-se a observância daquilo que a teoria administrativa – e jurídica – consagra como os “princípios da administração”, baseada na ideologia da “reforma modernizadora” dos modelos “taylorista/fayoliano/weberiano”³⁸¹³⁸².

Na tarde do dia 3 de novembro de 1930, Getúlio Vargas tomou posse “provisoriamente” no governo federal. Esse “provisório” perdurou por 15 anos sucessivos, de provisório a presidente eleito por voto indireto e, por fim, ditador. Foram, portanto, quatro anos de governo provisório, três de governo constitucional e oito de ditadura. Deposto em

podem ser expressadas em cinco pontos: a) a rigidez do aparato central do governo que limita a capacidade de gestão; b) a descentralização estatal cresceu desenfreadamente, gerando um baixo nível de articulações governamentais (União, Estados, Municípios, administração direta e indireta, Poderes etc.); c) problemas na tomada de decisões e, conseqüentemente, na formulação de políticas públicas; d) desentrosamento e distanciamento entre o aparato governamental e a sociedade e os cidadãos; e) ausência de uma efetiva política de pessoal aos agentes estatais que efetive produtividade, eficiência e eficácia no setor público. MARCELINO, Gileno Fernandes. A nova estratégia da reforma do Estado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, p. 56-57, 1990.

³⁸¹ WAHRLICH, Beatriz M. De Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 28, 1974.

³⁸² A história da Administração – não se tratando apenas da Administração Pública, mas principalmente, a Administração do âmbito privado que antecedeu a Administração Pública e que esta, ainda hoje, não adotou integralmente todas as concepções científicas da Administração, o que resulta a falta de eficiência, em regra, da Administração Pública – conta que, por volta de 1.100 a.C., os chineses já teriam praticado as quatro funções básicas da Administração, quais sejam, PLANEJAR, ORGANIZAR/ASSESSORAR, LIDERAR e CONTROLAR. No entanto, somente com o advento do momento histórico que passou a ser conhecido como “Revolução Industrial”, que as oportunidades para produção em massa geraram um pensamento intenso e sistemático sobre problemas e questões de ordem administrativa, notadamente com relação à eficiência, processos de produção e redução de custos. ADAM SMITH abordou a Administração de forma *sistemática*, defendendo a necessidade de construção de procedimentos e processos específicos nas operações para assegurar a coordenação dos esforços, enfatizando as operações econômicas, assessoria adequada, manutenção de estoque e controle organizacional. FREDERICK TAYLOR introduziu a abordagem *científica* à Administração, que consistia na aplicação de métodos científicos para analisar o trabalho e determinar como completar as tarefas de produção de forma eficiente, incluindo o pagamento de gratificações e bônus aos empregados que apresentassem níveis diferenciados de produtividade. MAX WEBER, com o intuito de obter mais eficiência administrativa, acreditava que com a *burocracia* os resultados diferentes poderiam ser eliminados, em uma organização onde os administradores possuísem habilidades, experiência e objetivos. Recomendava que os cargos fossem padronizados de modo que a mudança de pessoal não desintegrasse a organização. Enfatizava a existência de uma rede estrutural e formal de relacionamentos entre posições especializadas numa organização. As regras e regulamentações padronizariam o comportamento e a autoridade, agora, era sobre as posições e não sobre os indivíduos. Como resultado, a organização não precisaria apoiar-se em apenas um indivíduo, mas obteria eficiência e sucesso seguindo as regras e regulamentações. Por fim, HENRY FAYOL adicionou uma quinta função básica da Administração (COORDENAR), enfatizando, com isso, a *gestão administrativa*. Definiu quatorze princípios administrativos: divisão do trabalho; autoridade; disciplina; unidade de comando; unidade de direção; subordinação do interesse individual ao interesse geral; remuneração; centralização; hierarquia; ordem; equidade; estabilidade e manutenção do pessoal; iniciativa e espírito de equipe (ver CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 9. ed. São Paulo: Manole, 2014. Ver também MARIANO, Magali Silveira B. **Teoria geral da administração**. São Paulo: Interciencia, 1979).

1945, retornaria à Presidência pelo voto popular em 1950, porém, não finalizou seu mandato por haver se suicidado em 1954.

A assunção de Vargas gerou uma forte centralização do poder, pois dissolveu o Congresso Nacional, os legislativos estaduais e municipais; suspendeu a Constituição; nomeou interventores em todos os Estados (exceto Minas Gerais); criou o Ministério do Trabalho; criou o Conselho Nacional do Café (CNC) para controlar a política do café; reintroduziu o monopólio cambial do Banco do Brasil; introduziu uma política governamental específica na área trabalhista, criando órgãos, leis e a sindicalização dos trabalhadores; combateu o analfabetismo, criando o Ministério da Educação e Saúde; baixou o Estatuto das Universidades Brasileiras³⁸³; enfim, atuou em pontos sensíveis até então pouco atendidos por ações governamentais³⁸⁴.

Surgia um Estado forte, paternalista, centralizador e nacionalista. Acabava-se o federalismo descentralizado e liberal da ‘república dos fazendeiros’. A intervenção do Estado na economia crescia: os sindicatos e as relações trabalhistas passaram a ser controladas pelo governo. Empresas estrangeiras eram obrigadas a ter 2/3 de empregados brasileiros e a pagar um tributo de 8% sobre os lucros enviados ao exterior. Em breve, Vargas se sentiria forte o bastante para tentar perpetuar-se no poder³⁸⁵.

A luta pela constitucionalização do país fez eclodir a Revolução de 1932, que ficou limitada a São Paulo, sem o apoio de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul. A classe trabalhadora também se omitiu. A pressão foi tamanha que o Governo Provisório decidiu constitucionalizar o país e, para isso, realizou a eleição para a Assembleia Nacional Constituinte em maio de 1933, que resultou na promulgação da nova Constituição em 16 de julho de 1934.

Ela se assemelhava à de 1891 ao estabelecer uma República federativa... O modelo inspirador era a Constituição de Weimar... Três títulos inexistentes nas Constituições anteriores tratavam da ordem econômica e social; da família, educação e cultura; da segurança nacional... Previa a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas-d’água... Os dispositivos de caráter social asseguravam a pluralidade e a autonomia dos sindicatos, dispondo também sobre a legislação trabalhista... estabelecia o princípio do

³⁸³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 333-340.

³⁸⁴ Como bem destaca Beatriz Wahrlich, no tocante às reformas administrativas, “a fase pioneira começou sob o regime Vargas, nos longínquos anos da década de 30. Nesses primórdios, não havia um plano formal de reforma administrativa, e não foi explicitamente adotada uma teoria administrativa. A maior parte das mudanças ocorreu na estrutura da organização governamental, especialmente naqueles departamentos e órgãos voltados para o atingimento de metas sociais”. WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas: uma apreciação geral. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 49, 1984.

³⁸⁵ BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010. p. 339.

ensino primário gratuito e de frequência obrigatória... O serviço militar foi considerado obrigatório...³⁸⁶

A Constituição de 1934 manteve o nome “República dos Estados Unidos do Brasil” e deixou claro, logo nos primeiros artigos, a importância da União, pois fixou diversas competências privativas administrativas e legislativas.

O Poder Legislativo manteve-se bicameral (artigo 22 – Câmara dos Deputados, com representantes do povo, e Senado Federal), com legislatura de quatro anos. Manteve-se, também, a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato (artigo 31), incluindo-se limitações ao exercício de outras funções (artigo 33). O processo legislativo assemelha-se ao atual.

As incumbências do Senado Federal serão encontradas no artigo 88 e seguintes, no capítulo destinado à “Coordenação dos Poderes”. O artigo 88 determina que “incumbe – ao Senado Federal – promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”, sendo composto de dois representantes de cada Estado e do Distrito Federal, com mandato de oito anos.

Quanto ao Poder Executivo, fixou-se, no artigo 52, que o mandato presidencial duraria “um quadriênio, não podendo o Presidente da República ser reeleito senão quatro anos depois de cessada a sua função”. O Presidente seria escolhido por sufrágio universal, direto, secreto e por maioria de votos, prevendo a realização de nova eleição acaso ficasse vago o cargo dentro dos dois primeiros anos. Previu-se eleição indireta no caso de vacância do cargo nos dois últimos anos.

Dentre as várias atribuições do Presidente da República, a leitura do artigo 56 deixa clara a limitação dos seus poderes, notadamente o de expedir decretos e regulamentos com a finalidade de conferir fiel execução às leis, determinação essa com que destoou o Governo Vargas ao longo do período ditatorial.

O artigo 63 previu o Poder Judiciário e seus órgãos (a Corte Suprema, os Juízes e Tribunais Federais, os Juízes e Tribunais Militares, o Juízes e Tribunais Eleitorais), mantendo as garantias de vitaliciedade (aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade), inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (artigo 64).

³⁸⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 351-352.

O artigo 76 foi dedicado à fixação da competência da Corte Suprema (bastante semelhantes às competências atuais, inclusive já sendo previstos os recursos ordinário e extraordinário).

O Ministério Público aparece no artigo 95 e seguintes como órgão de cooperação nas atividades governamentais, cabendo à lei nacional organizar o Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como à lei estadual o seu respectivo Ministério Público Estadual.

A partir do artigo 106 é encontrada a “Declaração de direitos”. Nos artigos 106 a 112 foram previstos os direitos políticos; no artigo 113, os direitos e garantias fundamentais (já estando fixados igualdade, legalidade, liberdade religiosa, inviolabilidade de correspondência, livre manifestação do pensamento, direito de petição, liberdade de reunião e de associação para fins lícitos, exercício de qualquer profissão, inviolabilidade de domicílio, direito de propriedade, direitos autorais, a regra da fiança, ampla defesa, irretroatividade das leis salvo para beneficiar o réu, rápido andamento dos processos nas repartições públicas, dentre outros).

Segue-se com a ordem econômica e social, família (constituída apenas pelo casamento indissolúvel), educação e cultura, segurança nacional (com a criação do Conselho Superior de Segurança Nacional – artigo 159; obrigatoriedade de juramento à bandeira nacional), funcionários públicos (estabilidade após dois anos, quando investido por concurso de provas e de dez anos nos demais casos; responsabilidade solidária com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quais quer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo – artigo 171).

Finalizam as disposições transitórias, onde foi fixado que “promulgada esta Constituição a Assembleia Nacional Constituinte elegerá, no dia imediato, o Presidente da República para o primeiro quadriênio constitucional”, o qual deveria exercer seu mandato até 3 de maio de 1938, o que acabou não ocorrendo com Getúlio Vargas, como se sabe, eleito em 15 de julho de 1934, permanecendo até 1945.

A Constituição de 1934 restabeleceu os direitos e garantias dos cidadãos, restaurou o Poder Legislativo e devolveu a autonomia dos estados. Não consentiu a volta dos mesmos níveis de descentralização que vigoravam na República Velha. Na repartição de encargos e recursos, concentrou competências no nível da União. Promoveu a uniformização das denominações dos cargos de governador e prefeito e fixou limites para a organização e as atribuições dos legislativos estaduais. Inaugurou o federalismo cooperativo, com a repartição dos tributos, beneficiando

inclusive os municípios, e a coordenação de ações entre as três esferas de governo³⁸⁷.

Vários movimentos ideológicos efervesciam e tumultuavam ainda mais o já turbulento clima político e governamental. A Ação Integralista Brasileira (AIB), por meio do movimento intitulado “integralismo”, defendia o controle do Estado sobre a economia e combatia o liberalismo, o socialismo e o capitalismo financeiro internacional nas mãos dos judeus; as Forças Armadas tiveram sobressalto entre 1930 e 1945, ocupando posição de prestígio; reivindicações operária, greves, manifestações fortemente reprimidas com o uso da Lei de Segurança Nacional (LSN) aprovada em 04/04/1935; a Aliança Nacional Libertadora (ANL) aproximava comunistas, tenentes e grupos menores defendendo a suspensão definitiva do pagamento da dívida externa, a nacionalização das empresas estrangeiras, a reforma agrária, a garantia das liberdades populares e a constituição de um governo popular³⁸⁸. Os ideais comunistas assustavam a todos, principalmente após o movimento “Intentona Comunista” de 1935.

O medo do comunismo fez com que, ao longo de 1936, o Congresso aprovasse todas as medidas de exceção solicitadas pelo Governo Vargas³⁸⁹. Mesmo assim, era necessário um fato marcante para permitir a Vargas permanecer no poder e frustrar as eleições que se aproximavam: eis que é “descoberto” o Plano Cohen, pelo qual um militar do exército teria sido surpreendido datilografando um documento no Ministério da Guerra dando conta de um plano de insurreição comunista, sendo seu autor um certo senhor Cohen³⁹⁰.

Mais uma vez o Congresso se manifestou favoravelmente aos pleitos do Governo Vargas, tendo aprovado o estado de guerra e a suspensão das garantias constitucionais. Deputados e Governadores se movimentaram para anunciar que a situação política não comportava a realização segura das eleições e que seria necessário dissolver a Câmara e o Senado, o que permitiu a Vargas, em 10 de novembro de 1937, impedir a entrada dos congressistas no Congresso Nacional e a anunciar a entrada em vigor de uma nova Carta constitucional, dando início ao **Estado Novo**.

A centralização passa a constituir um princípio de organização do Estado brasileiro que se aplica de forma sistemática em todos os setores e níveis de estruturação territorial, lançando-se o governo no projeto desenvolvimentista, criando as bases necessárias da

³⁸⁷ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 843, 2008.

³⁸⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 353, 358, 359.

³⁸⁹ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 345.

³⁹⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 364.

industrialização — a infraestrutura de transporte, a oferta de energia elétrica e a produção de aço, matéria-prima básica para a indústria de bens duráveis – e assumindo papel estratégico na coordenação de decisões econômicas.

Como bem define Costa, “urgia reformar o Estado, o governo e a administração pública”, pois “as velhas estruturas do Estado oligárquico, corroídas pelos vícios do patrimonialismo, já não se prestavam às novas formas de intervenção no domínio econômico, na vida social e no espaço político remanescente”³⁹¹.

A política de Vargas possuía uma nítida atuação dúplice, já que uma face estava voltada às oligarquias rurais e a outra às massas urbanas: “os problemas sociais deveriam ser incorporados ao mecanismo estatal, para pacificá-los, domando-os entre extremismos, com a reforma do aparelhamento, não só constitucional, mas político-social”³⁹². Estabelecer mecanismos de controle da crise econômica (ainda resultante da Grande Depressão de 1929); promover uma alavancagem industrial; e promover a racionalização burocrática do serviço público, por meio da padronização, normatização e implantação de mecanismos de controle eram medidas imprescindíveis ao sucesso da empreitada revolucionária.

Essa nova concepção de atuação governamental, mais ampla e mais organizada, de modo a fazer com que o Estado se mostrasse e se fizesse mais presente, conduziu o Governo Federal a criar, pelo Decreto-lei número 579, de 30 de julho de 1938, o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), cujos principais pontos de reforma foram os seguintes: “a administração de pessoal (tendo o sistema de mérito como pedra angular da reforma); a administração de material (em especial sua simplificação e padronização); o orçamento e a administração orçamentária (com a introdução da concepção do orçamento como um plano de administração); a revisão de estruturas e racionalização de métodos”³⁹³³⁹⁴.

³⁹¹ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 844, 2008.

³⁹² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 693.

³⁹³ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 29, 1974.

³⁹⁴ “De 1936 a 1945 começou a surgir um plano formal, baseado nas teorias administrativas predominantes nas nações ocidentais... Os resultados positivos da fase mencionada podem ser assim resumidos: 1. Melhoria da qualidade dos funcionários públicos... 2. Institucionalização da função orçamentária... 3. Simplificação, padronização e aquisição racional do material... Os resultados negativos podem ser assim descritos: 1. A reforma pretendia realizar demasiado em pouco tempo... 2. Dava ênfase a controle, não a orientação e assistência. 3. Foi altamente centralizada... 4. A estrita observância de normas gerais e inflexíveis desencorajava quaisquer tentativas de atenção a diferenças individuais e a complexas relações humanas”. WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas: uma apreciação geral. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 50-51, 1984.

A reforma administrativa do Estado Novo foi, portanto, o primeiro esforço sistemático de superação do patrimonialismo. Foi uma ação deliberada e ambiciosa no sentido da burocratização do Estado brasileiro, que buscava introduzir no aparelho administrativo do país a centralização, a impessoalidade, a hierarquia, o sistema de mérito, a separação entre o público e o privado. Visava constituir uma administração pública mais racional e eficiente, que pudesse assumir seu papel na condução do processo de desenvolvimento, cujo modelo de crescimento, baseado na industrialização via substituição de importações, supunha um forte intervencionismo estatal e controle sobre as relações entre os grupos sociais ascendentes — a nova burguesia industrial e o operariado urbano³⁹⁵.

Belmiro Castor e Herbert José também acentuam que a máquina estatal brasileira teve importante modernização a partir do Estado Novo, destacando a introdução dos modelos autárquicos com autonomia de gestão; a criação do DASP; a utilização do modelo empresarial privado na administração estatal; e a tentativa de introduzir os conceitos sistêmicos na gestão pública e das empresas pertencentes ao Estado³⁹⁶.

As mudanças que a órbita política vivenciava dizia respeito, como não poderia deixar de ser, à questão econômica, pois havia, segundo Caio Prado Júnior, uma incompatibilidade substancial entre o novo ritmo do país – tratando dos anos de 1930 – e sua condição de mero produtor de “um punhado de matérias-primas destinadas ao comércio internacional”. Restava comprovado, segundo sua análise crítica, que não mais era possível a manutenção da economia brasileira dentro do antigo sistema produtivo tradicional, de modo que a estagnação e a decadência que se seguiram foram apenas as consequências da omissão do Estado diante de fatos evidentes como o crescimento da população (a abolição da escravatura transformou escravos em consumidores; a imigração maciça de trabalhadores europeus) e a elevação do seu padrão de vida³⁹⁷.

Não que o advento do Estado Novo tenha representado um corte radical com o modelo passado, pois a concentração do poder nunca havia ocorrido com tamanha força, até então na história do Brasil, como no período em questão. Uma leitura na Constituição de 1937 evidencia que muitos de seus dispositivos nunca foram ou seriam aplicados – como sempre, no Brasil, os textos constitucionais não passaram de meras “cartas de amor” aos cidadãos – destacando-se o conteúdo das disposições finais e transitórias, como se verá adiante.

³⁹⁵ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 846, 2008.

³⁹⁶ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbet Antonio Age. Reforma e a contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 6, p. 99, 1998.

³⁹⁷ PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 43. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 2012. p. 217-218.

Disse-se acima que vários movimentos ideológicos tumultuavam o ambiente jurídico-político-existencial brasileiro, notadamente o medo do comunismo. E logo na aberta do outorgado texto constitucional de 1937 percebe-se a influência que os acontecimentos mundiais – lembrando que a II Guerra Mundial estava prestes a eclodir – tiveram no Brasil:

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil,
 ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;
 ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;
 ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;
 Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;
 Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País.³⁹⁸

A Constituição de 1937 manteve a denominação de “Estados Unidos do Brasil”, garantindo logo em seu artigo 1º, que “o poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”³⁹⁹.

Após garantir autonomia administrativa e financeira aos Estados (artigo 8º), previu que o Governo Federal intervirá nos Estados por meio de decreto presidencial (artigo 9º). Previu as competências da União (artigos 15, 16, 17 e 20), inclusive no que diz respeito à criação de tributos.

O texto constitucional previa, também, competência administrativa, financeira e tributária aos Municípios (artigo 26), aos quais seria nomeado livremente o Prefeito por ato

³⁹⁸ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

³⁹⁹ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

do Governador do Estado (artigo 27) e os seus Vereadores seriam escolhidos por meio de voto dos respectivos municípios.

O Poder Legislativo, exercido pelo Parlamento Nacional (artigo 38), foi fixado de forma bicameral, porém, um tanto distinto do que é atualmente: havia a Câmara dos Deputados (composta por representantes do povo, eleitos mediante sufrágio indireto – artigo 46) e o Conselho Federal (composto por representantes dos Estados – a cada Assembleia Legislativa cabia eleger um representante e outros dez membros eram nomeados pelo Presidente da República, todos com mandato de seis anos – artigo 50).

Havia o Conselho da Economia Nacional, órgão consultivo e normativo composto por membros nomeados pelo Presidente da República (artigos 38 e 59), cujas atribuições iam da organização da economia nacional, passando pela edição de normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho, chegando emissão de pareceres acerca da organização e reconhecimento de sindicatos ou de associações profissionais, dentre outras (artigo 61).

Chama a atenção o disposto no parágrafo primeiro do artigo 64⁴⁰⁰, pelo qual “a nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal”, em evidente contradição com o texto do artigo primeiro, que fixava a democracia como fundamento do Estado.

O artigo 73⁴⁰¹ previa que “o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País”. As competências privativas foram enumeradas no artigo 74 e artigo 75 listava suas prerrogativas, dentre as quais a de indicar um dos candidatos à Presidência da República, de dissolver a Câmara dos Deputados e de adiar, prorrogar ou convocar o Parlamento. O mandato previsto era de seis anos (artigo 79).

O Poder Judiciário, previsto no artigo 90, passou a se constituir pelo Supremo Tribunal Federal (composto por onze Ministros – artigo 97), pelos Juízes e Tribunais dos Estados, pelos Juízes e Tribunais militares. No artigo 94⁴⁰² vedou-se, expressamente, “ao

⁴⁰⁰ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁴⁰¹ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁴⁰² BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, quiçá com base na diferença entre atos administrativos e atos políticos ainda hoje abordada por doutrinadores despreocupados com o atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo. A Justiça Federal foi extinta e as causas em curso seriam julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 185).

Interessante, a partir do artigo 122, a previsão de direitos e garantias individuais, cujo vigor de alguns restou “suspensão” por meio do Decreto n. 10.358, de 1942!, fato este que comprova o caráter simbólico que os textos constitucionais vêm fazendo parte do Estado brasileiro desde os seus primórdios, sem a maior preocupação de concretização ou, no mínimo, respeito.

Como dito, nas “disposições transitórias e finais”, nos artigos 175 a 187, é que Vargas acabou governando durante todo o tempo, por meio dos decretos-leis, pois:

O presidente da República aí recebia poderes para confirmar ou não o mandato dos governadores eleitos, nomeando interventores nos casos de não-confirmação. A Constituição entrava em vigor imediatamente e devia ser submetida a um plebiscito nacional. O Parlamento, as Assembleias estaduais e as Câmaras Municipais eram dissolvidas, devendo realizar-se eleições para o Parlamento somente depois do plebiscito. Enquanto isso, o presidente tinha o poder de expedir decretos-lei em todas as matérias de responsabilidade do governo federal. O artigo 186... declarava em todo o país o estado de emergência, suspendendo assim as liberdades civis garantidas formalmente pela própria Carta Constitucional⁴⁰³.

Costa, tratando das reformas administrativas pelas quais passou/passa o Brasil, de um modo até mesmo jocoso, diz que desde 1930 o Brasil vive na era Vargas: “uma era Vargas com Vargas (1930-1954), uma era Vargas sem Vargas (1955-1989) e, a partir de 1990, uma era Vargas contra Vargas”, no sentido de que, desde então, as forças políticas que se sucederam e se alternaram no poder ou tentaram/tentam capturar sua herança ou a renegá-la:

A era Vargas com Vargas, que vai da revolução liberal de 1930 até a morte do presidente em 1954, corresponde ao período de modernização acelerada que dá início ao processo de crescimento econômico, baseado na industrialização via substituição de importações. Consiste numa época caracterizada pela forte presença do Estado na economia, realizando investimentos diretos, oferecendo subsídios e incentivos, regulando as relações de trabalho e coordenando decisões econômicas.

A mesma estratégia de desenvolvimento... prevaleceu na era Vargas sem Vargas. Embora esse modelo estivesse em crise desde 1974, em decorrência do segundo choque do petróleo, o Brasil persistiu na política de industrialização via substituição de importações e no dirigismo estatal até o

⁴⁰³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 365.

final da ditadura militar e mesmo até o governo de transição (1985-1990). Por isso, esse período pode ser considerado uma era Vargas sem Vargas porque manteve intactas todas as estruturas criadas na primeira fase.

A partir de 1990, com o governo Collor, há um movimento deliberado no sentido de romper com a herança varguista, através da abertura comercial, da desestatização, da abolição do monopólios, da desregulamentação sócio-econômica, da reforma da previdência e da reforma administrativa. Entretanto, todas essas medidas ainda não firmaram as bases de um novo modelo de crescimento econômico, não alteraram profundamente a estrutura social nem redefiniram a moldura dos pactos políticos que se celebraram desde então. Trata-se, como se disse, de uma era Vargas contra Vargas⁴⁰⁴.

A importância da era Vargas ao desenvolvimento nacional é tamanha – pode-se perceber pela extensão de seus efeitos, conforme cita Costa – que Boris Fausto tenta sintetizar o Estado Novo, pelo menos no que diz respeito à ordem econômica, verberando haver ocorrido uma aliança entre a burocracia civil e militar e a burguesia industrial. Para todos esse setores, a industrialização era fundamental à independência do país – pois garantiria uma economia fortalecida (componente importante à segurança nacional) – e dependia da atuação conjunta do Estado-Governo e da iniciativa privada, por meio dos industriais⁴⁰⁵.

Na esfera da administração pública, destacou-se a criação e a atuação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), criado em 1938. Deu-se maior ênfase à reforma dos meios (atividades de administração geral, burocrática, organização dos processos) do que na dos fins (atividades substantivas, finalidades).

Destaca Beatriz Wahrlich (antiga colaboradora de Luís Simões Lopes⁴⁰⁶ no DASP e na Fundação Getúlio Vargas, que participou ativamente da reforma dos anos trinta), que as reformas das décadas de 30 e 40, propostas, desenvolvidas e acompanhadas pelo DASP se fundamentavam nas teorias administrativas então em voga em países desenvolvidos, no modelo *taylorista/fayoliano/weberiano* (conforme nota 376), destacando que a reforma administrativa de pessoal foi a mais significativa da época. Caracterizou-se, principalmente:

Igualdade de oportunidade para ingresso no Serviço Público (sistema de mérito); ênfase nos aspectos éticos e jurídicos das questões de pessoal (coibição de privilégios e impessoalidade); planos gerais e uniformes de classificação de cargos e fixação de salários (padronização classificatória e salarial); autoritarismo acentuado (com progressiva rigidez e centralização

⁴⁰⁴ COSTA, Frederico Lustosa da. Prefácio a uma história da administração pública brasileira. In: EnANPAD – ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. **Anais...** Rio de Janeiro: 2008. p. 8-9.

⁴⁰⁵ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. P. 367.

⁴⁰⁶ Luís Simões Lopes, natural de Pelotas – RS, era um próximo colaborador do Presidente Vargas. Participou da reforma administrativa desde o seu começo, tendo sido o primeiro presidente do DASP. Foi o criador da Fundação Getúlio Vargas, instituição que presidiu por 48 anos. COSTA, Frederico, Lustosa da. História das reformas administrativas no Brasil: narrativas, teorizações e representações. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF. v. 59, n. 3, p. 285, jul./set. 2008.

do controle); ausência de percepção das disfuncionalidades verificadas em consequência das características anteriormente mencionadas; globalismo na concepção da reforma, bem como na sua execução⁴⁰⁷.

Na mesma linha de raciocínio, Boris Fausto destaca a importância do DASP pela reforma da administração pública da época, acrescentando que o Estado Novo procurou reformular a administração, sobrepujando sua principal característica revelada na Primeira República: a política clientelista (“buscou-se criar uma elite burocrática, desvinculada da política partidária... deveria introduzir critérios de eficiência, economia e racionalidade”⁴⁰⁸).

De uma forma bastante proficiente, Beatriz Wahrlich afirma que o saldo da reforma das décadas de 30 e 40 é bastante positivo, em que pese o sentimento de que a maioria das reformas governamentais produzem muito aquém do esperado⁴⁰⁹:

Difusão de ideias modernizadoras da administração, entre as quais cabe destacar a introdução da *noção de eficiência*, a preocupação com o sistema do mérito para ingresso no serviço público, e a concepção do orçamento como plano de trabalho; institucionalização do treinamento e aperfeiçoamento dos funcionários públicos; divulgação da teoria administrativa originada dos países mais adiantados do mundo ocidental (especialmente dos Estados Unidos, Inglaterra e França); contribuição decisiva ao reconhecimento da existência das ciências administrativas, até então mero apêndice do direito administrativo; criação de um pequeno grupo de especialistas em administração, que se espalharam por uma série de órgãos da administração pública, inclusive internacional, nelas se tornando elementos de relevo; criação de ambiente que iria propiciar o surgimento da FGV, instituição eminentemente modernizadora⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 29, 1974.

⁴⁰⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 378.

⁴⁰⁹ “Os governos prometem muito, mas frequentemente falham em aumentar sua performance porque suas reformas se mostram desapontadoras. As reformas falham em produzir impacto significativo; elas seguem na direção errada ou são ultrapassadas pelos acontecimentos. Os reformistas têm sido otimistas e, muitas vezes, irrealistas; eles frequentemente caem na armadilha da implementação. As reformas precisam de amplo apoio político e direção competente. Os reformistas precisam ter paciência e aceitar o que realmente podem alcançar, ainda que esses resultados estejam abaixo de suas intenções”. Há uma “falha sequencial, ou seja, a descontinuidade, o abandono e o término de processos de intervenção, sem que seus objetivos sejam alcançados ou que tenha havido melhoria de performance no aparato burocrático. Entre as principais causas apontadas estão: a sólida institucionalização dos elementos a serem reformados; a resistência organizada de setores afetados; o surgimento de consequências inesperadas; a existência de objetivos, interesses e valores diversificados ou conflitantes; a falta de foco na mudança por parte dos atores estratégicos; as incertezas, ambiguidades e complexidades inerentes à mudança; o deslocamento do objetivos; os movimentos contraditórios de descentralização e coordenação e a criação de expectativas exageradas. A maior parte dessas razões diz respeito a mecanismos de resistência à mudança, identificados desde Maquiavel [...]”. COSTA, Frederico, Lustosa da. História das reformas administrativas no Brasil: narrativas, teorizações e representações. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 59, n. 3, p. 272-273, jul./set. 2008.

⁴¹⁰ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 30, 1974.

A concentração de poder foi marcante durante todo o Governo Vargas, notadamente no que diz respeito ao poder pessoal de Getúlio na tomada das decisões fundamentais. Junto a ele, além de amigos íntimos que faziam parte do governo e eram ouvidos diuturnamente, as Forças Armadas influenciaram decisivamente – por meio de vários organismos técnicos – o Estado Novo.

O Conselho de Segurança Nacional, órgão cuja criação, legitimidade e poderes estavam dispostos nos artigos 161 a 165 da Constituição de 1937, acabou por assumir papel importante não apenas nas questões relativas à segurança nacional *stricto sensu*, mas imiscuiu-se em todas as áreas administrativas, pois o termo “segurança nacional” foi compreendido de um modo bastante largo.

As Forças Armadas, especialmente o Exército, atuaram na indústria estatal do aço, no setor do petróleo, na aquisição de armas de infantaria, navios de guerra, aviões de combate, mas sempre sob o comando pessoal e direto de Getúlio.

A política econômico-financeira foi marcada pelo incentivo ao setor industrial, equilibrando-se com o setor agrário de exportação. O Estado, especialmente a partir de 1937, focou-se em atuar na política de substituir as importações pela produção interna e estabelecer, com isso, uma indústria de base.

O incentivo à industrialização foi muitas vezes associado ao nacionalismo, mas Getúlio evitou mobilizar a nação em uma cruzada nacionalista. A Carta de 1937 reservava aos brasileiros a exploração das minas e quedas-d'água. Determinava que a lei regularia a sua nacionalização progressiva, assim como a das indústrias consideradas essenciais à defesa econômica ou militar. Dispunha também que só poderiam funcionar no país bancos e companhias de seguros cujos acionistas fossem brasileiros. Concedia-se às empresas estrangeiras um prazo, a ser fixado por lei, para que se transformassem em nacionais⁴¹¹.

No que tange à política trabalhista do Estado Novo, além dos destaques com relação à sindicalização e à criação do salário mínimo (1940), em maio de 1939 foi criada a Justiça do Trabalho, atuando por meio das Juntas de Conciliação e Julgamento. A sistematização e ampliação da legislação trabalhista se deu com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em junho de 1943.

A censura aos meios de comunicação foi uma marca de Vargas ao controle da opinião pública. A partir de 1931, quando do surgimento do Departamento Oficial de Publicidade, em 1934 passou ao Departamento de Propaganda e Difusão Cultural, chegando-se ao conhecido

⁴¹¹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 370.

Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) em 1939, diretamente subordinado ao presidente.

[...] o DIP surgiu para ‘centralizar, coordenar, orientar e superintender a propaganda nacional interna e externa [...], fazer censura do teatro, do cinema, de funções recreativas e esportas, [...] da radiodifusão, da literatura [...] e da imprensa’. Com suas cartilhas para crianças, seus ‘jornais nacionais’ (de exibição obrigatória em todos os cinemas), com a ‘Hora do Brasil’ (programa radiofônico que o povo apelidou de ‘O Fala-Sozinho’), com seus cartazes, o DIP se encarregou de divulgar a imagem e a ideologia de Vargas em todas as instâncias da vida nacional, imitando a tática nazista de Joseph Goebbels. Por outro lado, o DIP censurava furiosamente todas as manifestações artísticas que pudessem, ainda que de leve, contrariar o regime. Em março de 1940... o DIP decretou intervenção no jornal *O Estado de São Paulo*...⁴¹²

O fim do Estado Novo se deveu, dentre outros acontecimentos, principalmente à evidente contradição entre a luta dos militares brasileiros, na Europa, contra os governos totalitários fascista e nazista e, internamente, dando suporte à ditadura de Vargas. Os militares brasileiros lutavam pela democracia europeia e, em casa, defendiam o regime ditatorial!

Percebendo a perda de apoio político, Getúlio Vargas baixou, em 28 de fevereiro de 1945, um Ato Adicional à Constituição de 1937 estabelecendo a data de 2 de dezembro de 1945 para a eleição do Presidente e de uma Assembleia Constituinte. Ainda em 1945, nasciam três grande partidos que marcariam indelevelmente a história do Brasil: a União Democrática Nacional (UDN), o Partido Social Democrático (PSD) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

O Brasil democrático – será?

Vargas retirou-se pacificamente do cenário político, dando lugar ao Presidente eleito com seu apoio pessoal, Enrico Gaspar Dutra, que tomou posse no fim de janeiro de 1946 e, em 18 de setembro de 1946, era promulgada a nova Constituição brasileira.

Mantido o nome de Estados Unidos do Brasil, logo de início os Constituintes fizeram questão de afirmar que seu grande objetivo era o de organizar um regime democrático. Para tanto, restou normatizado que o Poder Legislativo seria exercido pelo Congresso Nacional (artigo 37), composto pela Câmara dos Deputados (com representantes do povo, eleitos para quatro anos – artigos 56 e 57) e pelo Senado Federal (com três representantes de cada Estados, eleitos para oito anos – artigo 60).

⁴¹² BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010. p. 348.

O Presidente e o Vice-Presidente da República passariam a ser eleitos simultaneamente por meio de eleição direta, cento e vinte dias antes do termo do período presidencial (artigo 81), com mandato de cinco anos (artigo 82).

O Poder Judiciário foi constituído pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal Federal de Recursos, pelos Juízes e Tribunais militares, pelos Juízes e Tribunais eleitorais e pelos Juízes e Tribunais do Trabalho (artigo 94), e pelas Justiça dos Estados (artigo 124).

A No Título IV – Da Declaração de Direitos – foi dividido em dois capítulos, sendo o primeiro dedicado à nacionalidade e à cidadania e, o segundo, aos Direitos e Garantias Individuais.

Merecem destaque alguns pontos como, por exemplo, a fixação da perda da nacionalidade de brasileiro àquele que, “sem licença do Presidente da República, aceitar de governo estrangeiro comissão, emprego ou pensão” (artigo 130, II). Fixava o artigo 132 não poderem ser eleitores os analfabetos, “os que não saibam exprimir-se na língua nacional” e os que estejam privados dos direitos políticos.

O artigo 141 – e seus trinta e oito parágrafos – previa os direitos e as garantias individuais, fundadas na inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Especificamente, previa o direito à igualdade; o princípio da legalidade, o da irretroatividade da lei, o da inafastabilidade jurisdicional; a liberdade de manifestação do pensamento estava condicionada à censura quando em espetáculos e diversões públicas; liberdade de reunião e de associação; a organização, registro e funcionamento de qualquer partido político estava proibida caso seu programa ou ação contrariasse o regime democrático; inviolabilidade do domicílio; a regra de fixação de fiança; comunicação imediata ao Juiz nos casos de prisão ou detenção; *habeas corpus*; mandado de segurança; ampla defesa; devido processo legal; individualização da pena; direito de petição; ação popular; dentre outros.

A Constituição de 1946 restabeleceu o estado de direito e as garantias individuais, restaurou a divisão de poderes da República, devolveu a autonomia dos estados, ampliou os direitos sociais dos trabalhadores, reorganizou o Judiciário e previu a mudança da capital. Fortaleceu-se o federalismo cooperativo, por meio de novos mecanismos de coordenação e transferência de rendas entre regiões⁴¹³.

⁴¹³ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 847, 2008.

Segue-se vários artigos dedicados à família, à educação, à cultura e às forças armadas. Um importante modificativo foi a inclusão do artigo 186, pelo qual fixou-se que “a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde”, certamente como forma de tentar superar a concepção patrimonialista-estamentária até então alojada no serviço público.

O artigo 188 previu a estabilidade aos funcionários efetivos nomeados por concurso após dois anos de exercício e, após cinco anos, aos funcionários efetivos nomeados sem concurso, não se aplicando o dispositivo aos cargos de confiança de livre nomeação e demissão.

Relata Boris Fausto que o Governo Dutra iniciou sua administração seguindo um modelo liberal, até mesmo porque era o momento de se distanciar das linhas deixadas pelo Estado Novo a pouco encerrado. Passou-se a acreditar que o desenvolvimento do país dependia da liberdade dos mercados e da livre importação de bens, diminuindo-se, assim, a intervenção estatal⁴¹⁴.

As manobras políticas que se seguiram – o poder político sempre foi e vem sendo utilizado em causa própria neste País – permitiram que Getúlio Vargas fosse eleito Presidente da República nas eleições ocorridas em 3 de outubro de 1950, tendo tomado posse em 31 de janeiro de 1951. A defesa da industrialização e a necessidade de manutenção e ampliação dos direitos trabalhistas foram a tônica da sua campanha⁴¹⁵.

Durante o segundo governo, Vargas também se pretendeu retomar os esforços reformistas pela designação, em 1952, de um grupo de trabalho com a missão de elaborar um projeto de reforma administrativa que resultou num projeto de lei que previa a reorganização administrativa do ministério e a alteração do código de contabilidade das despesas públicas, abolindo o registro prévio. Submetida ao Congresso Nacional, mereceu um substitutivo de comissão interpartidária que previa a criação do Conselho de Planejamento e Coordenação e dos ministérios do Interior e das Comunicações e Transportes, que não chegou a ser aprovado, não obstante o apoio do Executivo⁴¹⁶.

Beatriz Wahrlich trata desta tentativa de reforma administrativa capitaneada por Vargas em 1952. Aponta as diretrizes fundamentais da proposta como (a) a centralização da orientação superior no Presidente da República; (b) descentralização da gestão em todos os níveis, com fortalecimento do primeiro nível de gestão – os Ministros de Estado; (c)

⁴¹⁴ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 403.

⁴¹⁵ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 359.

⁴¹⁶ COSTA, Frederico, Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 847-848, 2008.

planejamento e coordenação; (d) reforma de base da Administração Federal, reagrupando-se ministérios e vinculando-se a eles as várias autarquias e os órgãos existentes; (e) introdução de modificações simplificadoras e modernizadoras no funcionamento (normas e métodos), em especial na administração financeira, contábil e orçamentária⁴¹⁷.

O suicídio de Getúlio, em 24 de agosto de 1954, fez com que seu Vice-Presidente, Café Filho, assumisse a presidência e assegurasse a realização das eleições presidenciais marcadas para outubro de 1955, cujas urnas deram a vitória a Juscelino Kubitschek de Oliveira e a João Goulart, eleito Vice-Presidente, que tomaram posse a 31 de janeiro de 1956.

Consta que o Presidente Kubitschek conheceu do projeto de reforma administrativa apresentada ainda pelo segundo Governo Vargas, tendo-o apoiado. Porém, tais reformas somente se tornaram realidade em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 200.

Antes, porém, de se chegar a 1967, convém destacar que o Presidente Kubitschek era uma visionário, pois criou uma comissão de alto nível – a CEPA: Comissão de Estudos e Projetos Administrativos – para assessorá-lo na Reforma Administrativa pretendida. À CEPA incumbia “assessorar a Presidência da República em tudo que se referisse aos projetos de reforma administrativa”⁴¹⁸.

Mais uma vez se recorre à Beatriz Wahrlich para saber quais os principais projetos da CEPA e o que de efetivo conseguiu produzir. Com efeito, os estudos e projetos realizados pelos membros da CEPA chegaram a quatro “recomendações”, sendo a primeira considerada como “recomendações gerais”, a segunda relacionada a “recomendações quanto à estrutura da Administração”, a terceira com “recomendações quanto ao funcionamento da Administração” e a última com “recomendações quanto à estrutura e funcionamento da Presidência da República”⁴¹⁹.

Para se evitar uma enfadonha e exaustiva narração de cada uma das recomendações, em linhas gerais tem-se que tais recomendações transitam pela descentralização da execução de atividades administrativas; centralização do controle; treinamento de funcionários; institucionalização do planejamento; expansão do sistema do mérito; profissionalização do serviço público; desburocratização do serviço público; simplificação do sistema de pagamento dos servidores; simplificação da elaboração, execução e controle orçamentários; eliminação

⁴¹⁷ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 30-31, 1974.

⁴¹⁸ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 848, 2008.

⁴¹⁹ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 34, 1974.

do sistema de remuneração privilegiada; fortalecimento e reabilitação do DASP; dentre outros.

Ao lado da CEPA, mais precisamente junto ao DASP, o Governo Kubitschek criou a Comissão de Simplificação Burocrática, o COSB, cujo objetivo principal era “promover estudos visando à descentralização dos serviços, por meio da avaliação das atribuições de cada órgão ou instituição e da delegação de competências, com a fixação de sua esfera de responsabilidade e da prestação de contas das autoridades”⁴²⁰.

A implantação do **HÁBITO DE PLANEJAR** – até hoje não levado tanto a efeito e a sério como deveria – fez com que Juscelino definisse o seu “Plano de metas: 50 anos em 5”, abrangendo 31 objetivos distribuídos em seis grandes grupos: no Grupo 1, energia; no Grupo 2, transportes; no 3, alimentos; no 4, indústria de base; no Grupo 5, a educação; e a meta-síntese, a construção de Brasília.

A expressão nacional-desenvolvimentismo, em vez de nacionalismo, sintetiza pois uma política econômica que tratava de combinar o Estado, a empresa privada nacional e o capital estrangeiro para promover o desenvolvimento, com ênfase na industrialização... Os resultados do Programa de Metas foram impressionantes... com altas porcentagens nas indústrias do aço (100%), mecânicas (125%), de eletricidade e comunicações (380%) e de material de transporte (600%)... De 1957 a 1961, o PIB cresceu a uma taxa anual de 7%...⁴²¹

A eleição presidencial de 3 de outubro de 1960 levou Jânio Quadros⁴²² (Presidente) e João Goulart (Vice-Presidente) à vitória, sendo o primeiro Presidente a tomar posse em Brasília. Muitos dos que votaram em Jânio acreditavam na sua proposta de moralização dos costumes políticos e no enfrentamento – com sucesso – da terrível situação financeira deixada por seu antecessor (dívidas externa e interna).

⁴²⁰ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 848, 2008.

⁴²¹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 427.

⁴²² Bresser-Pereira lembra que, em 1960, o Brasil passava por mudanças, mudanças essas que criaram, inclusive, uma espécie de confusão ideológica que levou Jânio Quadros à Presidência. “Não é surpreendente, portanto, que o ‘New York Times’, fazendo a cobertura jornalística da campanha presidencial de 1960, afirmasse que o candidato de esquerda era apoiado pelos grupos de direita e o candidato de direita contava com o apoio dos elementos de esquerda... Dessa forma, a campanha presidencial de 1960 ilustra bem a confusão ideológica do País naquele momento. Uma série de fatos novos havia introduzido modificações profundas nas relações políticas entre os diversos grupos sociais. Em um primeiro momento, entretanto, esquerda e direita não se aperceberam das transformações ocorridas, e tentaram aplicar seus antigos esquemas conceptuais à realidade. O resultado foi que esquerda e direito se confundiram ao ponto de apoiarem candidatos realmente incompatíveis com suas posições políticas”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O empresário industrial e a revolução brasileira. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 24, 1963.

Os anos que antecederam o golpe civil-militar de 1964 foram anos de grande efervescência política e cultural. Com a renúncia do presidente Jânio Quadros, seu vice, João Goulart, foi alçado à presidência da República. Era uma situação paradoxal porque Jânio e Jango representavam partidos políticos opostos. A legislação brasileira da época permitia ao eleitor votar no candidato a presidente de uma chapa e no candidato a vice-presidente de outra. Dessa forma, a população brasileira elegeu a dupla ‘JAN-JAN’, que reunia Jânio Quadros indicado por uma coligação de pequenos partidos liderada pela União Democrática Nacional (UDN) e João Goulart apresentado pela coligação Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e Partido Social Democrático (PSD). Essa improvável composição durou pouco tempo: Jânio foi empossado em 31 de janeiro de 1961 e renunciou em agosto do mesmo ano⁴²³.

Com sua renúncia, em 25 de agosto de 1961, e a assunção de João Goulart (pela vitória da “campanha da legalidade”), parece que o Estado – e a Administração Pública – restou obnubilado pela intensa movimentação social, estudantil, religiosa, operária e político-partidária, enfim, um momento de politização da sociedade, o que levou as Forças Armadas a, ainda com medo dos movimentos comunistas mundiais (o “perigo comunista”), repensar a doutrina da segurança nacional.

Pari passu, o Governo Goulart criou a Comissão Amaral Peixoto – Deputado Almirante Amaral Peixoto, Ministro Extraordinário para a Reforma Administrativa – para analisar e propor uma reforma administrativa que, em síntese, promovesse “uma ampla descentralização administrativa até o nível do guichê, além de ampla delegação de competência”⁴²⁴.

Fixadas as diretrizes gerais, a Comissão passou a trabalhar com foco na sua teoria administrativa que se fundamentava na

Departamentalização (agrupamento das atribuições em ministérios e, dentro destes, em grandes unidades, deixando as divisões secundárias e terciárias para regulamentação pelo Poder Executivo); parcimônia na criação de órgãos, sobretudo de órgãos que acarretassem criação de cargos; descentralização da execução; centralização do controle; definição somente dos lincamentos gerais dos órgãos reformados, deixando os pormenores para

⁴²³ ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2013. p. 11.

⁴²⁴ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 849, 2008. Foi editado o Decreto n. 51.705, de 14 de fevereiro de 1963, que dispôs “sobre o escopo da reforma dos serviços públicos federais e as atribuições do Ministro Extraordinário para a Reforma Administrativa”. Previu o artigo 1º que “A reforma dos serviços públicos federais, centralizados e descentralizados, terá por fim último, criar ou aperfeiçoar os instrumentos de pesquisa, previsão, planejamento, direção, execução, coordenação e controle, de que carece o Poder Executivo, para acelerar, harmoniosamente, em benefício do povo brasileiro, a consecução dos fins sociais do Estado, de progresso social, desenvolvimento econômico e bem-estar geral, definidos na Constituição e nas Leis”, pois era necessário “identificar as causas de ineficiência, desperdício, inadequação e obsoletismo funcionais”, resultantes da estrutura e/ou do funcionamento dos serviços públicos (artigo 3º).

a legislação subordinada; procura da harmonização do princípio do alcance do controle com o da homogeneidade; preferência pela decisão unipessoal sobre a decisão colegiada; resistência à extensão do regime autárquico; simplicidade; e pesquisa, planejamento e controle⁴²⁵.

A Comissão apresentou o resultado dos seus trabalhos por meio de uma projeto-de-lei, que tomou o número 1.482/1963 na Câmara dos Deputados, intitulado “Anteprojeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal”, contendo 622 artigos e uma analítica abordagem acerca dos serviços públicos, das autarquias, das sociedades de economia mista, das empresas públicas, das atribuições dos chefes executivos, das delegações de competências, da adoção do planejamento como técnica administrativa, enfim, “constituía” a Administração Pública Federal em minúcias.

Destaca, ainda, Beatriz Wahrlich, haver ocorrido uma grande reforma no Ministério da Fazenda entre os anos de 1962 e 1966, capitaneada pela Fundação Getúlio Vargas. O objetivo já era a integração e a reforma do sistema tributário nacional, permitindo que o pagamento dos tributos pudesse ocorrer em toda a rede bancária brasileira, inclusive com a criação de um cadastro de contribuintes.

Embora tenha havido avanços durante os governos Vargas, Kubitschek, Quadros e Goulart, o que se observa é a manutenção de práticas clientelistas que negligenciavam a burocracia existente, além da falta de investimento na sua profissionalização.

Mesmo que não tenham sido implementadas as iniciativas mencionadas, não deixaram de inaugurar uma nova visão na administração pública com a introdução de conceitos, diretrizes e objetivos mais racionais, que serviriam de base para futuras reformas no aparato administrativo brasileiro, especialmente quando da edição do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Nesse meio tempo, o Governo Goulart ia mal: inflação galopante, declínio econômico geral, falta de apoio político, decisões mal formuladas no campo administrativo, enfim, assumiu-se a ideia de que somente uma revolução seria capaz de fazer o Brasil retomar o crescimento de forma homogênea, afastando de vez o perigo do comunismo.

Brasil: o retorno ao Estado Absoluto

A intervenção militar – ou golpe militar, ou golpe de Estado, ou golpe civil-militar – se deu em 1º de abril de 1964, com o apoio da sociedade civil, até porque acreditou-se no

⁴²⁵ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 34, 1974.

combate à corrupção e na restauração da democracia⁴²⁶. Em 11 de abril de 1964, Humberto de Alencar Castelo Branco assumiu como Presidente da República, eleito pelo Congresso Nacional.

Com os militares instalados no poder, começava a temporada de punições e violência praticadas pelo Estado. A montagem de uma estrutura de vigilância e repressão, para recolher informações e afastar do território nacional os considerados ‘subversivos’ dentro da ótica do regime, e a decretação de Atos Institucionais arbitrários estiveram presentes desde os primeiros meses de governo. Num primeiro momento, esse sistema abateu-se principalmente sobre líderes sindicais e comunistas vinculados a luta pelas ‘reformas de base’. O Ato Institucional decretado no dia 9 de abril de 1964 (posteriormente conhecido como AI-1) iniciava a temporada de cassações de mandatos de parlamentares e a suspensão dos direitos políticos dos ‘inimigos da revolução’. Esse era o começo de uma ditadura militar que perduraria por mais de vinte anos no poder...⁴²⁷

Interessa a este estudo as questões referentes à organização do Estado e da Administração Pública⁴²⁸ da época, com fins no modelo constitucional outorgado, motivo pelo qual não se imiscuirá em outras que dizem respeito ao mesmo período, como a perseguição política, as torturas, enfim, o foco é outro.

Desse modo, bem relembra Boris Fausto, que o objetivo do novo governo era instituir uma “democracia restringida”, reformar o sistema econômico capitalista para modernizá-lo e conter a ameaça comunista, enfrentando a situação econômico-financeira herdada, controlar a massa trabalhadora do campo e da cidade e, por fim, promover uma reforma do aparelho do Estado⁴²⁹.

Operacionalmente, Castelo Branco lançou o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG), o qual possuía como mote a redução do déficit do setor público, a

⁴²⁶ Dando sequência às notas 294 e 371, o Pacto Nacional-Popular de 1930 foi revivido “com a eleição de Juscelino Kubitschek e sua política de industrialização acelerada... Entretanto, o desequilíbrio econômico deixado por esse presidente; a Revolução Cubana de 1959...; a eleição de Jânio Quadros... e sua renúncia, em 1961, causam uma grande crise econômica e política, e culminam no golpe de Estado autoritário-modernizante de 1964”. Surge um novo Pacto, o Pacto Autoritário-Modernizante de 1964, “comandado pela tecnoburocracia pública e contou com a participação ativa da burguesia industrial que se envolverá principalmente na indústria de bens de capital, enquanto o Estado continuava a investir na infraestrutura e nas indústrias de base [...]”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 21-22, 2012.

⁴²⁷ ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. Rio de Janeiro: Ponto, 2013. p. 17.

⁴²⁸ “De 1951 a 1963 a maior parte dos esforços de reforma administrativa não logrou aprovação formal. Apesar disso, durante aquele período desenvolveram-se diversos estudos, que acabaram resultando em medidas concretas no campo da organização e do funcionamento governamentais”. WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas: uma apreciação geral. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 51, 1984.

⁴²⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 470.

contração do crédito privado e a compressão dos salários. O governo extinguiu a estabilidade no emprego privado, criando o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em 1966. Ainda em novembro de 1964, foi aprovado o Estatuto da Terra para promoção de uma política agrícola. O PAEG obteve êxito diante do sério planejamento realizado, bem como diante da própria característica do regime – autoritário – o que permitiu aos Ministros uma ação mais rápida e enérgica⁴³⁰.

No campo político, os Atos Institucionais (AI) deram as notas normativas. O AI-1 estabeleceu a eleição de um novo Presidente da República, por votação indireta do Congresso Nacional, reforçando o Poder Executivo e reduzindo o campo de ação do Congresso; o AI-2, de outubro de 1965, fixou definitivamente que a eleição para Presidente e Vice-Presidente seria realizada pela maioria absoluta do Congresso Nacional, em sessão pública e com votação nominal; o AI-3 estabeleceu a eleição indireta dos Governadores dos Estados pelas respectivas Assembleias estaduais; o AI-4 convocou o Congresso para se reunir extraordinariamente a fim de aprovar o novo texto constitucional, a Constituição de 1967.

De certa forma, o governo militar realizou, à sua maneira, com sinais trocados, o programa de reformas de base — elaborou o Estatuto da Terra, promoveu uma reforma tributária, reorganizou o sistema bancário, reestruturou o ensino universitário e realizou uma ampla reforma administrativa. Em 1965 teve início a reforma tributária que se consolidou com a Constituição de 1967, uniformizando a legislação, simplificando o sistema e reduzindo o número de impostos. Ela trouxe uma brutal concentração de recursos nas mãos da União, esvaziando financeiramente estados e municípios que ficaram dependentes de transferências voluntárias⁴³¹.

Em 24 de janeiro de 1967 era publicada a Constituição da República Federativa do Brasil, mais uma que não se veria substancialmente materializada, concretizada, pois sua aparição era mais simbólica do que, efetivamente, normativa. Tal afirmação pode ser comprovada desde o artigo 1º, que, em seu parágrafo primeiro, textualmente confirmou que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, em que pese estar o País em uma ditadura militar.

O artigo 8º da Carta previu as competências da União, possuindo dezessete incisos e o alfabeto inteiro a título de alíneas, comprovando o fortalecimento do poder da União.

⁴³⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 473.

⁴³¹ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 851, 2008.

Como mencionou Costa, a Carta “trouxe uma brutal concentração de recursos nas mãos da União”, como se pode perceber da análise do artigo 22, que afirma competir à União “decretar impostos”, ou seja, desnecessária a utilização de lei, bastando decreto:

Art. 22 - Compete à União decretar impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - propriedade territorial, rural;

IV - rendas e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos;

V - produtos industrializados;

VI - operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VII - serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal;

VIII - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

IX - produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica;

X - extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.⁴³²

Aos Estados-membros restaram os impostos de transmissão de bens imóveis e o de operações relativas à circulação de mercadorias (artigo 24) e, aos Municípios, os impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana e sobre serviços de qualquer natureza.

O Poder Legislativo foi mantido como na Constituição de 1946.

Quanto ao Presidente da República, o artigo 76⁴³³ dispunha sua eleição por meio do “sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão, pública e mediante votação nominal”, Colégio este composto pelos membros do Congresso Nacional e por Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados.

A nomeação para cargo público, assim como na Constituição de 1946, exigia prévio concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo prescindível o concurso aos cargos em comissão, assim declarados em lei (artigo 95). A estabilidade seria adquirida após dois anos apenas àqueles que prestaram concurso público (artigo 99).

O Poder Judiciário manteve sua estrutura bastante semelhante à prevista na Constituição anterior, incluindo-se os Juízes Federais.

Havia também a “declaração de direitos”, primeiramente os da nacionalidade (artigos 140 e 141), seguidos dos direitos políticos (artigos 142 a 148) [manteve-se a vedação de

⁴³² BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁴³³ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

eleitores analfabetos], dos partidos políticos (artigo 149) e dos direitos e garantias individuais (artigo 150).

Vida, liberdade, segurança e propriedade estavam no *caput* do artigo 150, dando a impressão de que a Constituição efetiva e realmente protegia o detentor e destinatário do poder, o povo.

Estavam previstos direitos fundamentais como igualdade perante a lei; legalidade; irretroatividade da lei; inafastabilidade do Poder Judiciário; liberdade de consciência; livre manifestação de pensamento sujeito à censura quanto a espetáculos de diversões públicas; inviolabilidade de domicílio; vedação de pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, de confisco; devido processo legal; ampla defesa e contraditório; *habeas corpus*; mandado de segurança; inclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta, dentre outros.

Na esfera da Administração Pública, o Governo Castelo Branco encontrou prontos vários projetos de reforma administrativa, a exemplo do da Comissão Amaral Peixoto. Aliado a isso, pelo Decreto n. 54.401, de 9 de outubro de 1964, foi criada a Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa (COMESTRA) “incumbida do exame dos projetos já elaborados e preparo de outros considerados essenciais à obtenção de rendimento e produtividade da Administração Federal” (artigo 1º do Decreto).

A COMESTRA teve como principais diretrizes:

A necessidade de um projeto restrito a um núcleo central de princípios, normas e autorizações de natureza essencialmente legislativa, nos quais o Poder Executivo buscaria apoio para expedir decretos e regulamentos necessários a sua implementação; A reforma administrativa é um processo amplo, a ser cumprido por etapas; A simples alteração da estrutura administrativa federal não operará, por si só, a reforma, que é necessariamente um processo dinâmico; É imperioso adotar a programação governamental, o orçamento-programa e a programação financeira de desembolso⁴³⁴.

Dos trabalhos da COMESTRA resultou o projeto legal que acabou sendo objeto do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, ainda em vigor, pelo qual se dispôs sobre a organização da Administração Federal e a efetiva Reforma Administrativa há muito buscada.

Em 1967, culminando um processo de preparação de vários anos, fruto da chamada Comissão Amaral Peixoto, o governo militar editou o que viria a ser a mais abrangente tentativa de modernizar os processos administrativos

⁴³⁴ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 44, 1974.

no Brasil, através do Decreto Lei 200. Apelando para os conceitos oriundos da teoria de sistemas, a administração pública foi concebida como resultado da interação de quatro sistemas estruturantes, o de planejamento e orçamento, o de finanças públicas, o de serviços gerais e o de recursos humanos⁴³⁵.

Costa define que o Decreto-Lei 200/1967, basicamente, prescreve cinco princípios fundamentais:

- * o planejamento (princípio dominante);
- * a expansão das empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), bem como de órgãos independentes (fundações públicas) e semi-independentes (autarquias);
- * a necessidade de fortalecimento e expansão do sistema do mérito, sobre o qual se estabeleciam diversas regras;
- * diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos;
- * o reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em 16 ministérios: Justiça, Interior, Relações Exteriores, Agricultura, Indústria e Comércio, Fazenda, Planejamento, Transportes, Minas e Energia, Educação e Cultura, Trabalho, Previdência e Assistência Social, Saúde, Comunicações, Exército, Marinha e Aeronáutica⁴³⁶.

O Decreto-Lei 200/1967 fixou a existência da administração pública direta e indireta, compreendendo esta as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (artigo 4º), conceituando cada uma delas (artigo 5º).

No artigo 6º, previu os princípios fundamentais aos quais as atividades da administração deveriam obedecer, quais sejam, o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle, dedicando os artigos 7º a 14 a conceituar cada um deles.

A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; e d) programação financeira de desembolso.

As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação, em todos os níveis da

⁴³⁵ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 102-103, 1998.

⁴³⁶ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 849-850, 2008.

administração, mediante a atuação das chefias individuais, a realização sistemática de reuniões com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação em cada nível administrativo.

A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada, dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; e da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

A delegação de competência para prática de atos administrativos será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria. O trabalho administrativo será racionalizado mediante *simplificação de processos* e *supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais* ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

Trata, ainda, da supervisão ministerial a todo e qualquer órgão da Administração Pública Federal, auxiliado por atividades de estatística, administração financeira, contabilidade, auditoria, dentro outros.

Constitui a Presidência da República pelo Gabinete Civil e pelo Gabinete Militar e os respectivos órgãos de assessoramento. Criou 16 Ministérios divididos em 5 setores (Setor Político: Ministério da Justiça e Ministério das Relações Exteriores; Setor de Planejamento Governamental: Ministério do Planejamento e Coordenação Geral; Setor Econômico: Ministério da Fazenda, Ministério dos Transportes, Ministério da Agricultura, Ministério da Indústria e do Comércio, Ministério das Minas e Energia e Ministério do Interior; Setor Social: Ministério da Educação e Cultura, Ministério do Trabalho e Previdência Social, Ministério da Saúde e Ministério das Comunicações; Setor Militar: Ministério da Marinha, Ministério do Exército e Ministério da Aeronáutica), fixando as respectiva áreas de competência de cada um (artigos 39 a 63).

No Título dedicado à Segurança Nacional (VIII), instituiu o Conselho de Segurança Nacional (CSN) e o Serviço Nacional de Informações (SNI), cuja simplicidade do texto legislativo permitiu interpretações extremamente amplas, com base nos fundamentos do regime: “Artigo 44. O Serviço Nacional de Informações tem por finalidade superintender e coordenar, em todo o território nacional, as atividades de informação e contra-informação, em particular as que interessem à segurança nacional”.

O Título IX foi inteiramente dedicado às Forças Armadas. O Título X tratou das normas de administração financeira e de contabilidade, modernizando e complementando as disposições gerais constantes na Lei 4.320, de 17 de março de 1964 – a lei da contabilidade pública.

Previu-se princípios gerais referentes ao pessoal do Serviço Público Civil (artigo 94), os quais focavam, em síntese, eficiência e profissionalização do servidor público.

Merece destaque o constante no Título XII, atualmente revogado, onde são encontradas “normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações”.

Os títulos e os capítulos se seguem entre os 215 artigos, porém, como um grande número de textos legais brasileiros, o Decreto-Lei também não foi integralmente concretizado, em que pese a criação de órgãos específicos a tanto:

Apesar da modernidade conceitual de muitas das provisões do Decreto- Lei 200, não se pode atribuir ao mesmo avanços quânticos no funcionamento da máquina governamental. Mesmo porque, boa parte das inovações previstas no DL 200/67 não foram, sequer, implantadas parcialmente, como aquelas derivadas do princípio de descentralização, por exemplo. As forças modernizantes da burocracia continuaram a ter de multiplicar arranjos *ad hoc* e improvisar ‘gambiarras’ jurídico-organizacionais para driblar as regras imobilizantes da burocracia tradicional. A tão sonhada profissionalização da burocracia estatal brasileira e o azeiteamento produtivo da máquina pública para que ela funcionasse com eficiência, claramente ficaram na promessa mais uma vez⁴³⁷.

Lembra Beatriz Wahrlich que, devido ao grande impacto que o Decreto-Lei trouxe à administração da época, sua implantação realizou-se de forma paulatina, precisamente durante os Governos de Costa e Silva e Médici. No Governo Costa e Silva, entre 1967 e 1969, foram criados o *Escritório da Reforma Administrativa* (ERA – Decreto n. 61.383/63) e a *Comissão Central da Reforma Administrativa Federal* (CERAF, criada pelo mesmo Decreto):

⁴³⁷ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 103, 1998

Foram treinados 27.528 agentes da Reforma Administrativa em 22 Estados da Federação, nos territórios e no Distrito Federal. Foram ainda realizados simpósios sobre Reforma Administrativa e Descentralização Regional em 13 capitais de Estados, congregando 5.233 participantes até o nível de chefe de seção. Esse treinamento fora formalmente instituído pelo Decreto n. 64.781, de 3 de julho de 1969, com o objetivo de preparar os agentes da Reforma Administrativa e as chefias em geral, para capacitá-los a bem compreender a Reforma e a desenvolver atividades de organização e simplificação do trabalho⁴³⁸.

A partir de 1967, portanto, consolidou-se um novo modelo de administração chamado de “administração para o desenvolvimento”, “voltado fundamentalmente para a expansão da intervenção do Estado na vida econômica e social... e a criação de entidades da administração descentralizada para realização da intervenção econômica do Estado”⁴³⁹.

Já em 1970 e 1971, prossegue Beatriz Wahrlich, foram aprovadas as Metas e Bases para a Ação do Governo e foi promulgada a Lei n. 5.727/1971, que aprovou o primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento, para o período de 1972/1974⁴⁴⁰. Belmiro Castor complementa a colocação de Beatriz, lembrando que

No início da década de setenta, uma nova tentativa se esboçou com a criação, no âmbito do Ministério de Planejamento e Coordenação Geral da SEMOR – Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa, encarregada de ativar os projetos modernizantes do setor público. Juntamente com a SAREM – Secretaria de Articulação com Estados e Municípios, do mesmo Ministério, a SEMOR teve um papel inovador na difusão das ideias reformistas na área dos Estados, apoiando projetos de modernização estrutural e funcional realizados entre 1970 e 1975⁴⁴¹.

Houve, também, a criação da Comissão da Reforma Administrativa do Pessoal Civil por meio do Decreto 64.335, de 9 de abril de 1969, cujo relatório final se tornou projeto-de-lei que deu origem à Lei 5.645/1970, que estabeleceu diretrizes para a Classificação de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais.

A nova lei baseou-se, assim, nos critérios do gradualismo, do seletivismo, e da qualificação profissional. Representou o rompimento com a tradição de critério gerais e uniformes para a classificação de cargos e a administração

⁴³⁸ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 50-51, 1974.

⁴³⁹ MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 644, 2003.

⁴⁴⁰ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 52, 1974.

⁴⁴¹ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 103, 1998

salarial, em vigor no país desde a reforma dos anos 30. Possibilitou o atendimento preferencial dos grupos de atividades cuja remuneração esteja mais defasada em relação ao mercado de trabalho, em especial os de direção e assessoramento superior, e os de nível superior. Abrem-se, deste modo, perspectivas mais favoráveis a que o Governo recrute para seus quadros e neles retenha uma boa parcela dos recursos humanos mais qualificados do país⁴⁴².

E, assim, a Reforma Administrativa – ou a sua tentativa – iria ocorrendo, com vagar. Sua concretização se dava mais no aspecto formal⁴⁴³, já que foram criados órgãos, chefias e projetos, vários documentos insistindo na necessidade da sua realização.

Mesmo que a Reforma não tenha ocorrido como se desejaria, o fato é que alguns pontos sofreram sensível modificação, a exemplo das reformas junto ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Sistema Nacional de Informação Científica e Tecnológica (sob a coordenação do Conselho Nacional de Pesquisa – CNPq)⁴⁴⁴.

Belmiro Castor intitulou seu artigo como “reforma e contrarreforma”. Sua crítica reside exatamente nessas situações fáticas que a história revela, nas quais o Governo “faz de conta” que reforma algo, porém, a ideologia que vige oculta nos meandros do poder opera, ao mesmo tempo, a contrarreforma. Um passo adiante é dado, porém, outro se dá em sentido contrário:

A burocracia brasileira tem uma teoria básica, que exsuda de 500 anos de história administrativa: o papel do Estado é controlar os cidadãos, refrear-lhes os impulsos e apetites, exercer o poder sobre a iniciativa privada, garantir que nas relações entre o cidadão (isolado ou como membro de uma organização), o Estado esteja sempre em vantagem. Em poucas palavras, o burocrata público brasileiro considera que o seu papel é defender a sociedade dos cidadãos, por mais esdrúxulo que isso possa parecer. O que o cidadão pede ao Estado, será sempre um absurdo até prova em contrário. E o papel da burocracia não seria apenas o de mediar e facilitar as relações entre

⁴⁴² WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 63, 1974.

⁴⁴³ Gileno Fernandes Marcelino, tratando das reformas dos Estados sul-americanos, conclui que os países da América Latina sofrem de um mesmo mal, qual seja, a de realizar reformas – ou tentar realizá-las – a partir e somente no plano normativo, olvidando-se que “a Reforma é um processo de mudança política e social onde se transformam as correlações de poder, interesses, atitudes, desenvolvimentos tecnológicos e níveis de capacitação, além dos organogramas”. Crer que “a mudança de estruturas e organogramas seria suficiente para anular a máquina estatal” é enganar-se a si mesmo, pois a Reforma não é somente técnica, mas essencialmente política e social. MARCELINO, Gileno Fernandes. A nova estratégia da reforma do Estado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, p. 59, 1990.

⁴⁴⁴ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 58, 1974.

o Estado e os indivíduos, mas sim o de bloquear e anular tudo aquilo que, de alguma forma contrarie a sua *grand theory*⁴⁴⁵.

Sob a presidência de Artur da Costa e Silva (que assumiu em 15 de março de 1967), vários os descontentamentos com o regime e diante de constantes manifestos de estudantes, artistas, intelectuais e de trabalhadores grevistas, mostrou-se necessário o reforço da “linha-dura” para acabar com os subversivos e manter o sistema, de modo que o Ato Institucional número 5 (o AI-5) foi baixado em 13 de dezembro de 1968, tendo perdurado até início de 1979.

O AI-5 fechou o Congresso Nacional por tempo indeterminado; cassou mandatos de deputados, senadores, prefeitos e governadores; decretou o estado de sítio; suspendeu o *habeas corpus* para crimes políticos; cassou direitos políticos dos opositores do regime; proibiu a realização de qualquer tipo de reunião; criou a censura prévia. O AI-5 significou, para muitos, um ‘golpe dentro do golpe’, um endurecimento do regime que estabeleceu leis especiais para o exercício do poder fora dos marcos do Estado de direito⁴⁴⁶.

O AI-5 deu poderes ao Presidente da República para fechar provisoriamente o Congresso; intervir nos Estados e nos Municípios, nomeando interventores; cassar mandatos; suspender direitos políticos; demitir ou aposentar servidores públicos. As ações armadas foram a tônica do período⁴⁴⁷, o que restou reforçado pelo acidente vascular cerebral que abateu Costa e Silva em agosto de 1969, tendo assumido o poder uma “Junta Militar”. A Constituição foi, mais uma vez ignorada, pois ao invés da ascensão do então Vice-Presidente, Pedro Aleixo, pelo Ato Institucional de número 12 (de 31 de agosto de 1969), a Junta Militar composta pelos Ministros do Exército Lira Tavares, da Marinha Augusto Rademaker e da Aeronáutica Márcio de Sousa e Melo, assumiram o poder⁴⁴⁸.

Emitido o AI-16, pela Junta Militar, declarou-se vagos os cargos de Presidente e de Vice-Presidente, determinando que o mandato do próximo começaria em 30 de outubro de

⁴⁴⁵ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 106, 1998.

⁴⁴⁶ ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2013. p. 19-20.

⁴⁴⁷ “A partir do AI-5, o núcleo militar do poder concentrou-se na chamada ‘comunidade de informações’, isto é, naquelas figuras que estavam no comando dos órgãos de vigilância e repressão. Abriu-se um novo ciclo de cassação de mandatos, perda de direitos políticos e expurgos no funcionalismo, abrangendo muitos professores universitários. Estabeleceu-se na prática a censura aos meios de comunicação; a tortura passou a fazer parte integrante dos métodos de governo”. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 480.

⁴⁴⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 481.

1969 e terminaria a 15 de março de 1974. Assim, Emílio Garrastazu Médici⁴⁴⁹ restou eleito Presidente da República em 14 de outubro de 1969, com o voto dos Generais.

Por meio da Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969, a Constituição de 1967 restou integralmente revogada, tendo reeditado todos os dispositivos constitucionais, ainda que inúmeros destes tenham sido meramente reproduzidos do texto anterior, sem alterações, a exemplo “dos direitos e garantias individuais”.

Nas “disposição gerais e transitórias”, chamam a atenção o disposto nos artigos 181 e 182, que ratificam os atos institucionais e as ações realizadas pelo Comando Supremo da Revolução:

Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional no 12, de 31 de agosto de 1969;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados.⁴⁵⁰

No Governo Médici operou-se o “milagre econômico”⁴⁵¹: crescimento econômico extraordinário (PIB crescia na média anual de 11,2%) e baixa inflação (em torno de 18% ao ano). Delfim Netto usou e abusou dos empréstimos internacionais, com o Estado intervindo em extensa área, incluindo-se um grande aumento da capacidade de arrecadação de tributos⁴⁵².

⁴⁴⁹ “[...] Médici faria o país retroceder aos tempos do Estado Novo, não apenas pela utilização maciça da propaganda para promover o regime, como pelo fato de ter feito do deputado Filinto Müller (o carrasco que servira a Vargas) presidente do Congresso e chefe do partido do governo, a Arena”. BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010. p. 392.

⁴⁵⁰ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁴⁵¹ Dando seqüências às notas 294, 371 e 415, Bresser-Pereira entende que o ‘milagre econômico’ marcou o fim do segundo ciclo, o da ‘Nação e Desenvolvimento’, pois “criou a impressão para a oposição e para boa parte dos intelectuais – de esquerda – que o desenvolvimento econômico estava garantido e que os grandes desafios agora passavam a ser a transição para a democracia e a redução das gritantes desigualdades sociais”. É diante disso que teria surgido um novo ciclo, o terceiro, o da “Democracia e Justiça Social”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 23, 2012.

⁴⁵² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. P. 486.

No entanto, esse “milagre” mostrou-se insustentável, pois com a crise do petróleo de 1974, ficou evidente que durante o Governo Médici ocorreu, na verdade, um processo de concentração de renda e o crescimento desmedido da dívida externa, além do aumento considerável do fosso social que separava ricos e pobres: “o país ia bem, e o povo, de mal a pior”⁴⁵³.

Em 15 de março de 1974, conforme previa a AI-16, tomou posse o novo Presidente da República, o General Ernesto Geisel, eleito por um Colégio Eleitoral (composto por membros do Congresso Nacional e por delegados das Assembleias Legislativas dos Estados) que deu início a uma “abertura política lenta, gradual e segura”, de modo que se levasse a efeito uma transição lenta e controlada para um regime mais liberal⁴⁵⁴⁴⁵⁵.

Enquanto o Governo Médici lançou o Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), o Governo Geisel lançou o II Plano Nacional de Desenvolvimento⁴⁵⁶, desta vez nas mãos do economista Mário Henrique Simonsen. Em síntese, o Plano “buscava completar o processo de substituição de importações instalado há décadas no país, mudando o seu conteúdo”, ou seja, não apenas “substituir a importação de bens de consumo, mas de avançar no caminho da autonomia no terreno dos insumos básicos (petróleo, aço, alumínio, fertilizantes etc.) e da indústria de bens de capital”⁴⁵⁷.

A presença do Estado mostrou-se ainda mais forte, pois grandes empresas estatais é que acabaram por tomar a frente do processo, a exemplo da Eletrobrás, Petrobrás, Embratel, etc.

Beatriz Wahrlich afirma que o Brasil, desde os anos de 1930, deixou claro atuar na REFORMA Administrativa e não MODERNIZAÇÃO Administrativa. As “Reformas”

⁴⁵³ BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010. p. 393.

⁴⁵⁴ ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura militar e democracia no Brasil**: história, imagem e testemunho. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2013. p. 21.

⁴⁵⁵ Bresser-Pereira afirma que “o processo de democratização inicia-se no Brasil no final de 1974, imediatamente após a derrota do governo nas eleições de novembro e quando o processo de expansão de 1967-73 já se esgotara”. Ademais, segundo sua concepção, “o Brasil caminhava para um processo de redemocratização necessário, devido a fatos novos não apenas conjunturais (a crise econômica, a derrota do governo nas eleições majoritárias de 1974), mas também por motivos estruturais”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Seis interpretações sobre o Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 25. n. 3, p. 295, 1982.

⁴⁵⁶ Ver notas 294, 371, 415 e 437. Bresser-Pereira aponta haver nascido, em 1977, o terceiro pacto político da história do Brasil, qual seja, o Pacto Democrático-Popular. “O novo ciclo ganhou impulso no plano político em 1977, com o início da crise do regime autoritário. A crise se desencadeia como uma reação ao ‘pacote de abri’ de 1977, um conjunto de medidas violentamente autoritárias que o Presidente Ernesto Geisel adota nesse mês, depois de ter anunciado, dois anos antes, que estava iniciando a ‘distensão’ ou a ‘abertura’ democrática. As medidas autoritárias foram recebidas de forma negativa pelo empresariado, e, a partir de então, este, pela primeira vez desde 1964, deixa de dar amplo apoio ao governo e se associa, gradualmente, às forças democráticas. Com isso, ganha corpo a transição democrática no Brasil [...]”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 24, 2012.

⁴⁵⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 495.

sempre tiveram como objetivo a obtenção de maior eficiência, sendo sinônimo de *reorganização administrativa*:

[...] reorganização administrativa, procurando o aumento do rendimento, da produtividade, através da redefinição ou reformulação das atribuições das repartições; da racionalização de suas estruturas, métodos e normas de trabalho; da adequação de seus recursos financeiros, materiais, equipamentos e instalações; do recrutamento, seleção e aperfeiçoamento dos recursos humanos sob a égide do sistema do mérito. Logo, voltava-se predominantemente para os meios, para os processos necessários à consecução dos fins, na presunção de que a melhoria dos meios levasse necessariamente a melhor realização dos fins⁴⁵⁸.

Já a *modernização administrativa* pressupõe algo mais amplo, que transcende o âmbito da reforma, “para compreender essencialmente transformação e/ou criação”, não bastando promover maior eficiência, mas “redefinir os próprios fins, ou seja, os objetivos do desenvolvimento, as metas desejadas e as bases em que se apoiar, formular os programas para atingir essas metas e organizar os projetos respectivos...”⁴⁵⁹. A reforma é processualística; a modernização é teleológica⁴⁶⁰.

Em 15 de março de 1979, assumiu a Presidência da República aquele que seria o último General-Presidente, João Batista Figueiredo, a quem coube ampliar a abertura política⁴⁶¹ do seu antecessor Geisel – o que efetivamente ocorreu. Porém, no campo econômico, não conseguiu conter as dificuldades.

No âmbito da administração pública, o Governo Figueiredo realizou dois programas de reforma administrativa, um ligado à DESBUROCRATIZAÇÃO e o outro à DESESTATIZAÇÃO. O Decreto 83.740, de 18 de julho de 1979, instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, cuja meta era “dinamizar e simplificar o funcionamento da

⁴⁵⁸ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 67, 1974.

⁴⁵⁹ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 68, 1974.

⁴⁶⁰ Entre os anos de 1964 e 1978, afirma Wahrlich que ocorreu o ressurgimento da reforma administrativa como programa de governo formal e importante, cujos projetos anteriormente criados serviram de base ao Decreto-Lei n. 200. Destacou o trabalho da Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa – SEMOR – e do DASP. WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas: uma apreciação geral. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 52-53, 1984.

⁴⁶¹ Merece destaque a sanção da Lei da Anistia, possibilitando a volta dos exilados políticos e dando um importante passo na ampliação das liberdades públicas. Trata-se da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, cujo artigo 1º estava assim redigido: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”, regulamentada pelo Decreto 84.143, de 31 de outubro de 1979.

Administração Pública Federal” (artigo 1º), visando à simplificação e à racionalização das normas organizacionais, privilegiando o usuário do serviço público.

Beatriz Wahrlich, cita as palavras do Ministro Hélio Beltrão, o criador e primeiro coordenador dos trabalhos do Programa instituído pelo Decreto 83.740, esclarecendo que, ao idealizá-lo, pretendeu não apenas realizar uma alteração técnica, mas, acima de tudo, um alteração política, ideológica, cujo principal objetivo era a “reversão da tendência histórica da administração brasileira para crescimento desnecessário, centralização excessiva..., regulamentação abundante, formalismo rígido, lentidão dos serviços públicos e, conseqüentemente, ineficiência”:

O programa não constitui uma proposição de natureza técnica, e sim uma proposta eminentemente política. Foi instituído com o propósito de dar início a uma transformação essencial no comportamento da administração em relação a seus usuários. O que se pretende é retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado. Essa transformação envolve e pressupõe uma decisão essencialmente política... Se pretendemos facilitar a vida das pessoas e reduzir a interferência excessiva do Estado..., é imperioso descentralizar decisões, conter o exagero regulatório, eliminar controles inúteis e atribuir validade às declarações das pessoas... Desburocratizar não é racionalizar nem reorganizar. O Programa não se destina a aperfeiçoar o funcionamento interno da máquina administrativa. Pretende garantir o respeito à dignidade e à credibilidade das pessoas e protege-las contra a pressão burocrática⁴⁶².

Sob a direção do Presidente da República com a assistência de um Ministro Extraordinário, o programa tinha por objetivos (a) construir para a melhoria do atendimento dos usuários do serviço público; (b) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco; (c) agilizar a execução dos programas federais para assegurar o cumprimento dos objetivos prioritários do Governo; (d) substituir, sempre que praticável, o controle prévio pelo eficiente acompanhamento da execução e pelo reforço da fiscalização dirigida, para a identificação e correção dos eventuais desvios, fraudes e abusos; (e) intensificar a execução dos trabalhos da Reforma Administrativa de que trata o Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, especialmente os referidos no Título XIII; (f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando

⁴⁶² WAHRLICH, Beatriz. Desburocratização e desestatização: novas considerações sobre as prioridades brasileiras de reforma administrativa na década de 80. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 73 e 76, 1984.

a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado; (g) impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais; e (h) velar pelo cumprimento da política de contenção da criação indiscriminada de empresas públicas, promovendo o equacionamento dos casos em que for possível e recomendável a transferência do controle para o setor privado, respeitada a orientação do Governo na matéria.

Paralelamente, o programa de desestatização visava ao fortalecimento do sistema livre de empresa (a Secretaria Executiva do Programa Nacional de Desburocratização chegou a enviar, pelo Poder Executivo, ao Congresso o “Estatuto da Microempresa”, que tinha como fundamento “o reconhecimento de que a microempresa não resiste ao mesmo tratamento fiscal e burocrático imposto às empresas de maior porte”⁴⁶³) e tinha os seguintes pressupostos:

- . organização e exploração das atividades econômicas competem preferencialmente à empresa privada, na forma estabelecida na Constituição brasileira. O papel do Estado, no campo econômico, é de caráter suplementar, e visa sobretudo encorajar e apoiar o setor privado;
- . o governo brasileiro está firmemente empenhado em promover a privatização das empresas estatais nos casos em que o controle público se tenha tornado desnecessário ou injustificável;
- . a privatização das empresas estatais, porém, não deverá alcançar nem enfraquecer as entidades que devam ser mantidas sob controle público, seja por motivos de segurança nacional, seja porque tais empresas criem, efetivamente condições favoráveis ao desenvolvimento do próprio setor privado nacional, ou ainda, quando contribuem para assegurar o controle nacional do processo de desenvolvimento⁴⁶⁴.

Os resultados do Programa Nacional de Desestatização, em abril de 1983, consistiam em: 14 empresas privatizadas (a exemplo da Óleos Palmas S/A, Fábrica de Tecidos Dona Isabel, Hotel da Praia); encontravam-se à venda, na oportunidade, outras 28 (como a Livraria José Olympio Editora S/A, Computadores e Sistemas Brasileiros S/A, Hospital Cristo Redentor S/A, Forjas Acesita S/A). Havia, no entanto, ainda outras 300 empresas estatais, de modo que o resultado do Programa pode ser considerado modesto⁴⁶⁵.

⁴⁶³ WAHR WAHRLICH, Beatriz. Desburocratização e desestatização: novas considerações sobre as prioridades brasileiras de reforma administrativa na década de 80. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 77, 1984.

⁴⁶⁴ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 854, 2008.

⁴⁶⁵ WAHRLICH, Beatriz. Desburocratização e desestatização: novas considerações sobre as prioridades brasileiras de reforma administrativa na década de 80. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 81-82, 1984.

O Governo Figueiredo manteve as eleições diretas para Prefeitos, Governadores, Vereadores, Deputados Estaduais, Deputados Federais e Senadores da República, ocorridas em 1982. Em 1983, pela campanha das “Diretas Já” lutava-se pela eleição direta também para Presidência da República, o que acabou não ocorrendo, pois foi mantida a eleição indireta por meio do Colégio Eleitoral.

Após várias conjecturas políticas ocorridas entre os partidos mais fortes (PDS, PMDB, PFL e PDT), restaram eleitos, em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves e José Sarney pelo Colégio Eleitoral. Porém, em 15 de março de 1985 ocorreu a posse de José Sarney como Presidente da República, diante da morte de Tancredo.

O Brasil democrático: “agora vai”!

O Governo Sarney completou a transição política tão buscada e aguardada, restabelecendo as eleições diretas para a Presidência da República, aprovação de voto aos analfabetos, legalização de todos os partidos políticos e, acima de tudo, o respeito às liberdades públicas.

Administrativamente, o aparato administrativo ainda estava marcado pela excessiva centralização por meio de um complexo aparelho burocrático⁴⁶⁶. O ingresso de funcionários sem concurso público permitiu a reprodução de velhas práticas patrimonialistas e fisiológicas; a negligência com a administração direta – burocrática e rígida – enfraquece o núcleo estratégico do Estado, fato agravado pelo senso oportunista do regime militar que deixa de investir na formação de quadros especializados para os altos escalões do serviço público.

Ora, se para realizar mudanças importantes na engrenagem administrativa era necessário uma revisão crítica de todas as experiências anteriores, a missão mais urgente que se apresentava nos meados dos anos 1980 era a instalação de sistemas administrativos capazes de promover o desenvolvimento, fazendo com que o país pudesse dispor de toda a potencialidade de seus recursos. É importante sublinhar, portanto, que o processo de reforma está estreitamente ligado ao contexto político, social e cultural do país, o que significa que não se pode enfatizar somente os aspectos legal e técnico⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 645, 2003.

⁴⁶⁷ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 855, 2008.

Estava clara a necessidade de tornar o aparelho administrativo mais reduzido, orgânico, eficiente e receptivo às demandas da sociedade. Porém, a aposta governamental não mudou se comparado com toda a trajetória seguida desde a década de 1930: a centralização.

A crença na centralidade do papel do Governo, conduzindo, orientando, disciplinando e impregnando com seus valores o processo de mudança social, acabou impregnando a administração pública brasileira de quatro fascínios que estão na raiz das disfuncionalidades das estruturas e da operação do aparato estatal brasileiro, a saber: o fascínio pela eficiência econômica setorial; o fascínio pela uniformidade e pelo controle do ambiente; o fascínio pela grande escala; e o fascínio pela modernidade⁴⁶⁸.

Consta que o Governo Sarney instituiu comissões de estudos para redefinir o papel do Estado, estabelecer novas bases do funcionamento da administração pública, fixar o destino da função pública, reformular as estruturas do Poder Executivo federal e de seus órgãos e entidades, e racionalizar os procedimentos administrativos em vigor. A Comissão Geral da Reforma elaborou documento onde consta as principais propostas para reorganização da administração pública:

- * restauração da cidadania para prover os cidadãos de meios para a realização de seus direitos, obedecendo aos critérios de universalidade e acesso irrestrito;
- * democratização da ação administrativa em todos os níveis do governo, por meio de dinamização, redução do formalismo e transparência dos mecanismos de controle, controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo e pela sociedade, e articulação e proposição de novas modalidades organizacionais de decisão, execução e controle administrativo-institucional;
- * descentralização e desconcentração da ação administrativa com o objetivo de situar a decisão pública próxima do local de ação, além de reverter o processo de crescimento desordenado da administração federal;
- * revitalização do serviço público e valorização dos serviços;
- * melhoria dos padrões de desempenho a fim de promover a alocação mais eficiente de recursos⁴⁶⁹.

Esta mesma Comissão, cujos trabalhos restaram suspensos por alguns meses diante da prioridade dada à implantação do Plano Cruzado, retornou às atividades e expôs três diretrizes estratégicas da reforma administrativa: racionalização das estruturas administrativas, formulação de uma política de recursos humanos e contenção de gastos públicos.

⁴⁶⁸ COSTA, Frederico, Lustosa da. História das reformas administrativas no Brasil: narrativas, teorizações e representações. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF. v. 59, n. 3, p. 276, jul./set. 2008.

⁴⁶⁹ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 856, 2008.

Explicando cada uma das diretrizes, na pena de Gileno Marcelino, no que tange às estruturas administrativas, diagnosticou-se a necessidade de fortalecer e de modernizar a administração direta a partir da fuga gerada pelo aumento desenfreado da administração indireta (como visto, a partir de 1964, deu-se muito valor à administração pública indireta, resultando no Decreto-Lei 200/1967 – postulou-se um retorno ao modelo clássico de administração, qual seja, o da centralização); com relação aos recursos humanos, a valorização da função pública era o grande mote, o que se daria por meio de formação, treinamento, reciclagem e avaliação do desempenho do servidor⁴⁷⁰.

As boas intenções do Governo e das respectivas Comissões – como de praxe na história do Brasil – não foram suficientes a permitir a concretização e a efetivação de uma verdadeira reforma, sequer se conseguiu levar a efeito as propostas realizadas. Costa afirma que as tentativas de reforma até 1985 careceram de planejamento governamental e de meios eficazes de implementação, o que dificultou o processo como um todo:

Havia uma relativa distância entre planejamento, modernização e recursos humanos, além da falta de integração entre os órgãos responsáveis pela coordenação das reformas. Os resultados dessa experiência foram relativamente nefastos e se traduziram na multiplicação de entidades, na marginalização do funcionalismo, na descontinuidade administrativa e no enfraquecimento do Dasp. Em resumo, a experiência das reformas administrativas no Brasil apresentou distorções na coordenação e avaliação do processo, o que dificultou a sua implementação nos moldes idealizados. Persistia na sua concepção uma enorme distância entre as funções de planejamento, modernização e recursos humanos⁴⁷¹.

Não obstante aos modestos resultados obtidos ao longo do tempo – o que já é praxe no Brasil, uma vez que se deseja realizar tudo e ao mesmo tempo, o que conduz a pequenos avanços em área bem específica, relegando o todo sempre a um novo processo de reforma futura – do período devem ser destacados os trabalhos da Secretaria de Administração Pública (SEDAP), por meio da criação da Secretaria de Recursos Humanos e da Fundação Centro de Formação do Servidor Público (FUNCEP), que se focou no desenvolvimento de pessoal junto à Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e do Centro de Desenvolvimento da Administração Pública (CEDAM)⁴⁷².

⁴⁷⁰ MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 647, 2003.

⁴⁷¹ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 858, 2008.

⁴⁷² MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 647, 2003.

Em novembro de 1986, foi eleita a Assembleia Nacional Constituinte que se reuniu a partir de 1º de fevereiro de 1987 para a elaboração da nova Constituição, Constituição essa que bem representou o momento vivido (a redemocratização), tratando de vários assuntos com maior atenção aos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição de 1988 proclamou novos direitos de cidadania, ampliou os mecanismos de inclusão política, estabeleceu pontos de intervenção do Estado no domínio econômico, redistribuiu os ingressos públicos entre as esferas de governo, diminuiu o aparato repressivo herdado do regime militar e institucionalizou os instrumentos de política social. Nesse sentido, a promulgação da Constituição Federal representou uma verdadeira reforma do Estado.

Em 15 de março de 1990, tomou posse o primeiro Presidente da República civil, eleito pelo voto direto depois de 30 anos (desde Jânio Quadros): Fernando Collor de Melo, que possuía claramente a ideia de reduzir a intervenção do Estado na vida social, ou seja, apostou no “Estado mínimo”⁴⁷³ e em uma profunda reforma administrativa com uma administração pública gerencial.

A ideia central contida no projeto de “integração competitiva” era de transferir para a iniciativa privada o centro motor do desenvolvimento brasileiro, reduzindo as funções empresariais do Estado e “abrindo” a economia brasileira para o Exterior, como ocorreu com as importações de veículos, computadores, dentre outros. Pôs-se fim às restrições não tarifárias para importações e exportações.

Porém, a ausência de “um conteúdo estratégico bem definido e um planejamento da implementação suficientemente estruturado” provocou, na Administração Pública, “uma desagregação e um estrago cultural e psicológico impressionantes... com os servidores descendo aos degraus mais baixos da autoestima e valorização social, depois de serem alvos preferenciais em uma campanha política altamente destrutiva e desagregadora”⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Atenção às notas 294, 371, 415, 437 e 442. Para Bresser-Pereira, entre 1930 e 1980, liberais e neoliberais estiveram fora do poder político, assumindo-o em breves períodos (1945, 1954 e 1960). Em 1991, “sob o comando de políticos e burocratas liberais... forma-se, então, um novo pacto político dominante no Brasil – o Pacto Liberal-Dependente – que adota as reformas econômicas e as políticas macroeconômicas prevista pelo Consenso de Washington”. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 31, 2012). O “Consenso de Washington” foi um encontro ocorrido em 1989, na capital dos Estados Unidos. Nesse encontro, realizou-se uma série de recomendações visando ao desenvolvimento e à ampliação do neoliberalismo nos países da América Latina. Essa reunião foi convocada pelo *Institute for International Economics*, sob o nome de “*Latin American Adjustment: How Much has Happened?*”, e envolveu instituições e economistas de perfil neoliberal, além de alguns pensadores e administradores de países latino-americanos.

⁴⁷⁴ COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 860-861, 2008. Ficou conhecido como “caçador de marajás”, pois atacava os altos salários de alguns segmentos do funcionalismo público.

De acordo com o documento intitulado *Diretrizes de ação do governo Collor*, o objetivo da reforma administrativa era o de racionalizar o “setor público, recuperando-se a capacidade de gestão e controle de suas atividades”, corrigindo as “distorções e ineficiência embutidas que deram causa à desarticulação interna, com a prevalência de unidades descentralizadas e o crescimento exagerado do corporativismo”.

No entanto, o Governo Collor foi, finalisticamente, uma catástrofe que o conduziu ao *impeachment*. Pode-se afirmar que o bloqueio dos valores existentes nas contas correntes e nas poupanças dos brasileiros “foi uma das mais brutais intervenções nos direitos civis dos brasileiros, algo tão radical quanto as atitudes arbitrárias tomadas pelos militares”⁴⁷⁵.

Collor foi sucedido pelo seu Vice-Presidente, Itamar Augusto Cautieiro Franco, que compôs uma equipe econômica com pessoas gabaritadas, dentre elas Fernando Henrique Cardoso que, na condição de Ministro da Fazenda, implantou o Plano Real. E esse sucesso fê-lo sucessor de Itamar Franco, tendo sido eleito como 34º Presidente do Brasil em 2 de outubro de 1994.

O Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) focou na estabilização, notadamente a econômica. Ainda quando era Ministro da Fazenda de Itamar Franco (o quarto em apenas sete meses!), encontrou a administração pública absolutamente perdida, a tal ponto de afirmar que “governava-se às cegas e na desordem”:

O Orçamento se constituía em uma peça de ficção. As contas do BC e do Tesouro se misturavam e delas ninguém sabia grande coisa. O BB e as demais instituições financeiras públicas ou privadas viviam do *floating*, isto é, de apropriarem-se das sobras inflacionárias. Não obstante, a inflação dava a muita gente (mas não à grande massa de brasileiros pobres) a ilusão da abundância. Os diferentes tipos de depósitos que tinham direito à correção monetária rendiam esperança. Os bancos oficiais emprestavam e não sabiam se ganhavam ou perdiam, o que pouco importava, já que a inflação gerava resultados fictícios nos balanços⁴⁷⁶.

Era necessário, segundo FHC, uma grande batalha a ser travada a fim de se encontrar e trilhar um bom caminho à economia estável. E, na verdade, foram quatro grandes batalhas, em quatro frentes: a primeira, o ajuste do orçamento para se estabelecer a “verdade orçamentária”; a segunda, pôr fim à inadimplência do setor público, especialmente a dos Estados; a terceira, caminhar no processo de privatização de empresas estatais; a quarta,

⁴⁷⁵ BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010. p. 429.

⁴⁷⁶ CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: a história que vivi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 141-142.

renegociação da dívida externa e ao retorno do Brasil ao mercado financeiro internacional, com a suspensão da moratória⁴⁷⁷.

Como bem esclarece o próprio FHC, ao pensar nos nomes que comporiam seu Governo, havia uma forte ideologia de base, qual seja, “meu desejo era lançar as bases de um novo Estado, mais ágil e competente, que nada tinha a ver com a imagem que as oposições tentaram grudar de um mini-Estado, de corte neoliberal. Bresser, professor da FGV de São Paulo, espírito inovador, deu um empurrão importante na modernização da máquina pública”⁴⁷⁸.

Certamente a “forte ideologia de base” a que se refere FHC é a do discurso neoliberal nascida nos anos 1980 e a maneira de governar de Margaret Thatcher, Primeira-Ministra do Reino Unido. Capobiango afirma que “o thatcherismo pode ser qualificado por algumas medidas organizativas e administrativas que caracterizaram a Nova Administração Pública”, sintetizando-as da seguinte forma: “descentralização do aparelho de Estado; privatização das estatais; terceirização dos serviços públicos; regulação estatal das atividades públicas conduzidas pelo setor privado; e uso de ideias e ferramentas gerenciais advindas do setor privado”⁴⁷⁹.

Bresser-Pereira é quem sintetiza a atuação governamental de FHC, no sentido de que se submeteu à nova ordem internacional, “e adotou a ortodoxia neoclássica e neoliberal de reformas institucionais e de gestão macroeconômica”, apostando na “poupança externa” – credibilidade⁴⁸⁰ perante o mundo.

As propostas de reforma do Estado do Governo FHC estavam concentradas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado – PDRAE – de autoria do professor e Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, cujos principais pontos eram:

- * uma breve interpretação da crise do Estado;
- * uma classificação evolutiva da administração pública;
- * um histórico das reformas administrativas no Brasil a partir dos anos 1930;
- * um diagnóstico da administração pública brasileira;
- * um quadro referencial das formas de propriedade, setores do Estado e tipos de gestão;
- * uma estratégia de mudança;

⁴⁷⁷ CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: a história que vivi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 144-145.

⁴⁷⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: a história que vivi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 260.

⁴⁷⁹ CAPOBIANGO, Ronan Pereira et al. Reformas administrativas no Brasil: uma abordagem teórica e crítica. **REGE Revista de Gestão**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 68, 2013.

⁴⁸⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 38, 2012.

* os principais projetos de reforma do chamado aparelho de Estado.

Os pilares do projeto podem ser assim identificados:

(1) o ajustamento fiscal duradouro;(2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional;(3) a reforma da previdência social;(4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e(5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua ‘governança’, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas⁴⁸¹.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado – PDRAE – consistia em um longo texto dissertativo composto por sessenta e oito páginas, divididas em nove capítulos: introdução, três formas de administração pública, histórico, diagnóstico, o aparelho do Estado e as formas de propriedade, objetivos, estratégia de transição, projetos e órgãos estratégicos da reforma do aparelho do Estado.

Logo na introdução, restaram conceituados “aparelho do Estado” e “Estado”: “aparelho do Estado” é a administração pública em sentido amplo, constituído pelo governo, por um corpo de funcionários e pela força militar; “Estado” é mais abrangente que o aparelho e consiste na organização burocrática que tem o monopólio da violência legal e compreende o sistema constitucional-legal que regula a população nos limites de um território.

A partir de tais conceitos, o PDRAE passa a distinguir “reforma do Estado” da “reforma do aparelho do Estado”: a reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado, mais restrita, está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania.

O foco da reforma do Estado era evidentemente neoliberal, pois previa que o Estado deveria deixar “de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento”⁴⁸². O Estado deveria, então, reduzir seu papel de executor e/ou prestador direto de serviços, mantendo-se no papel de regulador e provedor destes, notadamente nos serviços sociais.

⁴⁸¹ BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995. p. 11.

⁴⁸² BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995. p. 12.

Pretendeu-se, assim, reforçar a governança, entendida esta como “a capacidade de governo do Estado através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”.

A modernização organizacional permitiu a reincorporação à administração direta das funções de governo que estavam inadequadamente atribuídas à administração indireta. Assim, “evita-se a proliferação de estatais sem objeto empresarial e fundações sem fontes próprias de recursos, assegurando-se, ao mesmo tempo, eficiência na sua gestão, de acordo com princípios adequados de organização administrativa”...

Segundo dados da Secretaria de Administração Federal (SAF), o ‘desmonte’ do aparato governamental afastou, até janeiro de 1991, 221.308 servidores e extinguiu vagas no serviço público; desse total, 134.912 servidores foram demitidos, 33.174 aposentados e 53.222 foram colocados ‘em disponibilidade’, uma solução administrativa adotada pela reforma, que significou, na realidade, colocar os servidores em casa, recebendo sem trabalhar, uma vez que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a redução dos seus vencimentos⁴⁸³.

O PDRAE pretende implantar a administração gerencial⁴⁸⁴. Para esclarecer exatamente do que se trata, parte de conceitos históricos dos modelos que antecedem a administração gerencial, ou seja, as administrações patrimonialista e a burocrática.

Considera “administração pública patrimonialista” a primeira forma de administração pública, caracterizada pela confusão entre a *res publica* e a *res principis*. Assevera que o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano e, em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração.

A “administração pública burocrática” é encontrada a partir da metade do Século XIX. Seu surgimento se deu justamente para combater a corrupção e o nepotismo do modelo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo; em síntese, o poder racional-legal. Diante da prévia desconfiança nos administradores públicos e nos cidadãos, torna-se necessário controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas. O controle

⁴⁸³ MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 649, 2003.

⁴⁸⁴ Modelo este baseado na experiência britânica de Margareth Thatcher. “[...] se por um lado o movimento da Nova Administração Pública (NAP) é caracterizado por um modelo normativo, constituído por abordagens teóricas que possibilitam, por meio dos princípios de mercado, compreender a esfera pública e seu funcionamento, por outro lado, a agenda da NAP foi referência para a promoção de reformas em muitos países, com o objetivo de reestruturar o Estado, substituindo o modelo burocrático pelo gerencial, que se baseia na competição e foca os resultados”. CAPOBIANGO, Ronan Pereira et al. Reformas administrativas no Brasil: uma abordagem teórica e crítica. **REGE Revista de Gestão**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 69, 2013.

acaba se tornando um fim em si mesmo, motivo pelo qual o Estado perde a noção do servir à sociedade. Embora sofra do excesso de formalismo e da ênfase no controle dos processos, tem como vantagens a segurança e a efetividade das decisões.

O modelo burocrático weberiano é um modelo organizacional que desfrutou notável disseminação nas administrações públicas durante o século XX em todo o mundo. O modelo burocrático é atribuído a Max Weber, porque o sociólogo alemão analisou e sintetizou suas principais características. O modelo também é conhecido na literatura inglesa como *progressive public administration* — PPA (Hood, 1995), referindo-se ao modelo que inspirou as reformas introduzidas nas administrações públicas dos Estados Unidos entre os séculos XIX e XX, durante a chamada *progressive era*⁴⁸⁵.

Por fim, a “administração pública gerencial” emerge na segunda metade do Século XX como resposta “à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e... ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações”.

A administração pública gerencial inspira-se na administração de empresas, mas não pode ser confundida com esta última. Enquanto a receita das empresas depende dos pagamentos que os clientes fazem livremente na compra de seus produtos e serviços, a receita do Estado deriva de impostos, ou seja, de contribuições obrigatórias, sem contrapartida direta. Enquanto o mercado controla a administração das empresas, a sociedade – por meio de políticos eleitos – controla a administração pública. Enquanto a administração de empresas está voltada para o lucro privado, para a maximização dos interesses dos acionistas, esperando-se que, através do mercado, o interesse coletivo seja atendido, a administração pública gerencial está explícita e diretamente voltada para o interesse público⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 350, 2009. E prossegue o autor, lembrando que “na sua descrição sobre os modelos ideais típicos de dominação, Weber identificou o exercício da autoridade racional-legal como fonte de poder dentro das organizações burocráticas. Nesse modelo, o poder emana das normas, das instituições formais, e não do perfil carismático ou da tradição. A partir desse axioma fundamental derivam-se as três características principais do modelo burocrático: a formalidade, a impessoalidade e o profissionalismo... O modelo burocrático weberiano estabeleceu um padrão excepcional de *expertise* entre os trabalhadores das organizações. Um dos aspectos centrais é a separação entre planejamento e execução... A preocupação com a eficiência organizacional é central no modelo burocrático” (p. 351-352).

⁴⁸⁶ BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995. p. 17.

Leonardo Secchi trata da “administração pública gerencial” (APG) ao lado de outro modelo, o “governo empreendedor” (GE), ambos vistos como espécies de “gerencialismo” público. Verbera que os dois modelos (APG e GE) compartilham dos mesmos valores, quais sejam, produtividade, orientação ao serviço, descentralização, eficiência na prestação de serviços, *marketization* e *accountability*:

A administração pública gerencial ou nova gestão pública (*new public management*) é um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da administração pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade. ...é um campo de debate acadêmico e profissional sobre temas de políticas de gestão pública, liderança executiva, desenho de organizações programáticas e operações de governo⁴⁸⁷.

Acerca do “governo empreendedor” (GE), Secchi considera o livro “Reinventando o governo”, escrito por David Osborne e Ted Gaebler (*Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*), como o inaugurador dessa nova forma de administrar. Segundo ele, a proposta do “governo empreendedor” fundamenta-se na utilização da linguagem e das ferramentas da administração privada à administração pública, sintetizada em “dez mandamentos”:

- * governo catalisador: os governos não devem assumir o papel de implementador de políticas públicas sozinhos, mas sim harmonizar a ação de diferentes agentes sociais na solução de problemas coletivos;
- * governo que pertence à comunidade: os governos devem abrir-se à participação dos cidadãos no momento de tomada de decisão;
- * governo competitivo: os governos devem criar mecanismos de competição dentro das organizações públicas e entre organizações públicas e privadas, buscando fomentar a melhora da qualidade dos serviços prestados. Essa prescrição vai contra os monopólios governamentais na prestação de certos serviços públicos;
- * governo orientado por missões: os governos devem deixar de lado a obsessão pelo seguimento de normativas formais e migrar a atenção na direção da sua verdadeira missão;
- * governo de resultados: os governos devem substituir o foco no controle de *inputs* para o controle de *outputs* e impactos de suas ações, e para isso adotar a administração por objetivos;

⁴⁸⁷ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 354, 2009. Definir “governança” (ou *governance*) é tarefa árdua, eis que várias são as disciplinas que estudam seus fenômenos (teorias do desenvolvimento, ciência política, relações internacionais etc.). As teorias do desenvolvimento tratam a governança como um conjunto adequado de práticas democráticas e de gestão que ajudam os países a melhorar suas condições de desenvolvimento econômico e social. Na linguagem empresarial e contábil, governança significa um conjunto de princípios básicos para aumentar a efetividade de controle por parte da parte interessada e pelas autoridades de mercado. Secchi prefere compreender governança do ponto de vista das ciências políticas e da administração pública, onde há relação entre atores públicos e privados no processo de elaboração de políticas públicas. SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 358, 2009.

- * governo orientado ao cliente: os governos devem substituir a autorreferencialidade pela lógica de atenção às necessidades dos clientes/cidadãos;
- * governo empreendedor: os governos devem esforçar-se a aumentar seus ganhos por meio de aplicações financeiras e ampliação da prestação de serviços;
- * governo preventivo: os governos devem abandonar comportamentos reativos na solução de problemas pela ação proativa, elaborando planejamento estratégico de modo a antever problemas potenciais;
- * governo descentralizado: os governos devem envolver os funcionários nos processos deliberativos, aproveitando o seu conhecimento e capacidade inovadora. Além de melhorar a capacidade de inovação e resolução de problemas, a descentralização também é apresentada como forma de aumentar a motivação e autoestima dos funcionários públicos;
- * governo orientado para o mercado: os governos devem promover e adentrar na lógica competitiva de mercado, investindo dinheiro em aplicações de risco, agindo como intermediário na prestação de certos serviços, criando agências regulatórias e institutos para prestação de informação relevante e, assim, abatendo custos transacionais⁴⁸⁸.

É possível identificar, no PDRAE, os setores do e onde o Estado atua, sendo quatro os setores apontados: núcleo estratégico (é o governo, em sentido lato; é o setor que define as leis, as políticas públicas e cobra o seu cumprimento. Corresponde aos Poderes em si, incluindo-se o Ministério Público), atividades exclusivas (setor onde são agrupados os serviços que somente o Estado pode realizar, a exemplo do fomento, fiscalização, polícia, previdência social básica, saúde, controle do meio ambiente, emissão de passaportes etc.), serviços não exclusivos (setor que corresponde aos serviços prestados pelo Estado simultaneamente com outras organizações públicas e/ou privadas, como educação, saúde, museus etc.) e produção de bens e serviços para o mercado (é o setor caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro. É a área de atuação das empresas e que, por diversos motivos, o Estado atua, sendo necessária a privatização).

Considerando cada setor, o PDRAE prevê o que deve ser feito individualmente neles: no núcleo estratégico, as decisões devem ser melhores e efetivamente cumpridas (a efetividade é mais importante que a eficiência); já nos demais setores, é possível resumir o que deve ser realizado de uma maneira bastante simples, qual seja, o critério “eficiência” deve tornar-se fundamental, ou seja, “o que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade a um custo baixo”.

Gileno Marcelino lembra que essa distinção das funções prevista no PDRAE não é nova, no sentido de que o administrador brasileiro já havia se dado conta da necessidade da

⁴⁸⁸ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 356-357, 2009.

distinção quando do Decreto-Lei 200/1967. No entanto, critica a falta de efetividade dos dispositivos do Decreto-Lei, que não foi integralmente posto em prática, bem como alguns abusos cometidos em nome da busca de autonomia:

[...] o Brasil antecipou uma estratégia que somente nos últimos anos outros países vem adotando, que é a de descentralizar as atividades de execução, oferecendo às instituições descentralizadas um maior grau de autonomia de gestão, imprescindível para a realização eficaz e eficiente de sua missão. Mas, o visionário esforço de organização do aparelho do Estado pretendido pelo Decreto-lei n. 200/67 foi aos poucos desfeito, na medida em que não se efetivou, conjuntamente, um esforço de acompanhamento e avaliação da atuação das instituições descentralizadas. Assim, pouca atenção foi dada à definição clara de resultados a serem atingidos pelas instituições e, menos ainda, ao seu desempenho, aos resultados que deveriam ser apresentados⁴⁸⁹.

O PDRAE pressupunha ser irrealista a proposta neoliberal do Estado mínimo, de modo que se mostrava necessário reconstruir o Estado a fim de que este garantisse a propriedade e os contratos, sem se descuidar do seu papel complementar ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais. A reorganização das finanças e do sistema institucional-legal são imprescindíveis à melhoria da relação com a sociedade civil. Previa-se quatro objetivos globais:

- * Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.
- * Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada.
- * Transferir da União para os Estados e Municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União.
- * Transferir parcialmente da União para os Estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os Estados e a União⁴⁹⁰.

Para cada um dos quatro setores anteriormente apontados (núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não-exclusivos e produção para o mercado), o PDRAE previa objetivos específicos, como modernizar a administração burocrática a fim de se obter maior segurança e efetividade; dotar o núcleo estratégico de capacidade gerencial; transformar autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas; “substituir a

⁴⁸⁹ MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 651, 2003.

⁴⁹⁰ BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995. p. 45.

administração pública burocrática, rígida, voltada para o controle *a priori* dos processos, pela administração pública gerencial, baseada no controle *a posteriori* dos resultados e na competição administrada”; “transferir para o setor público não-estatal os serviços não-exclusivos, através de um programa de ‘publicização’, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos [...]”; prosseguir com o processo de privatização, dentre outros.

A fim de se alcançar os objetivos traçados, o PDRAE vislumbrava também as estratégias de atuação, basicamente divididas em três dimensões: a institucional-legal (reforma do sistema jurídico), a cultural (transição de uma cultura burocrática para um cultura gerencial) e a gestão pública aperfeiçoada (introdução da administração gerencial).

Dentro da dimensão “institucional-legal”, defendia-se o aperfeiçoamento do sistema jurídico-legal, com reformas na ordem econômica, na ordem tributária, na previdência social (aposentadorias após 60 anos de idade) e no ajuste fiscal. Deveria ser apresentada uma proposta de emenda constitucional (PEC) prevendo várias mudanças, dentre as quais destaca-se:

- * o fim da obrigatoriedade do regime jurídico único, permitindo-se a volta de contratação de servidores celetistas;...
- * a flexibilização da estabilidade dos servidores estatutários, permitindo-se a demissão, além de por falta grave, também por insuficiência de desempenho e por excesso de quadros;...
- * possibilidade de se colocar servidores em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço como alternativa à exoneração por excesso de quadros;...
- * limitação rígida da remuneração dos servidores públicos e membros dos Poderes, inclusive vantagens pessoais...
- * fim da aposentadoria integral e das aposentadorias precoces...⁴⁹¹

No âmbito infraconstitucional, identicamente deveria ser definida uma série de leis complementares e ordinárias a tratar de vários itens, citando como exemplo, a necessidade de definição do processo específico de demissão por insuficiência de desempenho; definição dos critérios gerais de exoneração por excesso de quadros; definição das regras do processo seletivo público; definição do sistema de saúde dos servidores; revisão do Estatuto Jurídico dos Servidores Civis; elaboração de leis prevendo a desburocratização e a desregulamentação dos serviços públicos; dentre outros.

Porém, o próprio Plano Diretor acredita que as mudanças propostas somente vingariam acaso se mudasse e se moldasse a cultura administrativa do país, fortemente

⁴⁹¹ BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995. p. 50-51.

marcada pelo patrimonialismo recente, ainda com forte caráter burocrático. Os indivíduos são vistos como essencialmente egoístas e aéticos, de forma que só o controle *a priori*, passo a passo, dos processos administrativos permitirá a proteção da coisa pública. A mudança para uma cultura gerencial é uma mudança de qualidade. Não se parte para o oposto, para uma confiança ingênua na humanidade. O que se pretende é apenas dar um voto de confiança provisório aos administradores e controlar severamente, *a posteriori*, os resultados.

E o prazo de implantação do Plano foi ousado: “será considerado, para efeitos deste documento, o curto prazo até o final deste ano de 95, o médio prazo o período compreendido entre os anos de 96 e 97, e o longo prazo, o final deste governo, ou seja, o início de 99”.

Assim, a expectativa é de no curto prazo iniciar o processo de modernização da gestão através de ações que independam de modificações mais estruturais no sistema jurídico-legal. No médio prazo espera-se com a aprovação das emendas e respectivas regulamentações, além do projeto de Organizações Sociais, dar continuidade ao processo de modernização da gestão de forma mais consistente a partir da combinação de ações tanto na dimensão institucional, quanto na da gestão. Finalmente, no longo prazo, o objetivo é consolidar o processo de mudança, a partir da ideia de sua irreversibilidade, dotando o aparelho do Estado de uma estrutura com um grau de flexibilidade tal que permita enfrentar os desafios de ajustamento que certamente serão impostos, porém, ainda, imprevisíveis⁴⁹².

Segundo o Plano, na dimensão “gestão” haverá de ocorrer uma avaliação estrutural que permita conhecer a estrutura global do Estado e suas respectivas atividades exclusivas, permitindo-se dar maior autonomia de gestão às autarquias e fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, transformando-as em agências autônomas.

Como o foco do Estado é/deve ser o administrado, o PDRAE concebia várias ações nas necessidades do cidadão, prevendo no “Projeto Cidadão” a simplificação de obrigações de natureza burocrática, a implementação de sistema de recebimento de reclamações, a implementação de sistema de informação a respeito do funcionamento e acesso aos serviços públicos, diminuir o tempo de espera de atendimento como indicador de desempenho.

Pois bem: durante o primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso, foi aprovada emenda à Constituição que permitia a reeleição. Assim, em outubro de 1998, FHC foi reeleito, tendo sido sucedido por Luiz Ignácio Lula da Silva, também com dois mandatos e, por fim, por Dilma Rousseff, reeleita Presidente da República em outubro de 2014.

⁴⁹² BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995. p. 56.

O Governo de FHC foi o último, salvo melhor compreensão, a colocar como plano de governo a reforma administrativa. A partir do Governo Lula, tem-se claramente um novo delineamento do papel do Estado, voltado cada vez mais à distribuição de renda e aos investimentos maciços em programas sociais – um verdadeiro Estado Social!

Além disso, a Reforma de Estado/Administrativa do Governo FHC teria abalado os fundamentos constitucionais do Estado, eis que se fundamentava na sua minimalização. O Governo Lula estaria promovendo o reaparelhamento do Estado e reestruturando os quadros públicos com alento e potencialidade, sem se descurar dos programas sociais:

[...] o Governo Lula tem intensivamente investido em programas sociais, em especial de transferência de renda, como o Bolsa Família, e intensificado a efetivação da seguridade social, conforme prevista na Constituição. Isto porque, pela primeira vez, desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em 07 de dezembro de 1993, a política pública de assistência social passou a ser implementada na perspectiva de um sistema único⁴⁹³.

É certo que a história ainda não se debruçou a estudar os avanços, retrocessos, ganhos e perdas dos governos dos anos 2000 em diante, até porque o tempo ainda não fluiu o bastante. Porém, há que se questionar, como o fez Bresser-Pereira: “a elite prossegue sendo alienada, ou vislumbra-se o renascimento do nacionalismo e de um novo desenvolvimento? O Governo Lula e agora o Governo Dilma estão contribuindo para que a segunda alternativa ganhe força, e para a formação de um novo pacto político que poderá ser chamado Pacto Popular-Democrático de 2005”⁴⁹⁴.

O quadro das reformas e os resultados

Diante de tudo e tanto que foi dito, Gileno Fernandes Marcelino destaca três grandes períodos de reformas administrativas: “a partir de 1930 até meados de 1945, com extensão de 1952 até meados de 1962, quando se realizam estudos não-implantados; a partir de 1964; e após 1985 até os nossos dias”⁴⁹⁵.

⁴⁹³ SANTOS, Marlene de Jesus Silva. Da reforma democrática à reversão neoliberal: mudanças na estrutura administrativa brasileira e as potencialidades da crise econômica. **SER Social**, Brasília, DF, v. 12, n. 26, p. 106, 2010.

⁴⁹⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 46, p. 16, 2012.

⁴⁹⁵ MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 643, 2003.

Humberto Falcão Martins, em sua dissertação de Mestrado apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública, vinculada à Fundação Getúlio Vargas, indica cinco períodos na “trajetória modernizante” da Administração Pública brasileira:

- * de 1808 a 1930 – a Administração “Tradicional”;
- * de 1930 a 1945 – a Modernização “Daspeana”;
- * de 1945 a 1964 – o advento da “Administração Paralela”;
- * de 1964 a 1985 – a “Administração para o Desenvolvimento”;
- * de 1985 a 1994 – a “Era da Desmodernização”.

Costa, porém, prefere outra classificação, mais completa:

- * de 1500 a 1808 – a administração da Colônia;
- * de 1808 a 1840 – a construção do Estado nacional;
- * de 1840 a 1889 – o Estado monárquico-“representativo”;
- * de 1889 a 1930 – o Estado na primeira República;
- * de 1930 a 1945 – a “burocratização” do Estado nacional;
- * de 1945 a 1964 – o Estado nacional-desenvolvimentista;
- * de 1964 a 1989 – o Estado e a modernização autoritária;
- * de 1990 a 2002 – o Estado na era do gerencialismo.

E explica o quadro que apresenta da seguinte maneira:

De 1808 a 1840, o Brasil se encontra no estágio de afirmação da soberania, sufocando revoltas e rebeliões, e de formação das instituições nacionais, a partir da constituição do autogoverno, fase que tem como marco inicial a chegada da família real portuguesa ao Rio de Janeiro. O segundo momento (1840-1889) corresponde a um prolongado período de estabilidade política, dentro do quadro político de oligarquias competitivas. O terceiro período (1889-1930) corresponde à chamada República Velha e coincide com a implantação das instituições republicanas e formação da Federação. O quarto período (1930-1945) equivale ao primeiro governo Vargas, marcado por profundas transformações na economia, na sociedade e, sobretudo, no Estado brasileiro. O quinto período (1945-1964) constitui uma espécie de continuação em segunda fase da etapa anterior, com a acentuação de umas características e atenuação de outras. Trata-se de uma aceleração do processo de modernização com ênfase na ação supletiva e promocional do Estado. O sexto período (1964-1989) é marcado pela ascensão e queda do regime militar, que manteve o projeto modernizante e intensificou a presença do Estado na economia, a centralização e o viés tecnocrático das decisões. O sétimo período (1990-2002), caracterizado pela estabilização econômica, o ajuste estrutural e a abertura econômica, introduz as reformas de cunho neoliberal e gerencialista⁴⁹⁶.

Bresser-Pereira, ao invés de se utilizar de períodos de tempo e classificações, prefere o termo “interpretações”, as seis interpretações sobre o Brasil: (1) a interpretação da vocação

⁴⁹⁶ COSTA, Frederico Lustosa da. Prefácio a uma história da administração pública brasileira. In: EnANPAD – ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. *Anais...* Rio de Janeiro: 2008. p. 9.

agrária; (2) a interpretação nacional-burguesa; (3) a interpretação autoritário-modernizante; (4) a interpretação funcional capitalista; (5) a interpretação da super-exploração imperialista e (6) a interpretação da nova dependência⁴⁹⁷.

Destaca, ainda, Bresser-Pereira, que há duas periodizações da economia brasileira que servem para melhor compreender o Brasil, uma de cunho nacional-burguês (Colonial-Mercantil até 1808; Semicolonial Agrário-Mercantil Primário-Exportadora até 1930; Industrial Substitutiva de Importações a partir de então) e outra em termos marxistas não-ortodoxos (Mercantil-Escravista Colonial até 1808; Mercantil-Escravista Nacional até 1888; Exportadora-Capitalista-Retardatária a partir de então. Esta última fase divide-se em: nascimento e consolidação do capital industrial [1808-1933]; industrialização restringida [1933-1956]; industrialização pesada [1956...])⁴⁹⁸.

Vários dos autores já analisados estão concordes em afirmar que, embora o aparelho estatal brasileiro tenha evoluído ao longo do tempo, é certo que as reformas administrativas – mais propostas do que efetivamente postas em prática – nunca conseguiram atingir os objetivos e a alcançar uma real reforma/modernização que garantisse eficiência/eficácia.

Gileno Marcelino trata da insuficiência dos processos de reforma, seja pela ausência de planejamento, de objetivos e rumos claros, seja por problemas políticos, institucionais ou, até mesmo, a perda de prioridade na agenda governamental. Afirma que o modelo atual beira o de 1930, autocrática, centralizada, formal:

A administração pública, desde 1930, traz toda uma característica autocrática e impositiva concentrada nos meios, orientada para instrumentos, métodos e processos. Tanto isso é verdade que os dois processos de reforma administrativa, efetivamente implementados, foram desenvolvidos em períodos autoritários: o Estado Novo de 1937 e o regime militar pós-1964. Assim, o aparelho administrativo do governo, agravado pela herança do regime militar e pelos insucessos dos sucessivos governos civis, permaneceu desarticulado, inflexível e centralizado⁴⁹⁹.

Roman Pereira Capobiango é enérgico ao afirmar que as práticas da administração patrimonialista persistem e são comuns no cotidiano da Administração Pública, cuja estrutura

⁴⁹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Seis interpretações sobre o Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 269, 1982.

⁴⁹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Seis interpretações sobre o Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 281, 1982.

⁴⁹⁹ MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 656, 2003.

mecanicista, rígida e inflexível tem resistido à evolução e a própria democratização da sociedade, restando uma administração deficiente e desmoralizada⁵⁰⁰.

Leonardo Secchi chama a atenção de que as reformas administrativas têm sido utilizadas por governos mal intencionados, com interesses meramente políticos e com mero valor retórico: “políticos, funcionários de carreira e empreendedores políticos em geral tentam manipular a percepção coletiva a respeito das organizações públicas usando as reformas administrativas como argumento para isso”, acabando por autopromover alguém a concretamente acontecer⁵⁰¹.

Acreditando que as pessoas responsáveis pelo planejamento, implantação e execução da reforma administrativa, investidas na condição de *autoridades*, preferem autoglorificar-se a realmente implantar uma nova forma de administrar, Beatriz Wahrlich diz que é comum dar atenção aos meios e aos controles, em detrimento dos fins, o que se agrava diante da ausência de motivação, participação e continuidade:

Essa disfuncionalidade parece ser inerente ao próprio processo reformista concentrado nos meios, pela frequência com que é verificada... Talvez seja uma consequência da exacerbação da atividade auxiliar em busca de um papel mais relevante, mais substanciosos do que aquele que de fato julga caber-lhe, ou, em outras palavras, uma tentativa inconsciente das autoridades responsáveis pelos *meios* de se afirmarem perante as autoridades responsáveis pelos *fins*... Daí assumirem, aquelas, uma atitude excessiva de controle, quando lhes seria muito mais própria a de prestação de serviços. Daí sua crescente rigidez de comportamento, de inflexibilidade na aplicação dos critérios gerais e uniformes através dos quais pode chegar-se até ao sacrifício da *substância* em favor da *forma*⁵⁰².

Para encerrar, ninguém melhor que Raymundo Faoro a deixar formatados o Estado, a Administração Pública e a Sociedade brasileiras, realçando a “persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição... da experiência capitalista”. No poder, no quadro administrativo, o estamento; “sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político... impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando [...]”; “não impera a burocracia... mas o estamento político”; na base, “o povo espera, pede e venera, formulando a sua política... a política de salvação. Confundindo as súplicas religiosas com as políticas, o desvalido, o negativamente

⁵⁰⁰ CAPOBIANGO, Ronan Pereira et al. Reformas administrativas no Brasil: uma abordagem teórica e crítica. **REGE Revista de Gestão**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 67, 2013.

⁵⁰¹ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 365, 2009.

⁵⁰² WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 67, 1974.

privilegiado, identificado ao providencialismo do aparelhamento estatal, com o entusiasmo orgiástico dos supersticiosos, confunde o político com o taumaturgo, que transforme pedras em pães, o pobre no rico:

O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder... tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre... E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou⁵⁰³.

Evidente, portanto, que a evolução do Estado e da Administração Pública conhecida na Teoria Política, na Ciência Política e no Direito Administrativo, não são adequadas a explicar a realidade brasileira, eis que os fatos que marcam a nossa evolução são absolutamente distintos das linhas estadunidense e europeia.

Há, pode-se dizer de forma bem ampla e geral, pontos em comum (Estado Social, reformas, legalidade, poder do Estado, democracia etc.), porém não há uma homogeneidade linear que permita traçar aquela linha evolutiva “Estado Absoluto → Estado Liberal → Estado Social → Estado Democrático de Direito” ao Estado brasileiro.

⁵⁰³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2, p. 747-748.

4 OS ATOS ADMINISTRATIVOS SOB A PERSPECTIVA DA NOVA JURIDICIDADE

Como visto, o Direito e o Estado têm passado por consideráveis alterações em suas estruturas e características⁵⁰⁴.

Seus papéis, suas posturas distanciam-se daquelas características de seus primórdios, notadamente com relação ao exercício legítimo do poder: antes, sem maiores limitações; agora, limitados entre si. O Direito deixou de ser “do Estado” e “para o Estado”, com atributos meramente organizatórios, e passou a ser um transformador da sociedade e do próprio Estado; uma garantia aos administrados e administradores.

De uma legalidade formal, restrita, passou-se a uma legalidade material, substancial, ampla, de modo que a atuação do Estado – por sua Administração Pública – e do Direito receberam influências casuísticas – deixando de ser meramente abstratas – e uma série de exigências sociais de cunho modernizador que conduzam a sociedade a uma efetiva melhora existencial qualitativa.

A análise e cobrança do Estado, ou melhor, da sua atuação hodierna, deixou de ser pautada meramente em condições jurídicas abstratas e sofreu uma espécie de “mudança de polo de verificação/controle”, já que as formalidades legais deixaram de ser um fim em si mesmas e passaram a ser vislumbradas como um “meio” capaz de permitir a qualquer cidadão-administrador o controle dos atos administrativos.

É, como se disse ao fim do primeiro capítulo, a atuação administrativa se pautando por uma legalidade finalística, por uma administração de resultados, transpondo-se da “legalidade da vontade” ao “resultado da atuação administrativa”, na finalidade.

[...] os vetustos *fins do Estado* passam a ser relidos não mais como idealizações abstratas, formuladas por eventuais elites governantes, nem como alcandoradas verdades contidas em empoeiradas cartilhas ideológicas, mas, simplesmente, como a *realização dos direitos das pessoas...* Assim é que esse conceito derivado, de *funcionalização do poder* – entendido como

⁵⁰⁴ Moreira Neto arrazoa que uma disposição espontânea da ordem social mostrou-se insuficiente ao longo da História, de modo que o estabelecimento de uma ordem artificialmente criada, dotada de autoridade e de imposição coativa em todo o meio social, tornou-se condição de existência. Chegou-se ao Direito – voltado a lançar os fundamentos de ordem e de segurança – e à noção de ordem jurídica que, por sua vez, conjugando-se o fenômeno do poder, culminou na organização política que, institucionalizada, produziu o Estado. “Estado e Direito passam a ser um binômio – duas realidades reciprocamente causais: o Estado é cada vez um Estado de Direito e o Direito é cada vez mais a essência do Estado”. Prossegue o administrativista afirmando que “Estado e Direito são fenômenos reciprocamente interferentes e reciprocamente causais, de modo que as alterações do primeiro provocam mudanças no universo jurídico, sendo de se destacar as seguintes quatro consequências: o enriquecimento *ético* do Direito; a perda da expressão do *direito positivo*; a emergência de uma *principiologia* dotada de eficácia própria; e a afirmação do *constitucionalismo*, como fonte direta de direitos”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 233.

instrumento de realização dos direitos das pessoas – é o resultado do aguçamento da sensibilidade juspolítica das sociedades democráticas... Esta ligação, direta e imediata, do Estado à *efetiva realização dos direitos fundamentais*...⁵⁰⁵

A finalidade, ou fim, é o resultado que a Administração almeja alcançar, pois não existe um ato administrativo sem um fim público. A finalidade do ato administrativo é decorrente do Direito, implícita ou explicitamente. O supremo interesse da Administração é a satisfação do interesse público, este a que devem atender os agentes administrativos editores do ato.

Não existe qualquer liberdade do administrador no que diz respeito à finalidade ampla – a busca do interesse público – implicando a nulidade daquele ato que fuja deste fim (o desvio de poder sob a modalidade de desvio de finalidade). Ao lado desta finalidade ampla, mediata, há a finalidade específica, que também pode ser violada e gerar a nulidade do ato.

Há, porém, outro sentido em que pode ser violado o requisito finalidade, que é o desatendimento da finalidade específica, prevista em lei, na prática de determinado ato. Ou, em outras palavras, a prática de um ato visando a finalidade diversa daquela prevista em lei. O exemplo típico é a *remoção ex officio* de servidor, como forma de punição. Ora, a lei prevê a remoção como modalidade de deslocamento do servidor para atender a necessidade de serviço, e não para ser utilizada como punição...⁵⁰⁶

O fim último da administração é o interesse público⁵⁰⁷; o fim visado pela autoridade há de ser o fim do serviço, o fim específico a que se propôs atingir. É o resultado final que o objeto do ato deve atingir. Se a finalidade é infringida, desobedecendo ao seu fim de interesse público, ocorrerá um ato ilegal característico de desvio de poder⁵⁰⁸ e haverá a invalidação do ato.

⁵⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 14-15.

⁵⁰⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 285.

⁵⁰⁷ Anote-se, na senda de Moreira Neto, que a emergência do Estado Democrático de Direito e a modernização da Administração Pública conduzem à atualização da atividade de administração pública, “com a finalidade de levar à eficiência de desempenho, sem incorrer em deficiência de juridicidade”. Dentre os cinco focos de atraso no e do Direito Administrativo (a imperatividade sem limites; a intangibilidade de atos políticos da Administração Pública; a insindicabilidade da discricionariedade administrativa; a exclusão do administrado das decisões), cita “a persistência mítica dos conceitos de *razões de Estado* e de *supremacia do interesse público*”, a qual está sendo superada pela “afirmação da supremacia dos direitos fundamentais, notadamente a do mega-princípio da dignidade da pessoa humana”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 236-237.

⁵⁰⁸ A teoria do desvio de poder encontra suas raízes ainda no Século XVIII, especificamente quando da criação da Justiça Administrativa, do contencioso administrativo. A partir do princípio básico rousseauiano de instituir “uma forma de governo que situe a lei acima do homem”, a Administração, que era um simples instrumento pessoal do monarca, passa a ser organizada e regulada pela lei, ou seja, a submissão do Estado à legalidade é a confirmação de que o povo é o titular e os agentes públicos são meros mandatários. A Declaração de Direitos de 1789 “torna especialmente visível que os titulares de qualquer função pública não

Se inoerrem os motivos supostos na lei, falta à autoridade um requisito insuprimível para mobilizar poderes cuja disponibilidade está, de antemão, condicionada à presença do evento que lhes justifica o uso. É claro que, além disto, à míngua deles, não se alcançaria a finalidade legal. Não há como separar o motivo da finalidade, pois são noções inter-relacionadas⁵⁰⁹.

García de Enterría e Fernández apontam à Administração uma potestade, fixada pelo Direito e que lhe define um fim público, mas que para cada caso, matiza-se com um fim específico. Como o ato administrativo somente ocorre no exercício desta potestade criada pelo Direito, o fim do ato não pode ser outro que não a finalidade pública⁵¹⁰.

Ao tratar dos “pressupostos jurídicos do ato administrativo”, Hartmut Maurer realiza a divisão dos elementos do ato em dois grandes grupos denominados por ele como o de “juridicidade formal” e de “juridicidade material”. A juridicidade formal está jungida à “realização do ato administrativo”, compreendendo a competência, o procedimento, a forma e a fundamentação. A juridicidade material diz respeito “ao conteúdo do ato administrativo e pede que a regulação, que se expressa no ato administrativo, corresponda às exigências jurídicas”⁵¹¹. Em termos de juridicidade material, compreende-se a “concordância com as leis e princípios de direito existentes”, “fundamento da autorização”, “liberdade de vício no exercício do poder discricionário”, “princípio da proporcionalidade”, “princípio da precisão” e “outros pressupostos de juridicidade” (neste último item, Maurer relaciona Direito com fato,

podem ser proprietários destas”, sendo imprescindível a instituição de mecanismos de “controle do exercício do poder, como produto do princípio fundamental da sua [da Administração] completa submissão à lei”. Previu a Constituição Francesa de 1791, em seu “artigo 3º da Seção Primeira do Capítulo II do Título III que: ‘não há, na França, autoridade superior à lei. O Rei não reina a não ser por meio dessa e não é senão em nome da lei que pode exigir a obediência’. Eis o ponto fulcral: “a lei predetermina o conteúdo de todos os atos dos administradores... O princípio da legalidade alcança, assim, a plenitude de sua eficácia prática, impondo a nulidade de todos os atos promovidos em contrariedade à lei”. Com base na proposta de separação de poderes de Montesquieu, separação absoluta, diga-se de passagem, é que se engendrou um sistema específico de justiça administrativa com base em “uma máxima aparentemente contraditória: ‘juger l’Administration c’est encore administrer’ (julgar a Administração é administrar). A doutrina situará, sobre este princípio, de maneira resoluta, o fundamento do sistema contencioso administrativo, o qual se apresenta, com efeito, desde o primeiro momento, como um controle realizado por órgãos especializados da própria Administração, e não por juízes a ela alheios e independentes...”. Paralelamente ao nascimento da justiça administrativa, surge “um recurso específico que será conhecido como *d’excès de pouvoir*, de excesso de poder. Trata-se, inicialmente, de instrumento competente para apresentar as denúncias dos cidadãos quanto a graves irregularidades existentes na atuação da Administração, e que, de alguma maneira, lhes afetassem, embora não houvesse uma relação formal direta entre esta e os denunciantes. Tem-se, como exemplo de irregularidades, vícios de competência, a invasão de funções próprias dos juízes civis e, posteriormente, a violação direta da lei (e, em um momento seguinte, o ‘desvio de poder’, que significa a utilização de um poder legal para fins distintos daqueles estimados pela lei)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma? Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 31-32.

⁵⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 86.

⁵¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 476.

⁵¹¹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 275.

afirmando que um ato administrativo somente poderá ser jurídico quando dirigido a um resultado possível faticamente).

Na esteira de Maurer, tem-se que seus pressupostos de juridicidade formal dizem respeito aos elementos competência, forma e motivação. Já em termos de juridicidade material, a abordagem é mais profunda e profícua, pois não se limita aos elementos finalidade, motivo e objeto. Tal acontece diante de uma concepção mais ampla de Direito, ou melhor, uma formatação que vai ao encontro do Direito em uma perspectiva contemporânea, pós-positivista⁵¹², não só ligada a questões meramente formais, procedimentais.

Ao incluir em seu rol de pressupostos jurídicos de juridicidade material do ato administrativo, a “concordância com as leis e princípios de direito existentes” aumenta o campo de atuação e abrangência do princípio da legalidade, pois deve o ato ser compatível com as normas jurídicas, estas porém analisadas como prescrições jurídicas e princípios de direito, “inclusiva aqueles da constituição”.

O “fundamento da autorização” é consequência deste primeiro elemento de ordem material apontado, segundo o qual o ato deve apoiar-se em um fundamento legal. Diga-se o mesmo com relação ao que chama de “liberdade de vício no exercício do poder discricionário”:

A autoridade tem, quando lhe é concedido um poder discricionário, sem dúvida, um certo espaço de atuação e de decisão, mas deve observar os limites do poder discricionário e exercer o seu poder discricionário correspondentemente à finalidade da autorização legal. Se essas vinculações

⁵¹² Eduardo García de Enterría uma longa e profunda análise da evolução da lei, do Direito e da Administração Pública ao longo do tempo, partindo da ideia oitocentista de que o Direito deve se expressar precisamente por meio da lei. A partir de Rousseau, a lei “es la decisión del pueblo entero (voluntad general), decidiendo sobre el pueblo entero, por medio – y esto es igualmente esencial – de normas generales y comunes”. No Século XIX, partindo da ideia de lei, engendrou-se “un sistema de cuerpos normativos sistemáticos, que ordenarían en un orden lógico perfecto los grandes sectores de la vida social, encuadrando ésta en un marco definitivo, cierto y seguro y tendencialmente estable”: a codificação. Estava lançado o âmbito da segurança jurídica, o qual foi ainda mais acentuado com a ideia dos revolucionários americanos, que criam na existência de grandes valores sobre os quais se assentam a comunidade – os chamados “direitos fundamentais” – e que somente seriam protegidos e imunes à própria lei se inseridos em uma espécie de norma ainda maior que a lei, superior, no caso, a Constituição. No entanto, com o passar do tempo e diante da evidente “inflación desmedida de las Leyes”, de geral e abstrata a lei passou a resolver problemas concretos e singulares, de modo que “la Constitución preside necesariamente todo el proceso interpretativo y aplicativo del resto de las normas... Pero esa técnica del control de validez de las Leyes pone de relieve algo quizás más relevante aún, la superación definitiva e insoslayable del sistema del positivismo jurídico estricto, que pretendía reducir la ciencia del Derecho y la correlativa técnica de aplicación de sus normas a la simple hermenéutica del texto de las Leyes... ¡El legalismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo! Consecuencia inesperada del predominio formal absoluto de las Leyes, con el que se pensó llegar a eliminar a todas las demás fuentes del Derecho”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Navarra, Espanha: Editorial Aranzadi, 2006. p. 102-103.

ao poder discricionário não são observadas, o ato administrativo é vicioso no exercício do poder discricionário e, com isso, antijurídico⁵¹³.

Maurer tratar os princípios jurídicos como elementos/pressupostos do ato administrativo. Ainda em sede de juridicidade material, os princípios da proporcionalidade e o da precisão fazem parte de sua classificação, indicando, o primeiro, conexão entre relação-meio-finalidade (medida idônea, medida necessária e medida proporcional em sentido estrito⁵¹⁴) e, o segundo, determinando a clareza para que o destinatário possa identificar e reconhecer inequivocamente o que a Administração deseja.

Além dos elementos do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo/motivação e objeto), que variam em nomenclatura, quantidade e conteúdo, porém doutrinariamente e juridicamente próximas às exigências de validade do ato administrativo, há ainda seu mérito. Em termos linguísticos, a palavra “mérito” significa merecimento, valor moral ou intelectual, aptidão, capacidade, superioridade, qualidade do que é digno de louvor ou prêmio. Este vocábulo possui sentidos jurídicos diferentes, dependendo do ramo do Direito em que será empregado. Basta analisá-lo em sede de direito processual (que significará o conteúdo substancial da lide, o direito material subjetivo em discussão) e em sede de direito administrativo, em que o conceito passa a ter um sentido diverso, ainda que não tão claro.

De um modo geral, o mérito do ato administrativo está ligado à emissão de um juízo de valor da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que a levam a decidir em um sentido ou noutro. É a apreciação, a título de reflexão, do agente administrativo frente à oportunidade e conveniência de seu atuar, estando relacionado tanto aos atos administrativos discricionários, quanto aos vinculados.

Oportunidade, conveniência e legalidade encontram-se imbricados na compreensão de mérito, já que a legalidade (juridicidade, na melhor e maior compreensão do termo) da decisão administrativa que emitirá o respectivo ato, obrigatoriamente, deverá estar presente, ou seja, o ato deve ser sempre legal (princípio da legalidade, conformidade do ato com o Direito como ordenamento). A obtenção do “melhor ao interesse público” com a decisão é o mote principal de todo atuar administrativo.

⁵¹³ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 276.

⁵¹⁴ Para explicar o princípio da proporcionalidade em termos de medida idônea, medida necessária e medida proporcional em sentido restrito, Maurer apresenta um bom exemplo: “a autoridade ordena a elevação de uma chaminé de fábrica a 30 metros para impedir a importunação por fumo à imediação. Essa ordenação somente é idônea, se pela elevação as importunações por fumo faticamente são impedidas; ela somente é necessária, se uma outra medida não seria menos agravante (por exemplo, uma elevação da chaminé a 15 metros ou o encaixe de uma instalação de filtro mais barata fosse bastar); ela somente é proporcional no sentido restrito, se o custo não está fora da proporção para com o resultado”. MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 276-277.

Por não realizar qualquer espécie de diferenciação de discricionariedades administrativas, como o fez Germana de Oliveira Moraes, Cretella Júnior e outros tantos doutrinadores administrativistas, a exemplo de Gasparini, Zanella Di Pietro e Alexandrino, ligam o mérito do ato administrativo à discricionariedade pura e simples (considerando-a como margem de liberdade concedida pela lei ao administrador – quando, na verdade, haveria uma discricionariedade vinculada – Hartmut Maurer e Bandeira de Mello – ou uma discricionariedade parcial – García de Enterría – ou uma não-vinculação – Germana de Oliveira Moraes), olvidando-se de que todo ato administrativo possui “mérito”, possui um conteúdo substancial, alguns podendo ser revistos pelo Judiciário, outros não:

A revisão judicial dos atos administrativos não-vinculados, é certo, não pode ser plena e exaustiva, sob pena de atropelo ao princípio da separação de poderes, sobretudo à independência do Poder Executivo. A problematização se agrava, portanto, quando se procura traçar a densidade, os limites e as consequências desta controlabilidade referente à atividade administrativa discricionária, entendida, neste estudo, como aquela decorrente da concretização de normas que atribuem ao administrador público certa margem de liberdade de decisão, mediante a ponderação valorativa de interesses, com o fim de integrar a norma, quer para valorar e aditar os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (discricionariedade quanto aos pressupostos); quer para decidir se e quando vai editá-lo (discricionariedade de decisão); quer para escolher seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (discricionariedade de escolha optativa); ou ainda para colmatar o conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (discricionariedade de escolha criativa)⁵¹⁵.

Portanto, mesmo estando a Administração jungida ao Direito em termos formais e materiais, ao emitir o ato administrativo ainda estará realizando um juízo de valor à emissão do tal ato. Afirmar ser inexistente a discricionariedade administrativa, mesmo que com fincas no Estado Democrático de Direito, seria olvidar-se das realidades sociais e da impossibilidade de o Direito expressar, via regras, toda e qualquer possibilidade de ocorrência/fato social.

4.1 A Discricionariedade Administrativa

Para concretizar o interesse público é exigido uma certa flexibilidade de atuação, dada a morosidade do procedimento de elaboração das leis. Frequentemente há discricionariedade quando a lei é omissa, quando a lei expressamente a confere à Administração e, ainda, quando a lei prevê uma determinada competência mas não prevê a conduta que deve ser adotada

⁵¹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle judicial da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 18.

devido a características diversas acerca de certas situações inusitadas a que o Legislador não pode prever.

[...] tem-se que nos atos vinculados e nos conceitos jurídicos indeterminados a lei estreita a atividade administrativa; já que uma única solução é possível nestes, naqueles limita-se a operacionalizar o estatuído em lei. Nos atos discricionários, a parcela de liberdade conferida por lei é maior, motivo pelo qual a moralidade também deve presidir a escolha feita pelo administrador.⁵¹⁶

Diante destas considerações, nota-se a importância do ato administrativo vinculado e do ato administrativo discricionário, de modo a estabelecer pesos e medidas para que não aconteçam abusos por parte dos agentes no exercício das funções administrativas e, ao mesmo tempo, para que os atos não sejam prejudicados nos casos em que a lei silencia, for omissa ou prever espaço de discricionariedade.

É clássica a distinção entre atos expedidos no exercício de competência vinculada e atos praticados no desempenho de competência discricionária. Haveria uma atuação vinculada quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo, qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento⁵¹⁷. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Assim, a Administração disporia de um poder discricionário⁵¹⁸.

Ronald Dworkin dedica várias laudas de sua obra “Levando os direitos a sério” para explicar o que entende por discricionariedade. É claro que sua obra, como um todo, está mais voltada ao “*judicial discretion*”⁵¹⁹, porém, relata vários exemplos de ordem administrativa

⁵¹⁶ LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 115.

⁵¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10.

⁵¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10.

⁵¹⁹ O tradutor da obra de Dworkin, Nelson Boeira, explica que a expressão “*judicial discretion*” pode ser traduzida por “poder discricionário do juiz”. Relembra que “no direito anglo-saxão, o conceito está associado à margem de liberdade que juízes e tribunais têm na escolha das normas que devem utilizar para chegar a uma decisão. Refere-se à decisão consistente, construída e formulada de acordo com as diretrizes do sistema jurídico, particularmente

para melhor ilustrar a discricionariedade. Ademais, o Administrador Público “julga” fatos e age conforme o Direito ao emitir seus atos jurídicos, de modo que é perfeitamente aplicável a noção – e limites – da discricionariedade judicial às atividades administrativas.

Afirma Dworkin que “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”. Compara o espaço vazio da discricionariedade ao centro de uma rosca, ou seja, a discricionariedade encontra-se limitada por algo, ou melhor, pelo contexto, de modo que “o significado exato de ‘poder discricionário’ é afetado pelas características do contexto”, limitado pelo “perímetro da rosca”⁵²⁰.

Prossegue Dworkin explicando que o emprego do “poder discricionário” pode ser dar de duas formas, ou melhor, três, pois haveria dois sentidos fracos de discricionariedade e um sentido forte: em um primeiro sentido fraco, a discricionariedade seria utilizada naquela situação em que o contexto não é por si só esclarecedor, “que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”. No segundo sentido fraco, “para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário”. Por fim, em sentido forte

[...] usamos ‘poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão... Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar⁵²¹.

Eros Roberto Grau, lendo as lições de Seabra Fagundes a título de história da discricionariedade, com o mote de chegar aos apontamentos de Dworkin também acerca discricionariedade, extrai “duas verificações”, quais sejam, a de que “a discricionariedade

naqueles casos difíceis, nos quais um dos litigantes demanda um direito que não é nítido ou sobre o qual a lei é omissa. Trata-se de uma decisão não arbitrária, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável nas circunstâncias do caso”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 49.

⁵²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 50-51.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 52.

resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa” (e não de questões ligadas aos conceitos indeterminados) e “no exercício da discricionariedade, a autoridade administrativa formula juízos de oportunidade que... respeitam ou à ocasião em que o ato deve ser praticado, ou a sua utilidade, ou ao conteúdo”⁵²².

Explicando a proposta de Dworkin acerca da discricionariedade fraca e forte, Eros Grau esclarece haver uma ambiguidade da expressão “poder discricionário”, dependendo do contexto em que estiver sendo utilizada:

Assim, em sentido fraco, a expressão é frequentemente usada para referir que uma determinada razão impede que alguém aplique determinados *standards* de modo mecânico, exigindo que esse alguém formule algum tipo de julgamento – dizendo-o ao meu modo: o *poder discricionário*, neste sentido, fraco, diz apenas com o fato de que a aplicação de qualquer ordem, indicação, conceito etc. reclama alguma *interpretação*; ou seja, reclama um agente capaz de raciocinar, portanto não imbecil ou idiota. Neste sentido, *discricionariedade* = *capacidade de raciocínio*. Em um segundo sentido fraco, a expressão é usada para referir que determinada pessoa é titular da derradeira capacidade de tomar uma decisão, que não poder ser controlada ou anulada por outra pessoa... Em sentido forte, *poder discricionário* refere que o seu titular não está vinculado, ao tomar decisões, a qualquer *standard* estabelecido por outra autoridade. A não percepção das distinções entre esses três significados é perniciosa...⁵²³

De forma mais sintética, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que a discricionariedade possui uma finalidade bastante simples: “integrar um ato abstrato no que seja necessário, em termos interesse público, para que possa ser executado”⁵²⁴.

A Administração, além de estar jungida à lei, também o está ao Direito⁵²⁵: com o aprimoramento do Estado Democrático de Direito, acaso seja conferida por uma norma de direito certa liberdade administrativa, isto não significa sempre a liberdade de escolha entre indiferentes jurídicos, ou até mesmo possibilidade de arbitrariedade. Pelo contrário, trata-se de verdadeiro poder-dever jurídico funcional atento a uma questão de finalidade, de acertar a

⁵²² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 192.

⁵²³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193.

⁵²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 23.

⁵²⁵ Moreira Neto faz questão de registrar o “ocaso do sonho positivista, a quimera de um Direito puro, asséptico, sem transcendência”, fruto da evolução histórica da sociedade e do Estado. Para ele, esse “novo Direito”, fundamentado na filosofia, na metodologia das Ciências e na Epistemologia crítica, marca “a transição de um *Direito do Estado sobre o Homem*, para um *Direito do Homem no Estado*... Juridiciza-se, no percurso, o conceito de *Estado-instrumento*, como contribuição compensatória das duras lições políticas sobre a *insuficiência da legalidade estrita* na conceituação da *juridicidade* e da passagem da referência jurídica da *lei ao Direito*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 233.

providência ideal a que seja capaz de atingir a finalidade do Direito com exatidão, prestando a satisfação ao interesse coletivo e não ao do agente.

Poder discricionário da Administração na visão constitucional⁵²⁶

O reconhecimento de um certo poder discricionário da administração não é incompatível com o Estado de Direito. Com ele pretende o legislador que a Administração disponha de um espaço de atuação autorizadora de escolhas e decisões responsáveis.

Segundo Canotilho, são reconhecidas às autoridades administrativas dois mecanismos de discricionariedade⁵²⁷:

- a) *um poder discricionário de decisão* – significa que a Administração pode, numa questão, atribuir certos efeitos jurídicos, legalmente previstos mas não prescritos. Exemplo: saber ou decidir, nos termos da lei, se uma manifestação perturba o trânsito.
- b) *um poder discricionário de escolha* – ou escolher, dentro de várias medidas legítimas, qual aquela que lhe parece mais adequada, isto é, a melhor solução jurídica e administrativa para um caso concreto. É um poder discricionário que diz respeito aos resultados jurídicos de uma norma.

A discricionariedade pode se manifestar por meio de um ato administrativo, de uma recusa de um ato administrativo, de um silêncio das entidades públicas, que agindo, podem ultrapassar os limites legais do exercício do poder discricionário. O exercício do poder pode não se destinar aos fins visados pela lei como desvio do poder discricionário ou utilização

⁵²⁶ Paulo Otero acredita que a noção de Estado de Direito trouxe consigo um novo direito fundamental, qual seja, o direito de controlar a atividade administrativa. A sujeição dos atos administrativos e o controle do poder político, sob os auspícios da legalidade, são as grandes conquistas do Estado liberal: “se a grande conquista do liberalismo oitocentista foi o princípio da legalidade, a ideia de primado hierárquico-normativo da Constituição e, conseqüentemente, a afirmação do princípio da constitucionalidade apenas vieram a surgir em momento subsequente da evolução do Estado de Direito”. Em suma, afirma Otero “que a actual fase do Estado Constitucional submete toda a actividade do poder público ao princípio da constitucionalidade, ainda que isso não implique sempre, tal como no século passado, a existência de mecanismos de controlo e declaração de invalidade de todos os actos do poder público. Todavia, pode bem proclamar-se que hoje não há Estado de Direito sem, pelo menos, mecanismos de fiscalização da legalidade da actividade administrativa e, em regra, uma qualquer forma de controlo de constitucionalidade dos actos legislativos”. OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. p. 29.

⁵²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 681.

viciada. Em todos os casos, o Estado de Direito impõe a sua proibição e a possibilidade de controle do exercício da discricionariedade⁵²⁸.

É neste contexto que se dá a auto-vinculação⁵²⁹ da administração. Mesmo nos espaços de exercício discricionário, o princípio da igualdade constitucional impõe que, se a Administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de fato, o mesmo comportamento deverá adotar em casos futuros e semelhantes. O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A prática administrativa ou o uso administrativo serão elementos importantes para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade.

Floriano de Azevedo Marques Neto se utiliza de uma feliz expressão para tratar daquele ato administrativo desligado da realidade social, daquele ato administrativo com forte ranço positivista: o *ato administrativo autista*. Para o Livre-docente em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), o “ato administrativo autista” é aquele tomado exclusivamente pelo ângulo interno do sistema jurídico em “um brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômica; sua absoluta indiferença

⁵²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 682.

⁵²⁹ Ao tratar da justiça administrativa e do Conselho de Estado, García de Enterría afirma que, no fim do Século XVIII, ocorreu aquilo que os revolucionários chamaram de “reino de la Ley”, pelo qual se generalizou a legalização do poder e da obediência. “Se instituye, pues, no sólo el principio de la vinculación de la Administración a la Ley, sino también un correlativo sistema de control para que los administradores no puedan apartarse de tal vinculación. El sistema de control es el jerárquico y el efecto del control es la anulación de los actos contrarios a la Ley”. E prossegue o administrativista espanhol narrando que “una vez vencida la pretensión de inmunidad absoluta que la Administración, como todo poder, pretendió inicialmente, éste va a replegarse construyendo, con un cierto respaldo teórico, amplios círculos de inmunidad frente a los jueces... La demolición sistemática de esos círculos de inmunidad será la gran obra del siglo XX. Tres han sido sobre todos tales círculos: el poder reglamentario, los llamados actos políticos o de gobierno y la potestad discrecional”. Referindo-se especificamente à imunidade do “círculo” do poder discricionário, acredita ser o mais resistente, pois “la libertad de elección entre varias soluciones posibles, todas igualmente legítimas, que es en lo que la discrecionalidad consiste, se consideró durante todo el siglo XIX concomitante con la exención de cualquier control del juez. El primer vicio de legalidad en la decisión discrecional que alcanzó a ver el Consejo de Estado francés fue la desviación de poder, en el sentido de la persecución de un fin privado en la decisión pública discrecional, vicio que se convirtió así en una nueva <apertura> del recurso por exceso de poder. Más adelante, las jurisprudencias nacionales se percataron de que en toda potestad discrecional concurren siempre elementos reglados, no sólo el fin, que la desviación de poder controlada: la existencia misma de la potestad, sus límites, pues no hay nunca discrecionalidad ilimitada, la competencia, el procedimiento. Más tarde, el control por los principios generales del Derecho... abrió nuevas vías de control. Lo que en Francia se llamó el error en la apreciación de los hechos y en Alemania y en España el control en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, tradicionalmente confundidos con la discrecionalidad, pero perfectamente discernibles como distintos, fue otro paso decisivo. Hoy, sin perjuicio del respeto que se debe a la capacidad de elección que la Ley confía a la Administración, cuando así lo pretende, la discrecionalidad está sometida al ordenamiento jurídico, y, por tanto, al juez, como toda la actividad administrativa y no es una excepción a ese sometimiento”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del derecho público al comienzo de siglo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 43-44.

para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos”⁵³⁰.

Porém, percebe o professor que esta vetusta concepção de ato administrativo tem se esvaído com o passar dos tempos, superando-se a concepção autista do ato administrativo, já que

A crescente demanda de sujeição do ato administrativo a princípios como a proporcionalidade, ao já aludido dever de motivação ampla e concomitante à prática do ato; a submissão da administração à processualidade administrativa, aos deveres de transparência, somada aos desafios da participação popular na Administração, à crescente pressão pelo controle judicial do antes insindicável mérito administrativo, à relativização da autoexecutoriedade a situações previstas expressamente em lei, à contraposição da imperatividade ao princípio da confiança legítima, aos questionamentos apoiados nos modelos consensuais na atividade administrativa, enfim a várias questões postas seja pela própria ciência madura, seja pelos desafios apresentados desde fora dela (por outros ramos do direito, pelas demandas políticas, pelo fortalecimento da sociedade, pelas condicionantes econômicas, pelo sistema judicial), a nosso ver dão mostras de um período de transição a um novo paradigma⁵³¹.

Anote-se, como exemplo, o caso da Administração Municipal que, diante de vários pedidos de servidores públicos para gozarem do benefício de “licença sem vencimentos para tratamento de assuntos particulares”, passa a negá-lo a todos. Entretanto, após várias negativas sob o mesmo fundamento (necessidade pública do servidor em exercício ou, ainda, déficit de servidores), um dos pedidos é deferido. Por mais que o Estatuto dos Servidores conceda à Administração a discricionariedade para deferir ou indeferir o benefício, uma vez que todos os outros pedidos foram negados, por questão de igualdade, o mesmo deveria ocorrer àquele que foi deferido, sob pena de antijuridicidade.

Com muita razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como norma de comutação, isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados⁵³².

Frise-se que a lei, no Estado de Direito, tem sentido formal – pelo fato de emanar do Poder Legislativo, afora as exceções admitidas pela Constituição – e sentido material, porque

⁵³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 96.

⁵³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 108.

⁵³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 683.

lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição como um todo, notadamente diante dos princípios por ela eleitos.

Na mesma linha de raciocínio, ao comentar o preâmbulo constitucional, que deixa claro estarem os representantes do povo, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, instituindo um Estado Democrático baseado em valores supremos como a igualdade, a justiça, a liberdade, a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento, Ferraz Júnior aponta que o respeito ao princípio da segurança já exclui, por si só, tratamento arbitrário, pois tal princípio exige uniformidade e tratamento isonômico⁵³³.

Além da igualdade e da segurança, mister assinalar que, como a Administração está vinculada também ao princípio da legalidade, no Estado de Direito só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades⁵³⁴ assinadas na ordenação normativa⁵³⁵. É por meio da lei que vão sendo criados novos institutos que fornecem os instrumentos hábeis de que a Administração necessita e a eles resta vinculada.

Como aponta Jorge Miranda,

[...] através da função administrativa realiza-se a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas pela lei, sejam esses interesses da comunidade política como um todo ou interesses com os quais se articulem relevantes interesses sociais diferenciados⁵³⁶.

O Estado de Direito caracteriza-se em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade⁵³⁷ e da legitimidade⁵³⁸. Inicialmente submisso aos

⁵³³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 30-31.

⁵³⁴ Moreira Neto relembra que a ação administrativa, em seu cunho dogmático, qualificou-se basicamente em três fundamentos: por sua *existência* (realidade – caracterizada pela presença de todos os elementos juridicamente necessários), por sua *validade* (legalidade – perfeição jurídica de cada elemento) e por sua *eficácia* (aptidão para produção de efeitos jurídicos pretendidos, visados pela Administração). Porém, as mudanças sociais refletem óbvia e diretamente no Estado e no Direito, de modo que entende ser necessário o acréscimo de novas referências paradigmáticas: a LEGITIMIDADE, a FINALIDADE, a EFICIÊNCIA e o RESULTADO. (p. 28-29). No tocante à finalidade, acredita que o processo e o resultado da transformação do Direito e do Estado causado pela Constituição, aponta “o constitucionalismo contemporâneo como finalisticamente determinante para atuação da administração pública pós-moderna (p. 70), pois entende que “a finalidade das Constituições se volta mais a garantir os direitos fundamentais das pessoas do que a atribuir e organizar poderes no Estado”. (p. 81). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁵³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 631.

⁵³⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 251.

⁵³⁷ Eros Roberto Grau, verificando haver se manifestado equivocadamente em outros textos, conclui acertadamente que “podemos afirmar que a norma jurídica é legítima – dotada de legitimidade – quando

termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público.

A atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sub-legal, infra-legal. No sistema constitucional brasileiro a relação que se estabelece entre o administrado e a lei é menos cingida do que a relação que se estabelece entre a Administração e a lei. A atividade administrativa é uma atividade muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares.

Esta ideia costuma ser sinteticamente assim expressa: enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor o princípio geral da liberdade, a Administração somente pode fazer o que lhe é permitido⁵³⁹. Então, a relação existente entre o indivíduo e a lei é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas também uma relação de subsunção⁵⁴⁰.

Por esta razão é que o poder discricionário jamais pode(ria) resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderia irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não

existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal”. Relembra as exposições de Carl Friedrich, para quem “a legitimidade do direito [=legitimidade do exercício do poder] deflui da autoridade, entendida esta como produto do racional relacionamento entre os comandos emitidos pelos que detêm o poder e o consenso do grupo social. A autoridade, porém, edifica-se sobre a base do poder dotado de legitimidade. Em outros termos: só se realiza quando racionalmente sustentada sobre os princípios que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do direito positivado [direito posto]. Daí por que o direito não fundamenta a autoridade, mas, antes, pelo contrário, necessita da autoridade, visto que apenas o poder reforçado pela autoridade é capaz de elaborar normas jurídicas legítimas. O direito legítimo, pois, é resultado da adição de autoridade ao poder do qual emane”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86-87.

⁵³⁸ Moreira Neto deixa bastante clara essa vinculação, realizando um questionamento: “ora, se toda e qualquer ação do Estado está *duplamente vinculada* – à legitimidade, que é o interesse público não legislado, e à legalidade, que é o interesse público legislado – como situar-se a discricionariedade?” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 21). Em outra obra, Moreira Neto anota que a ideia de juridicidade é bastante complexa, pois incorpora a legalidade, a legitimidade e a moralidade, o que afastaria a construção da ciência jurídica do ponto de vista exclusivamente dogmático e de conceitos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 234.

⁵³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 13.

⁵⁴⁰ Não se deseja utilizar o termo “subsunção”, neste caso, ao seu significado proposto pelo Positivismo Jurídico, qual seja, a mera aplicação do Direito ao caso concreto (da lei geral ao caso particular). Emprega-se-o para tratar de uma submissão da Administração ao Direito, de modo mais rígido se comparado com o particular. Parte-se, identicamente, da lei geral ao caso particular, no entanto, amplia-se a concepção de legalidade, esta vista como ligação não apenas à lei *strictu senso*, mas ao Direito como um todo.

esteja previamente autorizada em lei. Não existe, portanto, um “poder discricionário livre, mas somente um ‘poder discricionário conforme o seu dever’, ou melhor, um poder discricionário juridicamente vinculado”⁵⁴¹.

En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión...⁵⁴²

Diante disso, admite-se facilmente os termos *discricionariiedade vinculada* (Bandeira de Mello e Maurer), ou *discricionariiedade parcial* (García de Enterría) ou, também, *atividade administrativa não vinculada ou não completamente vinculada* (Oliveira Moraes), que evidenciam não haver uma discricionariiedade absoluta, mas sim um pequeno espaço no plano da concretização, por parte Administração.

Comportamento administrativo que careça de tal sustentação, ou que contrarie a lei existente, seria puro e simples arbítrio, abuso intolerável, pois a discricionariiedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas⁵⁴³.

O sistema jurídico manifesto por normas propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para todos os agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de *dever*, caracterizando uma função em sentido jurídico⁵⁴⁴.

A Administração encontrará nas normas reguladoras previamente assinaladas, uma finalidade a ser atingida e que *deve* ser obrigatoriamente atendida, manejando para tanto, poderes indispensáveis à satisfação do interesse público. Pode-se assim afirmar que o Direito Público gira em torno da ideia de *dever* e não de *poder*⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 148.

⁵⁴² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 1, p. X-21.

⁵⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73.

⁵⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 688.

⁵⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 690. É nesta mesma senda que Moreira Neto crê que “os Estados se reajustaram... embora não de modo uniforme, como se desejaria...” a essa nova plataforma constitucional instaurada a partir da “retomada de rumo” gerada pela Declaração Universal dos direitos do Homem, editada como Preâmbulo da Carta aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948. Para ele, do “surrado binômio – poder-sujeição” passou-se ao “promissor binômio – função-direito”, relegando as abstrações a um segundo plano e se focando na realização dos direitos das pessoas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 13-14.

Nestes termos, tem-se que a noção de função administrativa pode ser definida como um *dever-poder* – competências – atribuída a determinados órgãos para concretizar os fins do Estado sendo que, para correlacionar tal noção com a de Estado de Direito, é preciso afirmar que tais fins se encontram previstos na lei, em caráter abstrato, e que a produção de atos administrativos de natureza jurídica complementar, que é a forma de concretização do dever, somente pode se dar de forma circunscrita na lei em complementação dela própria.

Bem analisa a questão Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apontando que pelo princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos: “o princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em consequência, maior ou menor discricionariiedade”⁵⁴⁶.

A questão reside na definição do que consistiria essa *margem de liberdade* limitada pela lei, já que a grande maioria aceita como indiscutível a afirmação de que discricionariiedade só se dá dentro da lei e que a ausência de norma prescritora de uma conduta para a Administração descaracteriza o instituto, transformando-o em arbitrariedade do administrador, noção que não é compatível com o conceito de Estado de Direito.

Não se perca de vista o fato de que a norma quando atribui a determinado órgão uma função, assim o faz na pressuposição de que será exercida quando, no mundo dos fatos, certa ou certas realidades se verificarem⁵⁴⁷. Nestes termos, se qualquer atividade da Administração se encontra delimitada pela norma jurídica, a margem de liberdade conferida ao Administrador só pode ser vista dentro dos limites do Direito.

Bandeira de Mello chega a lecionar no sentido de que a discricção é a prova de que a lei impõe o comportamento ótimo, explicando que “quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”⁵⁴⁸.

Duas posições podem ser chamadas a responder tal indagação:

- a) o problema do poder discricionário é problema de interpretação. A norma, ao se referir aos fatos ou condições do mundo real, cujas ocorrências ensejam o exercício da função prescrita, assim o faz em forma de conceitos. No entanto, os fatos

⁵⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 59.

⁵⁴⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do desvio do poder em direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 47.

⁵⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariiedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 32.

referidos nos conceitos podem pertencer a dois mundos distintos: o da realidade e o da sensibilidade.

Os fatos pertencentes ao mundo da realidade são aferíveis pelo auxílio das ciências, sendo que, no confronto entre tais fatos e os conceitos normativos (teoréticos), o juízo de pertinência será sempre passível de ser estimado segundo o valor *verdade*. Diferentemente, passa-se com os conceitos pertencentes ao mundo da sensibilidade onde predomina a incerteza. Em tal hipótese, ou seja, quando a norma se vale dessa espécie de conceitos (conceitos práticos – valor e experiência) o juízo de pertinencialidade não mais poderá ser valorado com a mesma categoricidade. Assim, quando a norma se utiliza de conceitos teoréticos, confere ao administrador uma competência vinculada; ao contrário, se se vale de conceitos práticos, outorga ao Administrador uma competência discricionária. É na interpretação jurídica do órgão administrativo que, na execução do direito, distinguirá os dois campos diferentes de sua atividade, distinguindo as duas esferas diferentes de conceitos⁵⁴⁹.

- b) de forma diversa, para quem os conceitos de vinculação e discricionariade estão relacionados, respectivamente, ao fato de a norma prever, exhaustivamente, todas e cada uma das condições de exercício da competência (ausência de qualquer juízo subjetivo), ou, prever apenas algumas das condições de dita competência, remetendo as demais a um juízo estimativo.

A demarcação dos limites de liberdade estimativa que comporte a discricionariade requer, em primeiro lugar, distinguir-se essa dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Contrariamente da posição anterior, não se pode confundir discricionariade com conceitos jurídicos indeterminados – conceitos de experiência ou de valor. Tais conceitos, apesar de imprecisos, são sempre susceptíveis de serem determinados. Em outras palavras, a imprecisão ou indeterminação só reside no conceito enquanto conceito, pois as realidades às quais se referem, por serem dados concretos, são responsáveis pela sua determinação no momento da aplicação da norma. A discricionariade reside em uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas. No exercício da opção entre alternativas igualmente jurídicas utilizará o administrador de critério extrajurídico, a

⁵⁴⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do desvio do poder em direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 62-63.

oportunidade⁵⁵⁰, não apenas a oportunidade como limite de atuação da discricionariedade, mas também a razoabilidade, a boa fé, a teoria da “discricionariedade zero” e, por óbvio, o “agir sem prejudicar a ninguém”.

Afirmando estar o princípio da razoabilidade positivado no Direito pátrio, notadamente nas Leis 4.717/65 (art. 2º, parágrafo único, alínea *d*) e 9.784/99 (art. 2º), Di Pietro o explica por meio do antônimo “irrazoabilidade”:

A irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa... o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto⁵⁵¹.

Gordillo aponta a razoabilidade à sustentação fática, junto aos motivos do ato administrativo, consignando que a decisão tomada pelo funcionário será ilegítima, mesmo concorde à norma, quando não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja lograr, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação com o que se deseja⁵⁵².

A razoabilidade e a proporcionalidade estão ligadas a um conceito/critério de agir segundo os ditames da Justiça, entendida esta exatamente nos mesmos moldes de equilíbrio, de proporção, de meio-termo, enfim, apenas no caso concreto (no resultado⁵⁵³) é que se poderá analisar se ato administrativo foi, ou não, justo, razoável, proporcional⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 454.

⁵⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 201.

⁵⁵² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 1, p. X-21.

⁵⁵³ Em nota anterior, citou-se que Moreira Neto relembra que a ação administrativa, em seu cunho dogmático, qualificou-se basicamente em três fundamentos: por sua *existência* (realidade – caracterizada pela presença de todos os elementos juridicamente necessários), por sua *validade* (legalidade – perfeição jurídica de cada elemento) e por sua *eficácia* (aptidão para produção de efeitos jurídicos pretendidos, visados pela Administração). Porém, as mudanças sociais refletem óbvia e diretamente no Estado e no Direito, de modo que entende ser necessário o acréscimo de novas referências paradigmáticas: a LEGITIMIDADE, a FINALIDADE, a EFICIÊNCIA e o RESULTADO (p. 28-29). No tocante ao **resultado**, acredita que toda ação deve ser eficiente, pois de outro modo não atingiria o resultado que dela se espera. “Mas este logro de resultados, que até certo ponto possa ser meramente *dispositivo* na gestão privada de interesses, é rigorosamente *mandatório*, quando referido à gestão de interesses públicos pelo Estado. Em razão dessa distinção, a *eficiência* na condução dos interesses públicos merece não apenas ser constitucionalmente enunciada... mas ser interpretada como *um mandamento constitucional inafastável*, de modo que o *devido processo legal*, por meio do qual se realiza a gestão pública, a aparelhe com os meios técnicos... necessários

Outra limitação à discricionariedade é o agir com boa-fé, ou seja, ainda na linha dos Princípios do Direito, não se admite que a Administração se utilize de má-fé para enganar ou levar a erro um particular. Este tipo de conduta é incompatível com o exercício da função administrativa, até porque foge daquilo que a anima, a busca incessante e incansável do interesse público. Não se obterá tal desiderato agindo contrariamente a este princípio de caráter moral – a boa-fé – positivado na Constituição Federal (artigo 37, *caput*).

Paralelamente à boa-fé, pode-se citar o princípio *alterum non laedere*, que significa não prejudicar a ninguém, a menos que exista algum fundamento legal suficiente e razoável, com adequada sustentação fática, que leve a admitir uma exceção ao princípio jurídico geral⁵⁵⁵.

Há situações, também, em que o Direito concede margem de discricionariedade à Administração, porém, no caso concreto, vislumbra-se apenas uma única alternativa⁵⁵⁶ que permite a obtenção do melhor. Tem-se, nesses casos, a “redução do poder discricionário a zero”, ou “contração do poder discricionário”, ou “discricionariedade zero”⁵⁵⁷.

para que ela venha a ser controlada em todas suas fases, *até a efetiva realização dos resultados*”. E finaliza afirmando ser dever do Estado a realização e efetivação, por meio de políticas públicas, dos direitos fundamentais constitucionais”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 126.

⁵⁵⁴ Marcos do Amaral Filho, tratando da proporcionalidade, afirma que há uma tendência cada vez maior de se controlar o poder discricionário por meio de um desdobramento do princípio da proporcionalidade: “princípio da adequação, quando verifica se a medida tomada pela administração adequa-se ao objetivo colimado; princípio da necessidade, quando se verifica a possibilidade de adoção de medida menos grave com a obtenção de mesmo resultado e finalmente o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando então se examina se houve ou não exagero na medida em relação ao fim pretendido”. AMARAL FILHO, Marcos J. T. Limites ao exercício do poder discricionário em face do princípio da segurança jurídica. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 278.

⁵⁵⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 1, p. X-25.

⁵⁵⁶ Rodolfo Arango trata, na mesma senda de Dworkin, da resposta correta, no âmbito jurisdicional. Para este trabalho, acredita-se que a tese da resposta correta – ou da resposta adequada, ou, ainda, da resposta constitucionalmente adequada – é passível de utilização por parte do Administrador Público, um “Administrador Hércules”. Porém, isso será visto no último capítulo deste trabalho. Neste momento, apenas para efeito de melhor argumentar, Arango atua na perspectiva até agora trabalhada acerca dos direitos fundamentais, precisamente ao dizer que “la filosofía del derecho de Dworkin se funda en los derechos individuales. Su sello es antiutilitarista e individualista. La función más importante del derecho... es la de garantizar los derechos de los individuos frente a la mayoría o al Estado. Ante los potenciales conflictos entre derechos y objetivos sociales, los derechos son triunfos políticos en manos de los individuos”. Pode afirmar, com isso e portanto, que “la respuesta correcta es aquella no sólo coherente con el derecho positivo visto como un todo – justificación interna -, sino con la mejor teoría política que subyace al mismo y con la moralidad institucional – justificación externa”. ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. p. 54 e 61.

⁵⁵⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 1, p. X-17.

Poder discricionário significa que a administração tem a escolha entre modos de conduta diferentes. No caso particular, todavia, a possibilidade de escolha pode se reduzir a *uma* alternativa. Isto é então o caso, quando somente ainda uma decisão é livre no exercício do poder discricionário, todas as outras decisões seriam exercício do poder discricionário vicioso. A autoridade está, então, *obrigada* a ‘escolher’ essa uma decisão ainda permanente a ela...⁵⁵⁸

García de Enterría aponta três “técnicas” de controle da discricionariedade: a) o controle dos fatos determinantes, ou teoria dos fatos determinantes (considerando que toda atuação administrativa discricionária se baseia em uma realidade de fato, esta funciona como pressuposto fático de interpretação e aplicação da norma jurídica), b) o controle dos conceitos jurídicos indeterminados (afastando a ligação que comumente se faz entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, afirma o administrativista que tais conceitos, na circunstância concreta, ocorrem ou não, no sentido de que ou há boa fé ou não há boa fé no negócio, ou o sujeito é um bom pai de família ou não, ou há utilidade pública ou não há: há uma única solução justa na aplicação do conceito jurídico indeterminado a uma circunstância concreta) e c) o controle pelos princípios gerais do Direito:

Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *abstractum* mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho...⁵⁵⁹

Afirmando ser necessária uma reinterpretação do princípio da legalidade, não mais limitado à lei, mas englobando o Direito como um todo, Luiz Henrique Cademartori destaca que os princípios assumem uma dupla “missão”, quais sejam, a de compensar as desigualdades que existem entre a Administração e o administrado, bem como a de se apresentar como forma de proteção tendente a impedir as arbitrariedades dos poderes públicos⁵⁶⁰.

Com base nestas lições, há discricionariedade quando a situação em que, dada indeterminação legal, seja conceitual, seja pela previsão de múltipla possibilidade oferecida para a conduta administrativa, decorram, em termos concretos, várias alternativas que se constituam indiferentes jurídicos passíveis de sofrerem um juízo de preferência pelo órgão

⁵⁵⁸ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 152.

⁵⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos**. Madrid: Civitas, 1974. p. 31-43.

⁵⁶⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa: no Estado Constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 109-110.

preconizado pela ordem jurídica como o titular da prerrogativa de aplicação dos critérios da boa administração (conveniência e oportunidade). A discricionariedade está “dada quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos”, pois “a lei não liga ao tipo *uma* consequência jurídica (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração... determinar a consequência jurídica, em que lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades”⁵⁶¹.

A legalidade e a finalidade como orientação da ação discricionária

A discricionariedade foi – e ainda é, infelizmente – vista como sendo a margem de liberdade concedida pelo legislador ao administrador para que, fazendo uma valoração subjetiva, opte pela forma de satisfazer os interesses públicos que lhe parecer melhor, permitindo ao administrador vislumbrar mais de uma maneira igualmente satisfatória e lícita para alcançar as metas que lhe foram postas. Na escolha daquela que lhe parecer, no momento, mais conveniente e adequado, reside a discricionariedade.

Evidentemente o poder decisório está confinado a certos limites, pois, do contrário, não passaria de mera arbitrariedade. Não se concebe, em um Estado de Direito, a concessão de poderes irrestritos, haja vista que todos os atos estatais devem estar em consonância com o princípio da legalidade, com o Direito. Assim, no momento da ação discricionária, o Administrador está inexoravelmente vinculado às amarras postas pela norma que a permitiu. Na hipótese de certa opção de agir configurar-se realmente mais propícia e eficiente que as outras, nem mesmo é cabível falar-se em discricionariedade, devendo o administrador adotá-la obrigatoriamente, haja vista o seu dever de bem administrar⁵⁶².

Necessita-se de uma nova concepção, por parte do Administrador, do Direito como um todo, no sentido de que se lhe conceda uma visão substancial, “voltada a resultados e à busca da eficiência”, em nome de uma “legalidade finalística”, empedernindo um “dever funcional de proporcionar resultados”⁵⁶³.

A discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito por meio de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos. Pode residir no comando da norma quando nele se concede ao Administrador certa margem de

⁵⁶¹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 143.

⁵⁶² LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariedade**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 252.

⁵⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 145 e 168.

liberdade para decidir se pratica, ou não, dado ato e em que momento o faz ou mediante que forma jurídica o revestirá ou, ainda, que ato pratica diante daquelas situações fáticas. Finalmente pode residir na finalidade da norma:

Se a lei disser, figure-se, que deverão ser expulsas da praia, a bem da moralidade pública, as pessoas que estejam trajando vestes de banho indecorosas, o pressuposto deste comando (hipótese da norma), impositivo da obrigação de expulsar, seria estar trajando uma veste pouco decorosa. Este seria o pressuposto de fato: a veste ser pouco decorosa. A finalidade seria a defesa da moralidade pública⁵⁶⁴.

O pressuposto é fluido porque a noção de veste pouco decorosa, variável no tempo e no espaço, pode ensejar dúvidas. Mas em rigor, se bem se atentar, poderá se perceber que a falta de precisão do conceito de pouco decoro no traje não está residente no pressuposto de fato, em si mesmo, mas “residente na finalidade da norma que fala em moralidade pública, pois dependendo da noção que se tenha de moralidade pública, determinado traje será pouco decoroso ou será decoroso”⁵⁶⁵.

Se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o Direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade com o Direito.

Tem-se que considerar então, que um conceito, por mais vago que seja, possui alguma delimitação, a qual deve ser percebida pelo administrador. A verdade é que não se trata de inexistirem fronteiras nos conceitos práticos, mas de elas serem de difícil percepção e exigirem um trabalho de ordem intelectual maior, sem se olvidar das circunstâncias fáticas que se encontram presentes na tarefa.

Quando, diante do conceito indeterminado fornecido pela norma legal, o administrador deve nele identificar um núcleo mínimo de certeza, terá condições de saber quais as situações que se enquadram ou não no conceito. A emissão da vontade da administração, via motivos/motivação do ato, permitirá verificar se, com o ato em si, a administração obteve a finalidade do ato a que se prontificou a obter.

Portanto, se a clássica característica jurídica da eficácia já estaria satisfeita, desde que o ato alcançasse aptidão para a produção dos resultados visados, a

⁵⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20.

⁵⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20.

nova característica jurídica da eficiência foi mais adiante, de modo que só estará satisfeita quando esses resultados pretendidos vierem a ser realmente alcançados e qualificados por uma correlação ótima entre os meios empregados e o que efetivamente se logrou... se no Estado de Direito bastava a aferição da responsabilidade de um agente público sob o critério da legalidade, ou seja, se este havia atendido ou não às prescrições legais, no Estado Democrático de Direito impõe-se em acréscimo a aferição da resposta do agente sob o crivo da legitimidade, assim traduzida no conceito de responsividade. Em apertada síntese, a responsividade consiste na obrigação de o agente público responder pela postergação ou pelo desvio da vontade popular democraticamente manifestada, fato que pode ocorrer mesmo que os parâmetros de legalidade estrita se encontrem satisfeitos⁵⁶⁶.

O fato é que essa zona interpretativa é bastante reduzida, ao contrário do que muitos administradores pensam. É claro que no plano legal-abstrato, por meio de um processo interpretativo, empregando informações referentes ao conceito, extraídos de outros segmentos do ordenamento jurídico, e, por razão lógica, verificando qual a significação mais usual da expressão, o administrador pode chegar bem próximo do verdadeiro sentido do termo impreciso⁵⁶⁷.

No entanto, a vagueza desse termo impreciso, como dito, reduz-se sensivelmente no plano existencial, concreto, real, fenomenológico, fático, pois “...nos atos discricionários deve existir uma motivação suficiente das razões que tenham determinado à Administração a eleger a solução concreta e a preferi-la às demais possíveis”⁵⁶⁸.

A vagueza do “conceito” apenas permanece em sede de processo intelectual-interpretativo abstrato, já que, fenomenologicamente, hermenêuticamente, a facticidade limitará sua extensão. É o que se propõe a realizar a “hermenêutica”, notadamente uma hermenêutica fenomenológica da existência e da compreensão existencial⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30-31.

⁵⁶⁷ LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariedade**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 259.

⁵⁶⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle judicial da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 108.

⁵⁶⁹ Palmer apresenta seis definições que chama de “modernas” da hermenêutica: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão linguística; 4) uma base metodológica centrada na compreensão da arte, do comportamento e da escrita do homem (*Geisteswissenschaften*); 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos. Com relação à quinta definição, a da “hermenêutica como fenomenologia do *Dasein* e da compreensão existencial”, refere-se a Martin Heidegger – e sua obra “Ser e Tempo” – e a Hans-Georg Gadamer – e sua obra “Verdade e Método”. Em síntese, para Palmer, Heidegger se utiliza não para se referir à ciência ou às regras de interpretação textual, mas para “explicação fenomenológica da própria existência humana”: “a análise de Heidegger indicou que a <compreensão> e a <interpretação> são modos fundantes da existência humana. Assim a hermenêutica heideggeriana do *Dasein*, transforma-se também em hermenêutica, especialmente na medida em que apresenta uma ontologia da compreensão; a sua investigação é de carácter hermenêutico, quer nos conteúdos quer no método”. Gadamer, segundo Palmer, “traça detalhadamente o desenvolvimento da hermenêutica, de Schleiermacher até Dilthey e Heidegger, fornecendo o primeiro relato

Noutros termos, para ter sentido, o conceito das coisas em abstrato exigirá do hermenêuta (leia-se do administrador público), para sua interpretação e aplicação⁵⁷⁰, a necessária contextualização dessa coisa, na sua concretude, pois aquilo que tem que ser compreendido já deve ser sabido. “A compreensão é portanto o processo mental pelo qual compreendemos a experiência humana viva... é uma transposição e uma nova experiência do mundo tal como o captamos na experiência vivida... é só pela compreensão que encontramos os aspectos especificamente pessoais... da realidade”⁵⁷¹, do conhecimento do mundo, do existencial⁵⁷², do mundo como ele é (ontologia).

[...] projetamos algo para o mundo abstrato que chamamos de mundo ideal. A idealização era primeiro a esfera onde se poderia falar de sentido e de significado. Com isto surgiu a questão da oposição entre realidade e idealidade... Mas essa distinção que se fazia entre realidade e idealidade era uma distinção que contrabandeava para dentro da linguagem uma espécie de distinção ontológica: o ideal é perfeito, o real é menos perfeito... o que acontece é que a hermenêutica justamente nos dá uma consciência crítica na medida em que ela forma a nossa consciência histórica e nos permite assumir uma situação histórica determinada, o mais possível transparente em um momento determinado, através de fusão de horizontes e na diluição de horizontes, de maneira que não fiquemos presos a um conjunto de pré-conceitos dos quais não nos libertaremos inteiramente como seres históricos e fáticos⁵⁷³.

Se o administrador, maliciosamente, aproveitando-se do fato de estar prevista a finalidade em termos vagos, pretenda utilizar sua competência de forma indevida, desvirtuando aquela, ou mesmo dela se afastando totalmente, ocorrerá o chamado desvio de poder. Este consiste no uso de competência para atingir a finalidade diversa da legal.

Nesta linha de efetiva busca e concretização da finalidade do ato administrativo, já se está a tratar dos resultados do referido ato, ou seja, desloca-se o ponto de controle da emissão

histórico adequado da hermenêutica englobando a perspectiva do contributo revolucionário de Heidegger e refletindo sobre ele. Mas *Wahrheit und Methode* é mais do que uma história da hermenêutica; é um esforço de relação da hermenêutica com a estética e com a filosofia do conhecimento histórico”. PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 51.

⁵⁷⁰Gadamer alerta que a interpretação e a aplicação são momentos simultâneos e, neste sentido, vai seguir os passos da fenomenologia heideggeriana ao afirmar que “...o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário”. GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 408-409.

⁵⁷¹PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 121.

⁵⁷²Heidegger propôs uma hermenêutica sob uma perspectiva ontológica, através da qual o significado das coisas é desvendado; em que o sentido se ilumina e é revelado através da interpelação, do diálogo. É neste sentido que Gadamer vai falar, seguindo Heidegger, que “O modo de ser de uma coisa só se expressa quando falamos sobre ela. O que entendemos por verdade – revelação, desocultação das coisas – tem, portanto, sua própria temporalidade e historicidade. Em todo o nosso esforço por alcançar a verdade, descobrimos admirados que não podemos dizer a verdade sem interpelação e sem resposta e assim sem o caráter comum do consenso obtido”. GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 71.

⁵⁷³STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 25 e 78.

da vontade do administrador (ao motivar os “porquês” do ato e os fins que persegue com sua edição) e se passa a analisar o resultado efetivo do ato. Quer-se dizer que a materialização do ato administrativo deve estar plenamente concorde com os motivos e finalidades que lhe deram causa.

A emissão da vontade⁵⁷⁴ do administrador, quando da confecção do ato administrativo burocrático, “no papel”, pressupõe um trabalho meramente linguístico de ordem abstrata, metafísica, procurando convencer o leitor acerca de sua legalidade-legitimidade-moralidade. No entanto, “as proposições metafísicas não têm sentido, são falsas aplicações da linguagem”, pois “nelas se manipulam sinais (palavras) aos quais não se atribui significado”⁵⁷⁵, que somente poderão ser materializadas e averiguadas quando da sua concretização no mundo do ser:

O sentido não é subjectivo; não é uma projecção do pensamento ou do pensar, sobre o objecto; é a percepção de uma relação real adentro de um nexó anterior à separação sujeito-objecto feita pelo pensamento. Compreender o sentido implica entrar numa relação real e não imaginária com as formas do <espírito> objectificado, que se encontram por todo o lado, à nossa volta. É uma questão de interacção da pessoa individual e do *Geist* objectivo, num círculo hermenêutico que pressupõe a actuação conjunta de ambos. Significado é o nome dado às diferentes espécies de relações desta interacção⁵⁷⁶.

Muito bem leciona Juarez Freitas que, aparentemente, haveriam várias opções ao administrador público, diante de um situação. Porém, trata-se de mera aparência, já que os contornos do caso concreto limitarão profundamente o atuar administrativo: “a existência de várias opções identicamente válidas só ocorre *prima facie*. Mais: no plano concreto haverá opções francamente inadmissíveis. Precisamente em razão disso, a discricionariedade administrativa não-justificável jamais será legítima”⁵⁷⁷.

Controlar o resultado do ato administrativo é passar do plano formal ao plano material, concreto, pois já se está analisando o ato administrativo realizado e não mais a realizar (quando está no plano ainda da publicidade). Aqui, a “obra já está pronta” e se necessita verificar se dita obra/ação está obtendo os resultados a que se propôs: “... com a administração

⁵⁷⁴ Alexandre Santos de Aragão lembra que “a vontade que constitui o substrato do ato administrativo não é uma ‘vontade’ subjetiva, na acepção tradicional civilista do termo, mas sim uma manifestação concreta, impessoal e objetiva da Administração Pública na execução das suas finalidades a ela outorgadas pela lei e pela Constituição”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria geral dos atos administrativos – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 39

⁵⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Filosofia**. 2. ed. Ijuí-RS: Unijuí, 2005. p. 51.

⁵⁷⁶ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 126.

⁵⁷⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos: e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 386.

de resultado, se trata de ampliar o enfoque de controle de juridicidade, que ultrapassa os clássicos controles políticos de legalidade, instituídos nos processos da democracia representativa, assim como os tradicionais controles jurídicos de legalidade... para compreender um amplo controle jurídico de legitimidade [...]”⁵⁷⁸.

O hermenêutico é, justamente, o elemento ontológico da compreensão, enquanto ela radica na própria existencialidade da existência. O ser-aí é, em si mesmo, hermenêutico, enquanto nele reside uma pré-compreensão, fundamento de toda posterior hermenêutica. A compreensão é o modo de ser do ser-aí enquanto existência. A compreensão é um existencial, é o existencial fundamental, em que reside o próprio ‘aí’, a própria abertura, o próprio poder-ser do ser-aí. Assim, o ser-aí é, em si mesmo, hermenêutico, enquanto já sempre se movimenta numa compreensão de seu próprio ser. A compreensão prévia de sua existência já demonstra uma presença da ideia do ser em geral. O sentido do ser que é buscado já é alcançado pré-ontologicamente na compreensão do ser-aí. Isso é o hermenêutico em si mesmo e dele irrompem todas as outras dimensões da hermenêutica⁵⁷⁹.

Moreira Neto enfatiza que no “Estado pós-moderno”, referindo-se ao Estado Democrático de Direito (o Estado de Direito nomina de “Estado moderno”), Estado Constitucional ou, ainda, ao Estado contemporâneo, o princípio da eficiência toma nova feição, pois a função administrativa do Estado passa a ter uma “vocação de bem servir”. Nesta fase de evolução e amadurecimento do Estado, eficiência significa “a efetiva produção dos resultados visados na escolha político-administrativa e, desse modo, cabalmente exaurida a finalidade do ato, contrato ou processo em que tal escolha veio a ser decidida”⁵⁸⁰.

É esse “bem servir”, no plano concreto-material-existencial que servirá de base para a análise finalística, substancial do atuar administrativo, seja na perspectiva hermenêutica (da coisa em si mesma, como exige o método fenomenológico⁵⁸¹), seja na perspectiva da juridicidade:

Pode-se, conclusivamente, entender o ato administrativo legítimo como a declaração de vontade da Administração Pública *lato sensu...* com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico, em harmonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz. Nesse prisma, figuram como requisitos de legitimidade dos atos administrativos (mais que de vigência e validade), sob pena de degradação dos princípios: a prática por

⁵⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 178.

⁵⁷⁹ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí-RS: Editora Unijuí, 2001. p. 187-188.

⁵⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 179 e 185.

⁵⁸¹ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí-RS: Editora Unijuí, 2001. p. 251.

sujeito capaz e investido de competência...; a consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados ou finalidades, nos termos da Constituição (isto é, exteriorização de propósitos de acordo com a totalidade dos princípios fundamentais); a observância da forma, sem sucumbir a formalismos injustificáveis; a devida e suficiente motivação na eleição de premissas do silogismo dialético decisório, com a indicação clara dos motivos (fatos e fundamentos jurídicos, além do objeto determinável, possível e dotado de juridicidade⁵⁸².

Eros Grau acredita tratar-se de erro crasso a identificação da atividade discricionária da Administração com a atividade de interpretação do direito. Entre juízo de oportunidade (discricionariedade) e juízo de legalidade (interpretação do direito), a diferença não reside apenas no sujeito que pratica o ato (se juízo de oportunidade, pela Administração; se juízo de legalidade, pelo Judiciário), sequer na atividade em si (discricionariedade cabe à Administração e a análise de legalidade ao Judiciário), mas exatamente nos limites propostos pela legalidade:

Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de atos discricionários – isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade – quando norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de juízos de oportunidade. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado, à legalidade⁵⁸³.

Relembra e insiste Eros Grau: “a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos [...]”⁵⁸⁴.

Portanto, o atuar do Estado encontra-se baseado em um Direito previsto, em seus contornos mais importantes, na Constituição Federal, donde há de obedecer aos contornos da legalidade (formal), com o mote de satisfazer à legitimidade (substância) “da pretensão juspolítica garantida que têm as pessoas à eficiência; em síntese – a uma *boa administração*”⁵⁸⁵.

⁵⁸² FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos: e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 396.

⁵⁸³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 206.

⁵⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 222.

⁵⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 185.

Discricionariedade e a busca da melhor solução

Quando a norma jurídica vinculante estabelece um único comportamento perante situação definida em termos objetivos, ninguém duvida que se deseja um comportamento ótimo e que foi considerado possível pré-definir a conduta qualificada como ideal para atender ao interesse que se propôs a tutelar⁵⁸⁶.

Maximizando esta concepção de “conduta ideal” normativa⁵⁸⁷, tem-se aquilo que Moreira Neto chama de “efetividade”, no aspecto constitucional do termo. Trata-se da “efetiva realização do interesse público constitucionalmente prescrito, a chave do constitucionalismo de resultado, que substituiu-se ao obsoleto constitucionalismo programático”⁵⁸⁸, imantado à aferição do resultado finalístico da ação estatal, com fincas na eficiência.

Questiona Bandeira de Mello: “quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade?”⁵⁸⁹

A discricção é a mais completa prova de que o Direito sempre impõe o comportamento ótimo, a melhor escolha. A finalidade deverá ser cumprida e obtida em qualquer caso, sendo exigido do administrador que encontre o melhor, o ótimo caminho a legitimar sua opção.

Em primeiro lugar, isso é postulado por uma ideia simplíssima. Não teria sentido, diz Bandeira de Mello, que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas.

Consubstanciado nos princípios constitucionais da eficiência e moralidade, a Administração Pública tem o dever de sempre buscar a melhor solução de aplicação da norma, isto é, não basta ao administrador uma escolha boa, é necessário a escolha da melhor opção dentre as possíveis:

⁵⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 32.

⁵⁸⁷ Ao afirmar que “a atividade hermenêutica que entenda a compreensão como a reconstrução do original não passa de um exercício de transmissão de um sentido morto” (GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 234), Gadamer quer nos dizer que o direito, se quiser permanecer vivo e útil para a sociedade, deve permitir que o processo de compreensão se desenvolva em busca da atribuição designificado aos fatos (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Verdade e significado*. In: Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado ROCHA, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 272) e na atribuição de sentido à lei proposta pelo ordenamento jurídico.

⁵⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 36.

⁵⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 32.

Assim sendo, como haveria sempre um único comportamento ótimo para a Administração, jamais teria a autoridade administrativa uma margem de liberdade dentro da qual poderia escolher. A conduta admitida pelo Direito de regência seria uma só, identificável após mera atividade interpretativa⁵⁹⁰.

É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, de escolha, que a conduta do administrador atenda excelentemente à perfeição, à finalidade que a animou. Porém, importante lembrar, a realização do Direito não pode estar comprometida com a mera aplicação da lei sobre os fatos. Não há uma verdade estática e atemporal contida na lei a ser lida e reproduzida como ideal de verificabilidade e de justiça, como pretende o pensamento racionalista. No processo de compreensão ontológico, o sentido é desocultado, revelado a partir da consciência histórica e temporal do intérprete.

Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveteleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.⁵⁹¹

Se a lei regula vinculadamente a conduta administrativa, está com isto declarando saber qual o comportamento único que atenderá com exatidão, nos casos concretos, ao interesse público por ela almejado. Daí que pré-selecionou o ato a ser praticado e o fez obrigatório, excluindo qualquer interferência do administrador na apreciação dos fatos deflagradores da aplicação da norma e qualquer avaliação quanto à providência mais adequada para atender a finalidade legal.

Uma vez que, no comum dos casos de discricionariedade, teria sido perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados, tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma⁵⁹².

⁵⁹⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 573.

⁵⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

⁵⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

Daí a outorga da discricionariedade para que o Administrador, que é quem se defronta com os casos concretos, pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.

É certo que a lei não assume indiferença quanto ao advento, nos vários casos concretos, ora de soluções ótimas, ora de soluções sofríveis ou mesmo ruins, pois, se assim fosse, haveria sido redigida em termos de vinculação absoluta. Se não prefigurou vinculação foi exatamente porque não se satisfez com isto e não aceita senão a providência que lhe atenda excelentemente os objetivos⁵⁹³.

Exatamente porque a norma legal indica uma solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter multifário dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador, que é quem se confronta com a realidade dos fatos, certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.

Assim, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que **só se tome a providência excelente** e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.

Por esta razão que se deve entender que a finalidade legal quer-se precisamente atendida tanto nos casos de vinculação quanto nos casos de discricção. É impositivo concluir que a existência da discricção funciona exatamente como prova demonstrativa de que a lei só

⁵⁹³ Figurem-se duas hipóteses de normas. Uma, que dissesse: terão direito a internamento gratuito nos hospitais públicos os doentes que ganharem apenas um salário mínimo. Seria uma forma possível de criar, para a administração, o dever de internamento gratuito de certas pessoas enfermas que recorressem aos hospitais públicos. Neste caso não haveria discricção nenhuma. Apresentar-se-ia o indivíduo que estivesse doente, comprovar-se-ia o fato por exame de natureza técnica e o paciente demonstraria perceber apenas um salário mínimo. Haveria vinculação no comando da norma e haveria vinculação também, com relação ao pressuposto: ganhar tanto. Seria uma possível maneira de regular tal assunto. Mas a lei poderia dispor sobre esse mesmo tema da seguinte forma: terão internamento gratuito nos hospitais públicos as pessoas doentes que forem “pobres”. Neste caso, o pressuposto para obter internamento gratuito seria a pobreza, não estando fixada por uma quantificação objetiva (um salário mínimo) a caracterização do pressuposto normativo. Verifique-se o que poderia ocorrer em uma e em outra hipótese dentre estas duas maneiras de regular a mesma matéria. Se a lei dispusesse que teriam direito a internamento gratuito apenas os que ganhassem até um salário mínimo, resulta, evidentemente, que careceriam de tal direito os que percebessem acima deste limite. Poderia ocorrer que se apresentassem, na mesma ocasião, dois indivíduos: um, cuja retribuição fosse de um salário mínimo e meio e outro que se enquadrasse perfeitamente no teto legalmente estabelecido. Ao primeiro indivíduo, como determinava a lei, seria indeferido o internamento e ao segundo, como é natural, conceder-se-ia tal benefício. Agora, imagine-se que este primeiro, que ganhava um salário mínimo e meio, fosse casado, tivesse 12 filhos dependentes e sustentasse a sogra. E suponha-se que este segundo, que solicitou o internamento e que ganhava apenas um salário mínimo, fosse solteiro, tivesse pais ricos e morasse com eles. Se a lei estabelecesse em termos vinculados, fixando por salários mínimos o pressuposto fático, caberia perguntar: nas situações supostas, a finalidade inspiradora da lei teria sido atendida? Evidentemente não. Então, se a lei houvesse estabelecido que terão direito a internamento gratuito as pessoas “pobres” (conceito vago), por que ela o faria nestes termos? Pura e simplesmente porque pretenderia garantir o perfeito atendimento de sua finalidade. Ela poderia dispor de outra maneira, porém, se o fizesse, em muitos casos, quiçá, na maioria deles, a finalidade da lei seria plenamente atendida, mas, em vários outros seria desatendida.

admite a solução ótima. Tem-se assim, que chegar a uma conclusão da qual não há como fugir: a conduta que não atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal, não é aquela pretendida pelo Direito. Se não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e, portanto, praticou um ato inválido.

Discrição administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma (*in abstracto*) não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato (*in concreto*). Está-se afirmando que a discrição administrativa é maior na norma de Direito (abstrata) do que perante a situação concreta.

Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrição, como condição de atendimento de sua finalidade⁵⁹⁴.

Discricionariedade e o dever da boa administração

Parte-se da ideia de que existe um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral, porque a norma somente quer a solução excelente, ótima. Acaso não seja esta adotada, haverá pura e simplesmente violação do Direito.

A Administração Pública tem o dever de ser gerenciada de forma efetiva e instrumental. A própria Constituição estabeleceu como princípio a eficiência, corolário da efetividade e instrumentalidade. Por isto que há dever de boa administração.

Este dever somente poderá ser atingido se houver lucidez dos administradores no sentido de se cooptar todas as forças para o cumprimento da finalidade da lei, informado por todos os princípios jurídicos que aportam eficiência à obtenção do interesse social, do interesse de todos.

Evidenciar-se-á que o direito à boa administração se coloca como instrumental jurídico que se coaduna com os anseios democráticos e com a ideia de governança, a acarretar à Administração Pública e aos gestores públicos vinculação aos ideais e mandamentos constitucionais. Hermeneuticamente, a tese se volta à preservação das capacidades

⁵⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37.

institucionais, assegurada a atuação do Poder Judiciário, mas ressalvado o espaço confiado ao Estado-Administração para a consecução das políticas públicas.

O princípio republicano, derivado da *res publica*, ou coisa pública, de todos, do povo, é aquele que estabelece a obrigatoriedade da boa administração. Todas as disposições a respeito da coisa pública pertencem ao povo, dono que poderá dispor sobre o seu destino e dizer quando e em que finalidades ela pode ser aplicada⁵⁹⁵.

No regime que se adota, os representantes do povo, portadores de mandato por ele outorgado, na forma institucional, decidem, de modo inaugural, genérico e abstrato, o que os órgãos do Estado deverão fazer. Para tanto, fixam diretrizes gerais, ou traçam regras mais precisas. E o fazem de modo quase absoluto, somente presos à vontade constituinte, expressa na Carta Fundamental. Daí o especial significado que assume o princípio da legalidade, como expressão primeira da representatividade.

Na sua conformidade, toda ação estatal subordina-se à lei e desta depende. Toda ação pública tem por base e limite a lei. Esta contém as decisões inaugurais, inovadoras e básicas do Estado (leia-se, nesta quadra de desenvolvimento da história, o Direito como limite).

A União Europeia, por meio de sua Carta dos Direitos Fundamentais, publicado no Jornal Oficial em 14 de dezembro de 2007, traz em seu artigo 41º o “direito a uma boa administração”. Nas “Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais”, elaboradas sob a responsabilidade do *Praesidium* da Convenção que redigiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, embora não tenha em si força de lei, constitui um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta.

Ao abordar o conteúdo do artigo 41º, as “Anotações” apontam ser a “boa administração” um princípio geral de direito consagrado pela jurisprudência, indicando diversos acórdãos dos Tribunais da Comunidade. Prevê o artigo 41º:

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,
 - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
 - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

⁵⁹⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 180.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.⁵⁹⁶

Antes, porém, da Carta, foi aprovado pelo Parlamento Europeu o Código Europeu da Boa Conduta Administrativa (2001). Nikiforos Diamandouros, Provedor de Justiça Europeu, no prefácio ao Código, afirma que

Desde a minha tomada de posse como Provedor de Justiça Europeu, em abril de 2003, tenho constatado uma mudança progressiva do enfoque das instituições da União Europeia e dos seus funcionários, os quais passaram a colocar o cidadão bem no centro das suas atividades. Isto reflete-se não apenas na reação cada vez mais positiva das instituições às minhas recomendações em casos individuais, mas também na sua disposição para identificar deficiências de forma proativa e encontrar formas de resolver problemas potenciais antes que estes ocorram⁵⁹⁷.

Logo na introdução do Código, destaca-se que

[...] desde a sua aprovação pelo Parlamento Europeu em 2001, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa passou a ser um instrumento vital para pôr em prática o princípio da boa administração. Ajuda os cidadãos individuais a compreender e a fazer valer os seus direitos, e promove o interesse público numa administração europeia aberta, eficiente e independente.⁵⁹⁸

A partir do artigo 4º do Código, é possível encontrar expressamente os fundamentos da boa conduta administrativa: atuação conforme a legalidade; ausência de discriminação; proporcionalidade; ausência de abuso de poder; imparcialidade e independência; objetividade; expectativas legítimas, coerência e consultoria; equidade; cortesia; resposta a cartas na língua do cidadão; aviso de recepção e indicação do funcionário competente; obrigação de transmitir ao serviço competente da instituição; direito a ser ouvido e a prestar declarações; prazo razoável para a adoção de decisões; dever de indicar os motivos das decisões; indicação das possibilidades de recurso; notificação da decisão; proteção de dados; pedidos de informação;

⁵⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Código Europeu da boa conduta administrativa**. Belgium, 2001. Disponível em: <www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#/page/5>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁵⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Código Europeu da boa conduta administrativa**. Belgium, 2001. Disponível em: <www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#/page/5>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁵⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Código Europeu da boa conduta administrativa**. Belgium, 2001. Disponível em: <www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#/page/5>. Acesso em: 27 fev. 2015.

pedidos de acesso do público a documentos; conservação de registros adequados; publicidade do Código; direito de apresentar queixa ao Provedor de Justiça Europeu e revisão.

Juarez Freitas, seguindo esta orientação advinda da Comunidade Europeia, publicou obra integralmente dedicada ao estudo da “boa administração pública” como limite da discricionariedade administrativa. Esclarece ser crucial o “fim da discricionariedade sem controle”, pugnando pelo aprofundamento considerável da sindicabilidade judicial, tratando a discricionariedade administrativa como “discricionariedade legítima”. Para Freitas, o “Estado da discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o *protagonismo da sociedade amadurecida* e do agente público que defenda a dignidade de todos”⁵⁹⁹, bem como consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, sendo esta considerada:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.⁶⁰⁰

Evidencia Freitas que as formalidades legais devem ser observadas. Entretanto, perquire com maior importância a substancialidade do Direito, ou seja, o conteúdo expresso pelo Direito que deve servir como alvo a ser atingido pelo atuar do Estado, da Administração Pública. Com isso, não poderia ser diferente o conceito de discricionariedade administrativa, com vistas à legitimidade:

[...] pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública⁶⁰¹.

Freitas define, inclusive, na sua nova perspectiva de avaliar o Direito Público, o ato administrativo “legítimo como a declaração de vontade da administração pública *lato sensu...*

⁵⁹⁹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

⁶⁰⁰ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

⁶⁰¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico, em harmonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz”⁶⁰².

Ao tecer tal comentário, deixou claro que o ato administrativo possui uma natureza formal e, ao mesmo tempo, substancial, contedística. E o conteúdo deste ato administrativo, seja ele absolutamente vinculado ou discricionário, é a meta de “melhor atuação”. Mesmo diante da discricção administrativa, o mote é a implementação das inovações, “rumo à eficácia e à eficiência”⁶⁰³.

Dos elementos dos atos administrativos, destaca Freitas que o Poder Judiciário deve controlar as motivações do ato a fim de verificar a compatibilidade deste ato com os princípios que inspiram e animam o atuar administrativo, em especial os princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade. Deve o administrador apresentar motivação suficiente e aceitável para sua escolha, sendo que a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam o ato, em especial, o discricionário⁶⁰⁴.

Para fugir de maiores debates – de natureza juspositivista – Freitas propõe que o Poder Judiciário, inapto a adentrar ao *mérito* do ato administrativo e, sendo o mérito, não diretamente controlável, realize o controle do *demérito* do ato, ou seja, a antijuridicidade do mesmo, considerando a intensidade de subordinação à legalidade (os atos vinculados encontram-se intensamente condicionados aos requisitos estabelecidos pelo Direito, enquanto os atos discricionários permitem ao administrador sua prática por meio de “juízos de conveniência ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa”)⁶⁰⁵.

Afirmando não poderem ser confundidos atos discricionários com atos arbitrários,

[...] o desafio fecundo e rico consiste em tornar visível o efeito vinculante não-determinista, mas determinável, do direito fundamental à boa administração pública e, simultaneamente, considerar a discricionariedade como não inteiramente descontínua e sem limites. O elo entre ambos os aspectos dos atos administrativos (discricionariedade e vinculação) reside na obrigatória referência ao direito fundamental em apreço⁶⁰⁶.

Chega-se, portanto, ao conceito de “direito fundamental à boa administração”:

⁶⁰² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25-26.

⁶⁰³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

⁶⁰⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-33.

⁶⁰⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 32.

⁶⁰⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

O direito fundamental à boa administração pública vincula, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Nunca para o excesso ou para a omissão. Assim, a inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem⁶⁰⁷.

Moreira Neto, como não poderia escapar aos seus olhos, também tratou do princípio da boa administração, colocando-o na esfera da moralidade administrativa. Para ele, a boa administração pública é um “imperativo moral do administrador público, cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude”⁶⁰⁸.

Como o administrativista Moreira Neto realiza todo um trabalho na tentativa de informar que o polo de tensão e de controle judicial do ato administrativo, perpassa da emissão da vontade da Administração à perquirição do atingimento da finalidade que o ato administrativo se propôs a atingir (controle de resultados), resulta que a ele a “boa administração” ocorre somente quando “o agente da administração pública atende ao interesse público específico, seja de modo absoluto, seja pelo modo grosseiro ou precário de fazê-lo”⁶⁰⁹.

Observe-se que o juiz não estará julgando a intenção do agente. Se ela era boa ou má, isso é juridicamente irrelevante para anular um ato da Administração Pública. O que importa é, objetivamente, o seu direcionamento finalístico. Se, ao confrontá-lo com o interesse público específico, que deveria ser satisfeito, o juiz concluir que o ato foi, considerados os limites do razoável, legalmente inadequado, deverá anulá-lo, pois a ordem jurídica repudia o uso do Poder estatal quando não se justifique finalisticamente⁶¹⁰.

O agir conforme o princípio da boa administração pública requer que o bom administrador satisfaça seu “dever moral interno”, analisando as relações entre motivo, objeto e finalidade do ato administrativo, ou do contrato administrativo, com olhos no resultado objetivamente obtido.

⁶⁰⁷ FREITAS, Juez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

⁶⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 72.

⁶⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 73.

⁶¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 73.

O postulado segundo o qual a gestão pública, colocada a serviço do interesse geral, não podia ser medida em termos de eficácia, deu lugar à ideia de que a administração é obrigada, como todas as empresas privadas, a aperfeiçoar sem cessar o seu desempenho e a reduzir os seus custos; ela é obrigada a realizar as suas missões nas melhores condições possíveis, velando pela qualidade de suas prestações e utilizando do melhor modo possível os meios a sua disposição. A diferença com a empresa privada tende, então, a desaparecer⁶¹¹.

Tanto o administrador, quanto o controlador do ato jurídico (o Poder Judiciário), encontram-se “finalisticamente orientados pelos princípios constitucionais”⁶¹², devendo apresentar explícita justificação/motivação para possibilitar o controle finalístico do ato, como dito, até porque “dar razões é um dos fundamentos da boa administração”⁶¹³.

Neste contexto se encontra, sistematicamente, o dever da boa administração, já que balizadas, demarcadas, contidas e pautadas todas as prerrogativas e direitos atingíveis pela ação estatal. A finalidade da lei, lembre-se sempre, no seu critério geral, ou seja, a proteção do interesse da sociedade, será sempre o norte seguro do intérprete. Não apenas a lei em seu sentido estrito, mas o Direito em todo seu complexo, ligada a atividade hermenêutica, notadamente, nos princípios jurídicos que passaram a integrar o Direito positivo, em especial, os constantes no texto constitucional.

Valter Alves Carvalho menciona que a Constituição brasileira também prevê um direito fundamental à boa administração:

Diria que a Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já

⁶¹¹ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 84.

⁶¹² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

⁶¹³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48-56.

antes da Carta da União Europeia, pelo menos no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Europeia⁶¹⁴.

A superação do Estado de Direito legislativo ao Estado Constitucional trouxe importantes consequências ao Direito e ao próprio Estado, até porque Teoria do Direito e Teoria do Estado vivem intimamente relacionadas.

O Direito, em um primeiro momento confundido com a lei e com a justiça, ganhou maior independência a partir do momento em que se reaproximou dos valores éticos e morais que o animaram por séculos e que restaram afastados devido ao Positivismo Jurídico.

A liberdade da sociedade, a luta por reformas sociais, a igualdade perante a lei, o reconhecimento dos direitos fundamentais individuais, o rigor da aplicação do Direito, o exigir da Administração Pública o “agir ótimo”, enfim, estes e vários outros valores passaram a integrar os textos constitucionais por uma nova técnica legislativa, como dito, pela utilização dos chamados princípios.

As insuficiências da regra na realização do Direito trazem à tona, então, uma importante discussão sobre a normatividade dos princípios, tendo-se assim, uma ampla discussão acerca de sua aplicação.

Com relação à aplicação dos princípios tem-se notado a ocorrência de duas posturas: aqueles que partem de um método para garantir a sua correção normativa e aqueles que afirmam a discricionariedade judicial quando da sua aplicação. A hermenêutica filosófica denuncia os equívocos das duas posturas⁶¹⁵.

Os princípios vêm sendo cada vez mais valorizados e sua aplicação têm se mostrado eficiente como forma de enfrentamento do Positivismo Jurídico. Contudo, não é pacífico o entendimento sobre a relação dos princípios e regras, havendo posturas que entendem os princípios como importantes apenas no suprimento das insuficiências da regras, o que representa uma limitação ao caráter normativo dos princípios, os quais expressam o Direito para além dos Códigos.

⁶¹⁴ CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional**. [S.l.], 2011. p. 12. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁶¹⁵ Destaca Paolo Grossi que o intérprete/aplicador do Direito foi visto como um sujeito vinculado à inteligência do conteúdo de vontade encontrável no texto. A hermenêutica é uma “renovação metodológica que tende a superar os cânones da hermenêutica clássica, tentando tomar a relação entre um texto e o seu intérprete, individualizando a marca autêntica de todo processo interpretativo... o texto não é autossuficiente, mas sim incompleto e não acabado [...]”. Prossegue elogiando a perspicácia de Gadamer que “quis olhar a fundo o interior do universo jurídico onde, desde sempre, o problema central está na relação entre regra e vida e no papel da interpretação/aplicação para traduzir em vida a regra”. GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 96-98.

Perceber os princípios apenas com a função de suprir as insuficiências da regra não parece o melhor, pois os princípios revelam uma normatividade transcendente à regra, pois ela não representa a totalidade do Direito.

Em razão da importância dos princípios, surge o questionamento acerca da sua aplicação. A hermenêutica filosófica faz a crítica ao uso de métodos para aplicação do Direito, em razão da verdade acontecer de maneira diversa a uma descoberta, feita por meio de um método⁶¹⁶. É possível estabelecer uma relação entre o pensamento de Dworkin, que entende o Direito como integridade, a ser expresso narrativamente, e a hermenêutica filosófica para a qual a compreensão é um modo de ser-no-mundo, sendo que a verdade não é produto de um método, nem a interpretação se realiza por partes.

No tocante à Administração Pública, tem-se insistido que o controle do agir administrativo não mais se limita à análise da vontade do administrador, mas, acima de tudo, ao resultado obtido pelo atuar administrativo. Para tanto, já se abordaram o princípio da legalidade, o princípio da melhor solução, o princípio da boa administração, enfim, a palavra *princípio* surgiu reiteradamente ao longo do texto, de modo que parece ser útil enfatizar sua importância, já que a atuação administrativa deve reger-se pelo Direito como um todo, que por sua vez elenca uma série de princípios jurídicos afetos à Administração.

4.2 Os Princípios Jurídicos: a nova positivação do Direito

Crê-se que a utilização dos princípios no Direito se deve a uma forma especial de legislar absorva pelo Estado Democrático de Direito e pelas suas Constituições, a bem da verdade, diante da força e importância que os textos constitucionais passaram a ter.

O Constitucionalismo se desenvolveu principalmente na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Na França, foi marcado pelas constantes guerras religiosas entre cristãos e calvinistas, na busca de tolerância, de liberdade religiosa. Na Inglaterra, em situação mais amena que a francesa, buscava-se limitação aos poderes do parlamento. Já nos Estados Unidos da América, os colonos buscaram igualdades com os cidadãos ingleses, baseados no fato de possuírem assembleias representativas próprias.

⁶¹⁶ Ernildo Stein realiza importante esclarecimento acerca da relação que há entre objeto e método à hermenêutica filosófica: “[...] método e objeto vão se corrigindo constantemente na medida em que os objetos do universo filosófico e do universo das ciências humanas são objetos altamente fluidos, altamente imprecisos na sua verificação. De tal maneira eles nos convocam, que nós somos obrigados a readaptar o método e redescrever constantemente o objeto. Atrás disso está uma espécie de circularidade. Sempre dispomos de um método provisório para chegar ao objeto. Mas na medida em que vamos desenvolvendo o objeto, podemos ir corrigindo nosso método [...]”. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 58.

Com a Revolução Francesa, o “processo constitucional” chegou ao seu auge. Já estruturado, o Constitucionalismo passou a influenciar a organização do Estado. A ideia de uma Lei Fundamental se apoia na ideia do Estado de Direito. Direitos fundamentais, representação popular, democracia, segurança jurídica, justiça, a vinculação dos poderes públicos à lei e ao Direito, a reserva legal, a divisão de poderes, enfim, valores supremos da sociedade passaram a fazer parte de um texto normativo que vincula o próprio Estado e a sociedade. Encontra-se nas Cartas Constitucionais o conjunto de elementos essenciais à formação e estruturação do Estado e da sociedade.

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos⁶¹⁷.

Desta forma, em sendo o constitucionalismo esta teoria ou ideologia que visa à limitação do poder do governo, interessa destacar como se chegou a esta consistência, enfim, quais as fases pelas quais percorreu até chegar no que se pode designar de constitucionalismo moderno.

Bem destaca Matteucci, o constitucionalismo não é apenas um período histórico ou uma corrente de ideias políticas e sociais, mas um refletir sobre momentos históricos; uma técnica de liberdade contra o poder arbitrário:

Con el término <constitucionalismo> se hace referencia generalmente a ciertos momentos de una reflexión sobre la experiencia político-jurídica relativa a la organización del poder, momentos propios de la historia europea desde el mundo antiguo (griego, pero sobre todo romano). Desde un punto de vista más politológico que historiográfico (aunque este último permite muchas verificaciones empíricas), esta reflexión presenta temas de gran afinidad, o, si se quiere, una profunda semejanza con el principio constantemente afirmado, el del *nómos basiléus*. Precisamente por esto, con <constitucionalismo> se indica no tanto un período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un <tipo ideal> para reflexionar sobre la realidad historia, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política...⁶¹⁸.

⁶¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51.

⁶¹⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 23.

A questão está exatamente neste ponto: quais foram esses momentos históricos? Onde e como ocorreram? Quais os principais elementos que conduziram a estes momentos?

Em linhas gerais, na Idade Média, a regra era a desigualdade social, marcada pelas castas e a impossibilidade – ou grande dificuldade – de se alterar a condição de vida das pessoas já que os estratos eram incomunicáveis. Quer-se dizer que, uma vez nascido alguém em determinada casta social, nesta permaneceria até a morte.

O teocentrismo também era a regra pela qual tudo girava em torno de Deus. Diante do fato da inexistência do Estado, os feudos eram comandados pela Igreja Católica. A Igreja Católica chegou a desencadear uma guerra civil em nome da primazia da religião.

O Absolutismo – sistema de governo em que o governante se investe de poderes absolutos, sem limite algum, exercendo de fato e de direito os atributos da soberania – apareceu como transição do medievo ao Estado moderno. O Estado absoluto se caracterizou pela tendência do monopólio do poder político e da força por parte de uma instância superior que se reconhece como autoridade. É o Rei. Pelo Absolutismo, o governo detinha poderes absolutos.

Não se tratou de alguma espécie de golpe de Estado, ou de alguma revolução para a tomada do poder. Pelo contrário: o Estado absoluto nasceu como resposta ao problema da paz interna e internacional, diferenciando claramente as funções tradicionais do governo, reestruturando o Poder Executivo.

Por certo o Estado Absoluto não se mostrou a melhor solução às vicissitudes até então vividas. No entanto tornou-se necessário à superação de um momento tenso da história – o medievo – onde não havia qualquer espécie de limitações: a barbárie tomou conta de séculos da humanidade.

Neste período – do Estado absoluto – surgiu exatamente a figura deste ente com poder de decisão de última instância, com o poder de fazer e desfazer – o Estado. O Estado absoluto pode ser tido como o monopólio da forma que atuava sobre os planos jurídico (soberania, monopólio normativo), político (o Estado queria tomar conta de tudo, impondo uniformidade legislativa e administrativa) e sociológico (estrutura administrativa e burocrática separada da sociedade).

Até então, havia grande desorganização social, haja vista a inexistência deste ente superior que monopolizasse os planos há pouco citados. Não se quer dizer, como já afirmado, que o Estado absoluto tenha sido um remédio para todos os males, mas sim que se mostrou imprescindível a chegarmos ao que é nos dias atuais.

Um traço bastante marcante neste Estado absoluto, que inclusive o condenou à aniquilação, foi a forte ligação que possuía com a Igreja, com a religião. Inclusive o início do processo da desvinculação da política com a religião se deve ao Constitucionalismo.

A utilização da ciência, da racionalidade para transformar a sociedade e a natureza como um todo foram traços significativos trazidos pelo Renascimento, pois a partir de então se iniciaram questionamentos à sociedade; o povo passou a ser mais crítico de modo a extirpar certas explicações até então dominantes para a existência de tudo, das coisas, ligadas à religiosidade, a Deus.

Desde o início, o Constitucionalismo moderno esteve investido no problema da tolerância religiosa, que com o tempo se converteu em liberdade religiosa; “y la libertad religiosa es la madre de todas las libertades”⁶¹⁹. O Estado Constitucional se concretizou ainda mais como Estado Liberal, pois se passou a exigir limites ao poder real, controle político do governo e participação no Poder Legislativo.

Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII⁶²⁰.

Deseja-se enfatizar que exatamente na busca da limitação a este poder absoluto é que movimentos sociais passam a eclodir, notadamente na Europa (França e Inglaterra) e, posteriormente, com a colonização norte-americana.

Na França, as guerras religiosas marcaram profundamente o movimento constitucionalista, tendo em vista as constantes lutas entre católicos e calvinistas. Por estas guerras, as partes envolvidas – católicos e calvinistas – desejavam paz, já que buscavam apenas liberdade religiosa, ou melhor, tolerância religiosa.

⁶¹⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 37.

⁶²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**: e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 52.

Enquanto guerreavam, sufocavam qualquer possibilidade de levante político e afirmavam, principalmente os calvinistas, a necessidade de relações sinalagmáticas entre rei e vassalo (os reis são feitos pelos povos e não os povos pelos reis).

O constitucionalismo francês pode ser identificado, então, com estas guerras religiosas que o fomentaram, resultando na manutenção da paz através de um poder real forte, controlando a nobreza e atento às necessidades do povo, respeitada a jurisdição.

Canotilho chamou o constitucionalismo francês de modelo individualista porque

[...] como se explica o aparecimento de categoria políticas novas, expressas em *Kampfparole* ('palavras de combate') – estado, nação, poder constituinte, soberania nacional, constituição escrita – ... a sedimentação histórica de tipo inglês não romperá totalmente com os esquemas tardo-medievais dos 'direitos dos estamentos'. Ora, a Revolução Francesa procurada edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjetivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer ordem jurídica estamental. Os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não 'naturalmente desiguais' por integração, segundo a 'ordem natural das coisas', num dado estamento... Em segundo lugar, o momento fractal do individualismo repercute-se na legitimação/fundação do novo poder político. O governo limitado e moderado da Inglaterra – a sua constituição mista – acabou por deixar na sombra uma questão fundamental da modernidade política: como podem os homens livres e iguais dar a si próprios uma lei fundamental?⁶²¹

O modelo francês, assente no contratualismo social, passou a exigir uma constituição criada por um poder originário – a Nação – autónomo e independente. Ao lado do constitucionalismo francês, há que se destacar o inglês, movimento este que passou por situações bastante diferenciadas das encontradas na França, marcada pelas guerras civis.

Afirma-se que o constitucionalismo inglês não encontrou conflitos relevantes, já que desde o Rei Henrique VIII enfatizou-se uma racionalização burocrática centralizada, porém mantidas as liberdades populares. Desde então havia uma administração com "espírito público", não mais como se tudo fosse do Rei⁶²².

Na Inglaterra, para Canotilho, o movimento constitucionalista pode ser chamado de modelo historicista:

⁶²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 57.

⁶²² MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 80.

As ‘palavras-chave’ do modelo historicista encontram-se no constitucionalismo inglês. Quais as dimensões histórico-constitucionais decisivamente caracterizadores deste modelo histórico? Quais as cristalizações jurídico-constitucionais deste modelo que passaram a fazer parte do patrimônio da ‘constituição ocidental’? As respostas à primeira interrogação podem sintetizar-se em três tópicos: (1) garantia de direitos adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia do “binômio subjetivo” *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos...; (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de contratos de domínio do tipo da Magna Charta. De qualquer modo, o balanceamento de forças políticas e sociais permite agora inventar a categoria política de representação e soberania parlamentar. Um corpo social dotado de identidade e que conseguiu obter a entrada no Parlamento. Numa palavra: passa a estar representado. Acrescente-se ainda: a soberania parlamentar afirma-se como elemento estruturante da constituição mista, pois uma constituição mista é aquela em que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgão do governo (rei e Parlamento). A ‘soberania do parlamento’ exprimirá também a idéia de que o ‘poder supremo’ deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. Esta idéia estará na gênese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*⁶²³.

O constitucionalismo inglês foi marcado pelos constantes questionamentos acerca dos limites, do equilíbrio entre Governo, Jurisdição e Legislativo. John Locke foi o grande pensador da época, questionando os limites dos Magistrados e do Estado quanto ao mérito religioso.

A partir de 1700, o Parlamento inglês passou a ter enorme poder, autoridade, independentemente de quem o havia eleito. Esta onipotência do Parlamento acabou por influenciar o constitucionalismo norte-americano, pois os Estados Unidos da América não aceitavam seu comando sob o argumento de que as colônias não dependiam diretamente do Rei e que possuíam assembleias representativas próprias.

Esta busca por autodeterminação, ou melhor, por igualdade entre os colonos norte-americanos e os cidadãos ingleses, gerou um marco diferenciado no constitucionalismo, qual seja, a busca do direito de escrever uma lei básica e na qual ele – o povo – fez diferentes usos da história:

Através da Revolução, os americanos pretenderam reafirmar os Rights, na tradição britânica medieval e da Glorious Revolution. Não se tratava, porém, de um movimento reestruturador dos antigos direitos e liberdades e da English Constitution, porque, entretanto, no corpus da constituição britânica, se tinha alojado um tirano – o parlamento soberano que impõe impostos sem representação. Contra essa ‘omnipotência do legislador’, a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da ancient constitution.

⁶²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**: e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 55-56.

Ela devia garantir os cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano. [...] Aos olhos dos colonos americanos ganhava contornos a idéia de democracia que um autor recente designou por democracia dualista. [...] Eis uma decisiva diferença relativamente ao historicismo britânico e uma importante aproximação ao modelo do constitucionalismo francês. Em momentos raros e sob condições especiais, o povo decide através do exercício de um poder constituinte: a Constituição de 1787 é a manifestação-decisão do povo no sentido acabado de referir⁶²⁴.

Com a Revolução Francesa terminou a grande fase constituinte da história ocidental, podendo-se afirmar que só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas pode “decidir” ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder constituinte significa poder constituinte do povo.

A partir destes acontecimentos históricos ocorridos na França, Inglaterra e Estados Unidos da América, as linhas gerais do constitucionalismo foram lançadas, quais sejam, os direitos de liberdade (religiosa, política), igualdade e limitação do poder. O tema central do constitucionalismo é exatamente este, alterando-se pontualmente conforme cada pensador/filósofo, no sentido de enfatizar um ou outro ponto, porém, todos uníssonos quanto à abordagem acerca da liberdade, igualdade e controle do governo.

O Estado Constitucional é mais um ponto de partida do que um ponto de chegada. É o produto do desenvolvimento constitucional no atual momento histórico. Algumas fórmulas políticas e jurídico-constitucionais – rule of law, État légal, Rechtsstaat, Estado de Direito – condensam determinados momentos concretizadores do Estado Constitucional tal como hoje o concebemos. No entanto, as relações entre a constituição e o Estado não são, ainda hoje, claras. Se alguns autores acentuam a constituição como a dimensão básica do ‘Estado Constitucional’, outros consideram o Estado como ‘dado’, como ‘pressuposto’, como ‘estrutura apriorística’ que precede a constituição. O Estado pode vir mesmo a conhecer diferentes traços constitucionais sem que isso perturbe a sua existência e continuidade⁶²⁵.

É claro que, logo de início, o texto constitucional e o valor da Constituição passou por diversas críticas, notadamente quanto a sua real qualidade de garantidora de conquistas modernas.

Coube a Ferdinand Lassalle que uma Constituição também deveria ser lei para reger, porém, não ser uma simples lei, ser mais que isso: a Constituição é uma lei fundamental da nação e deverá, para tanto, cumprir os seguintes requisitos:

⁶²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 58-59.

⁶²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 87.

1º. Que a lei fundamental seja uma lei básica, mais do que as outras comuns, como indica seu próprio nome: ‘fundamental’. 2º. Que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis; isto é, a lei fundamental, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma. A lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar-se através das leis comuns do país. 3º. Mas as coisas que têm um fundamento não o são por um capricho; existem porque necessariamente devem existir. O fundamento a que respondem não permite serem de outro modo. [...] Elas se regem pela necessidade⁶²⁶.

Caso os requisitos mencionados não sejam cumpridos, isto é, se a referida lei constitucional não for básica (no sentido de que sem ela o ordenamento jurídico não poderia se realizar), nem constitua o fundamento das demais leis, bem como não haja necessidade da sua existência, não há que se falar em norma fundamental, pois seria apenas uma norma, sem qualquer especial importância ao mundo jurídico.

Diante disso, Constituição é

[...] uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental.⁶²⁷

A “força ativa” empregada por Lassalle quando conceituou Constituição, ao demonstrar os **fundamentos sociológicos** por ele adotados, refere-se ao fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade em específico momento histórico: “os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possa ser, em substância, a não ser tal como elas são”. Desse modo, a Constituição é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”⁶²⁸.

Abordando a colocação de Lassalle, José Afonso da Silva afirma que a concepção sociológica da Constituição encontra fundamento em diversos matizes, dentre eles o fato de ser a constituição uma forma de ser e não de dever-ser; ser a Constituição a transcendência das condições e organização social do que está acontecendo no momento; ter ela sua própria legalidade, pura normatividade; que esta concepção se faz sobre a vigência constitucional, considerada como prática efetiva das normas:

⁶²⁶ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9.

⁶²⁷ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 10.

⁶²⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

O sociologismo jurídico exacerba essa influência fática, concebendo a Constituição como fato, antes que como norma. O sociologismo, nas suas várias tendências, exprime uma posição jurídica que concebe o direito como fato social, apresentando-o como simples componente dos fenômenos sociais e suscetível de ser estudado segundo nexos de causalidade não diversos dos que ordenam os fatos do mundo físico. As Constituições são resultados de algo que se encontra em relação concreta e viva com as forças sociais, em determinado lugar e em determinada conjuntura histórica, cabendo ao constituinte, se tanto, apenas reunir e sistematizar esses dados concretos num documento formal, que só teria sentido na medida em que correspondesse àquelas relações materiais que representam a verdadeira e efetiva Constituição⁶²⁹.

Lassalle se utiliza de um exemplo hipotético – o do incêndio que queimaria todos os textos com força de lei – e indaga se, então, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis de capricho ou de acordo com seu próprio modo de pensar. Sua resposta é, obviamente, negativa, já que o legislador estaria vinculado aos fatores reais de poder, ou seja, caso a nova Constituição fosse de encontro aos interesses das instituições jurídicas, ter-se-ia apenas uma “folha de papel”.

Com o exemplo dado, Lassalle demonstra distinção entre a Constituição jurídica ou escrita (pelo homem) e a Constituição real e efetiva (realidade social), devendo a primeira estar de acordo com a segunda, sob pena de ineficácia total daquela.

Apesar da importância histórica de sua obra em razão do surgimento da concepção sociológica de Constituição, Lassalle peca ao fechar as comportas do seu sistema, ficando restrito a um círculo vicioso sem qualquer possibilidade de produzir rupturas ou modificações na ordem vigente, ou seja, ele não explica qual a alternativa a ser tomada para desarticular os fundamentos da força da Constituição real, no sentido de organizar um novo tipo de Estado, uma ordem jurídica democrática alternativa, apta a prevalecer em quaisquer circunstâncias, como afirma Aurélio Wander Bastos ao prefaciar a obra de Lassalle em comentário.

Carl Schmitt inaugurou uma nova abordagem à Constituição, conhecida como **concepção política**, pois a Teoria da Constituição é a teoria daquilo que forma um Estado, isto é, da unidade política de um povo. Verifica-se, a partir dessa ideia fundamental, que há diferença entre o conceito material de Constituição e a ideia forma de constituição, esta última representando um mero sistema de normas, sem obrigatoriedade de consonância com a realidade do povo⁶³⁰.

O sentido positivo da Constituição diz respeito a uma decisão política fundamental sobre a forma e o modo de existência da unidade política. No sentido ideal, a Constituição

⁶²⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

⁶³⁰ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003. p. 29.

deve se identificar com determinado conteúdo social e político para estabelecer, de forma categórica e escrita, a divisão de poderes, organizando o Estado politicamente.

Em sentido absoluto, a constituição é considerada como um todo unitário, significando o próprio Estado, o Estado é a constituição, a qual é a concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um certo Estado... Em sentido relativo, a constituição aparece como uma pluralidade de leis particulares; o conceito de constituição fixa-se, aqui, segundo características externas e acessórias, formais, correspondendo ao conceito de lei constitucional concreta... Em sentido ideal, a constituição identifica-se com certo conteúdo político e social, tido como ideal. Nesse caso só existirá constituição quando um documento escrito corresponder a certo ideal de organização política, adotando determinadas ideologias e soluções, consideradas como as únicas legítimas... Em sentido positivo, a constituição é considerada como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, só sendo possível um conceito de constituição quando se distinguem constituição e lei constitucional. Só entram no conceito de constituição aqueles dispositivos constitucionais de grande relevância política, que dizem respeito a própria existência política concreta da nação: estrutura e órgãos do Estado, direitos dos cidadãos, vida democrática etc. Os outros que não contem essa importância, embora figurem no texto constitucional, são simples leis constitucionais...⁶³¹

Percebe-se que Schmitt, diferentemente de Lassalle, não se preocupa com os fatores reais de poder, mas sim com a decisão política fundamental que determina, de forma concreta, a existência da unidade política.

Kelsen foi quem idealizou a **concepção** puramente **jurídica** de Constituição. Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, essa definição puramente jurídica é possível pois

[...] estar-se-ia diante de uma forma, por assim dizer, *kelseniana* de representar a Constituição... seria apresentada como pura norma jurídica, vale dizer, independente das relações fáticas de poder consideradas determinantes naquela específica comunidade política. Sendo mais claro: nesse contexto, a análise jurídica acerca da Constituição estaria restrita à descrição dos elementos que compõem a forma jurídica do Estado, destilando-se dessa projeção teórica dos fatores políticos e sociológicos⁶³².

Essa pureza jurídica é prevista expressamente por Kelsen logo nas advertências inaugurais de sua obra, ao dizer que pretende construir uma teoria do direito positivo, das

⁶³¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 27-28.

⁶³² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O direito constitucional e o castelo de cartas da política. **Consultor Jurídico – CONJUR**, São Paulo, 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2014.

normas jurídicas existentes, com o desejo de “excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico”⁶³³.

Esse pequeno excerto doutrinário kelseniano elimina qualquer dúvida: Kelsen ignora – não que os desconheça, ante a sua genialidade, porém, não os utiliza em sua teoria – os fatores reais de poder (Lassalle) e a decisão política fundamental (Schmitt). Vislumbra-se claramente que a intenção de Kelsen é despir a Teoria do Direito de todo o elemento cultural, moral, ético, político, filosófico, psicológico, biológico e teológico, enfim, de todo juízo de valor que comprometa a pura científica de estudo da norma jurídica, contrapondo-se claramente ao direito natural e às ciências sociais que buscam seus pressupostos em fontes estranhas ao jurídico.

A Ciência Jurídica deve ser única e exclusivamente composta por elementos normativos para alcançar sua validade, ou seja, sua existência específica no mundo jurídico. Para atender a essa fundamentação científica, Kelsen criou a teoria da norma fundamental, pela qual, nas palavras de Robert Walter ao prefaciá-la a obra de Kelsen:

[...] numa determinação intra-sistemática, pode-se atribuir a cada norma jurídica válida outra norma, que fundamenta sua validade – a validade da sentença judicial, a autorização do juiz, por meio da lei, a autorização do Parlamento, através da Constituição, a autorização que se outorga a uma assembleia (ou conselho) constituinte, para promulgar uma Constituição. Essa interação contínua de relações de validade atinge, entretanto, um limite... Se se pretende interpretar, como sistema válido de normas, um sistema de ordens, que se tornou efetivo, ter-se-á de supor, então, que o primeiro ato – puramente fático – se apoia numa autorização. Essa preposição é a norma fundamental.

A norma fundamental, que é o ponto inicial da criação do Direito posto pelo Estado, confere o sentido de “dever-ser” ao ato do primeiro legislador e, por sequência, a todos os demais atos que se fundam na ordem jurídica. Ela é a “instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo”⁶³⁴.

O fundamento de validade de uma norma, portanto, apenas pode ser a validade de uma outra norma. Assim, chega-se ao escalonamento normativo, no qual as normas estão hierarquicamente dispostas, sendo que a norma que concede fundamento a outra é denominada de superior, enquanto esta, por confronto, é taxada como inferior. O ordenamento

⁶³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 52.

⁶³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 222.

jurídico “não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”⁶³⁵.

É por essa razão que Kelsen, considerando seu escalonamento normativo, analisa o conceito de Constituição sob o sentido lógico-jurídico (como norma fundamental hipotética, tendo por função servir de fundamento lógico da validade da Constituição) e no sentido jurídico-positivo (como a norma positiva suprema em seu mais alto grau).

Após Kelsen e a Segunda Guerra Mundial, Konrad Hesse formulou uma nova concepção à Constituição, a da sua **força normativa**. Hesse não acredita na pureza da Constituição, seja ela normativa ou sociológica. Ele inova ao propor a união entre ambas as concepções, sem esquecer da política, já que entende ser a melhor definição e a que corresponde à realidade social.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia [...] não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas... Determinada (a Constituição) pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas⁶³⁶.

O pressuposto fundamental da Constituição, em Hesse, é a sua força normativa e se origina dos seguintes fatores:

- a) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme;
- b) compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação);
- c) consciência de que, ao contrário do que se dá

⁶³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 247.

⁶³⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14.

com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana⁶³⁷.

Portanto, vislumbra-se que a Constituição somente será dotada de força ativa se o povo a que ela se destina estiver disposto a orientar as próprias ações ou omissões de acordo com os mandamentos nela contidos, ou seja, se houver não só a sede pelo poder, mas também o desejo por uma Constituição. E “quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição”⁶³⁸. Não significa que a força normativa seja ilimitada. Pelo contrário, a força normativa está submetida a certas restrições e limites:

As Constituições... pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência⁶³⁹.

Nessa lógica, o seu limite é a correlação entre realidade (ser) e a norma (dever-ser), ao passo que a Constituição não deve ser tão irreal a ponto de que não justifique o seu cumprimento, ou seja, deve encontrar fundamentos válidos e realizáveis a fim de influenciar e motivar determinada ordem social, razão pela qual deve considerar os aspectos culturais, sociais, políticos e econômicos para sua formação.

Para Hesse, portanto, diferentemente de Lassalle, não há uma hierarquia entre “Constituição real” e “Constituição jurídica”, haja vista ambas estarem coordenadamente entrelaçadas, associadas. Então, se a tese de Lassalle for considerada válida, isto é, se a Constituição jurídica sucumbe cotidianamente em face da Constituição real, poder-se-ia dizer que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição, o qual “não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”⁶⁴⁰.

⁶³⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

⁶³⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 24.

⁶³⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 17.

⁶⁴⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 11.

Na mesma esteira que Hesse, José Joaquim Gomes Canotilho dedica-lhe uma de suas obras, segue seus ensinamentos e introduz uma nova concepção de Constituição, a **concepção dirigente**.

Para Canotilho, “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”⁶⁴¹. O mestre português consagra um sistema de garantia da liberdade, contendo o princípio da divisão de poderes como garantia contra os abusos dos poderes estaduais.

Em que pese o texto democrático da Constituição Portuguesa de 1976, imprescindível a formulação de uma teoria capaz de conferir-lhe a força normativa, tão bem trabalhada e defendida por Hesse. E foi Canotilho quem se envidou para convencer juridicamente acerca da normatividade e vinculação do novo texto constitucional, dando vida à ideia da teoria da Constituição dirigente⁶⁴².

Referida teoria abordou a vinculação do legislador em decorrência do aspecto de projeção futurística da Constituição portuguesa. É que Canotilho compreende que as normas constitucional representam um caráter impositivo semelhante a uma ordem material permanente e concreta, dirigida ao legislador. Nesse sentido, cabe ao legislador atuar buscando a concretização, por via legislativa, das imposições constitucionais⁶⁴³.

Evidencia-se que a Constituição dirigente é aquela que engloba disposições que norteiam a atuação dos órgãos estatais, definindo fins e objetivos considerados fundamentais pelo legislador constituinte, com vista a uma evolução política, dando origem às normas programáticas que atuam como uma meta para o futuro. Estas, por sua vez, não se dirigem ao indivíduo, mas aos órgãos do Estado. Uma Constituição dirigente é justamente aquela que possui normas programáticas, fixando programas para os órgãos estatais.

O problema da concretização da Constituição, que invade a teoria constitucional a partir de Konrad Hesse e Canotilho, este último deixando bastante claro essa vicissitude em Portugal, reflete-se também na realidade brasileira. Gilberto Bercovici afirma tratar-se de uma

⁶⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 2.

⁶⁴² GUEDES, Néviton. Professor Canotilho e sua Constituição dirigente. **Consultor Jurídico – CONJUR**, São Paulo, 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁶⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 315.

verdadeira “batalha ideológica” a constante tentativa de concretizar o texto constitucional de 1988, Constituição Dirigente⁶⁴⁴ que é.

Pensa-se que essas dificuldades foram denunciadas ainda por Hesse, ao debater com Lassalle a existência – ou não – de uma Constituição real *versus* uma Constituição jurídica. O certo é que a Constituição jurídica brasileira, escrita, em vigor, foi redigida na crença e esperança de que um texto – constitucional – seria suficiente para mudar os rumos e destinos do país – como pensava Canotilho – e da população.

Ocorreu não apenas uma inflação de direitos civis e deveres estatais, mas acima de tudo uma grande decepção no plano concreto, pois se mostrou bastante difícil a concretização integral do que ali se “contratou”. Não é a toa que o Poder Judiciário foi chamado a intervir nas mais variadas e inúmeras omissões estatais na materialização de direitos constitucionalmente assegurados.

Some-se a isso tudo a forma como o texto constitucional foi redigido, contendo claramente regras específicas e aquilo que o próprio texto chama de “princípios” (princípios estes que estão espalhados pelo texto, a exemplo do que dispõe o artigo 37, *caput*, ao fixar que a Administração Pública reger-se-á pelos *princípios* da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Mas, o que são esses princípios? Seriam “valores morais”? Representariam a reaproximação entre Direito e Moral, tão combatida pelo Positivismo Jurídico kelseniano? Seriam, ainda, vetores interpretativos ou mandados de otimização? Ou estariam permitindo “aberturas hermenêuticas” ao intérprete do Direito, em casos difíceis? Seriam, então, uma instituição do mundo prático no Direito? Ou seriam ganhos histórico-políticos de uma comunidade?

Tentar-se-á, em uma abordagem geral, analisar a questão.

No Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*), assim como na maioria dos países da Europa continental, o Direito estava desvinculado de qualquer referência a valores éticos e a conteúdos políticos⁶⁴⁵, principalmente porque não havia a concepção da constituição como norma principal, como norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico. Isso conduziu o Direito a ser entendido como um conjunto de regras distantes de qualquer valor ético e moral.

⁶⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. (Neo)Constitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101., 2004.

⁶⁴⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 14.

A partir do momento em que se hierarquizou o ordenamento jurídico, passando a Constituição a ocupar lugar de destaque, a forma adotada em escrever as Constituições foi a de incluir em seu texto não mais simples regras como feito até então. Era necessário se utilizar de um novo método, de algo novo, de uma fórmula que exprimisse valores que haviam sido afastados do Direito devido ao Positivismo Jurídico.

Nos Estados Unidos e no continente europeu, embora com modalidades diferenciadas e em tempos diversos, prevalece o modelo de uma Constituição escrita e de um explícito catálogo de direitos fundamentais tendencialmente ‘universais’. [...]. E toma corpo uma tendência a hierarquizar o ordenamento jurídico, de modo que submeta a lei ordinária ao primado da Constituição e, portanto, enrijeça princípios e regras constitucionais. Essa tendência se desenvolve no decorrer do Século XX, dando vida, principalmente graças à obra de Hans Kelsen, a um verdadeiro e próprio controle judiciário de constitucionalidade sobre a legislação ordinária, [...].⁶⁴⁶

Pode-se dizer que o Positivismo Jurídico não admitia a existência de princípios no texto de lei, tendo em vista que os princípios estão imersos e submetidos a valores e que as normas jurídicas em termos positivistas não admitem “fórmulas vagas” ou qualquer referência/aspiração ético-política⁶⁴⁷.

O direito por regras do Estado de Direito do Século XIX é algo bastante distinto desta fórmula de escrever o Direito utilizada no Estado Democrático/Constitucional, fruto inclusive do novo papel que o próprio Direito assumiu nessa concepção estatal.

Os princípios constitucionais deram abertura aos direitos humanos e aos grandes princípios da justiça, o que vem a reforçar a importância que os textos constitucionais obtiveram com o passar dos tempos, notadamente no que diz respeito à realidade, à faticidade.

A hermenêutica filosófica defende que o Direito somente pode se fazer na *faticidade*, no caso concreto. O mesmo ocorre com os princípios: seu significado não pode determinar-se em abstrato, somente em casos concretos. E isto se aplica clara e largamente no atuar administrativo, não apenas no que diz respeito às formalidades do ato, mas principalmente na análise finalística dele, no resultado obtido.

La concepción del derecho <por principios> tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso

⁶⁴⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 29-30.

⁶⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 110-112.

con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo. No se trata en absoluto de asignar a lo <fáctico> una prioridad sobre lo <normativo>, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo⁶⁴⁸.

Para Alexy, os princípios não se aplicam integralmente em todas as situações, sendo eles “mandados de otimização” a serem aplicados na medida do possível. Assim, sua realização tem diferença em relação às regras, já que estas se esgotariam em si mesmas.

Na resolução dos conflitos entre princípios, Alexy afirma a precedência de um princípio sobre o outro. O conflito de princípios se resolve pela força de cada um, enquanto que o conflito de regras pela validade. O peso dos princípios em conflito será aferido pelo procedimento da ponderação, no qual serão expostas as razões de preferência de um princípio, justificando-se, assim, a precedência de um princípio sobre outro. O processo de ponderação se daria “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”⁶⁴⁹.

Esta tarefa de hierarquizar princípios só é possível diante de um caso concreto, sendo que a ponderação implica no conflito entre princípios. Assim, “a satisfação de um princípio se dá sempre às custas de outro”⁶⁵⁰. A ponderação dos princípios implica a existência de uma regra segundo a qual em toda situação em que os fatos forem exatamente os mesmos, prevalecerá sempre um único e mesmo princípio. Desta maneira tem-se “como resultado de toda ponderação jus-fundamental correta, pode se formular uma norma de direito fundamental adstrita, com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso”⁶⁵¹.

A posição de Alexy sobre os princípios é criticada por Habermas, tendo em vista que ela tende a aniquilar a busca pela Justiça ao estabelecer um método que prioriza a segurança jurídica. A grande preocupação de Alexy é com a formação de regras para a aplicação dos princípios.

Na tentativa de estabelecer a aplicação dos princípios, em seu caráter deontológico, Alexy, segundo Habermas, recai justamente na visão que almejava combater: “ao tentar

⁶⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 122.

⁶⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 161.

⁶⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 98.

⁶⁵¹ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 143, p. 195, jul./set. 1999.

resolver o problema dos conflitos entre princípios, Alexy adota um procedimento típico da axiologia. Ainda que alegando que a precedência de um princípio seja condicionada pelo caso concreto”⁶⁵².

Ao tentar estabelecer uma aplicação gradual aos princípios, afirmando que eles apresentam razões apenas primárias, sendo que a sua definição final se daria pela regra, Alexy acaba por retirar a força normativa dos princípios, pois, ao aplicá-los gradualmente, hierarquizando-os, eles deixam de ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de dever, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas e as mesmas não são dadas de forma hierarquizada; o dever de cumprimento de uma não é maior que de outra. As normas se dão de forma binária, (cumprimento/descumprimento), não de forma gradual⁶⁵³.

Habermas refuta a hierarquização dos princípios, bem como a ideia de que a partir de um confronto entre princípios, pode-se construir uma regra que valha para todos os casos iguais. De outra maneira eles devem ser aplicados nos

[...] limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), o que não quer dizer que eles sejam propriamente determinados por estas circunstâncias. Antes, eles funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos próprios princípios jurídicos⁶⁵⁴.

Em Habermas, a forma de aplicação do Direito se dá pela sua teoria da ação comunicativa, por meio da criação de uma comunidade ideal de fala, na qual há liberdade de expressão, ausência de coerção, veracidade e ausência de privilégios. Desta maneira poderá construir uma resposta correta pela obtenção de um consenso, dando-se validade às normas por meio da aplicação do princípio do discurso, que traz implícito o princípio da universalização⁶⁵⁵.

Já Dworkin trata dos princípios na aplicação do Direito sob uma outra perspectiva, não tendo eles como elementos sujeitos à discricionariedade, mas ao contrário, como fatores a expressar a integridade do Direito, negando-a. Este conceito está ligado ao sentido moral e político que o Direito deve possuir, já que existe uma normatividade anterior à regra.

⁶⁵² GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 143, p. 195, jul./set. 1999.

⁶⁵³ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 143, p. 196, jul./set. 1999.

⁶⁵⁴ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 143, p. 204, jul./set. 1999.

⁶⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 91-117.

Para se compreender a solução do conflito de princípios como a concebe Dworkin, deve-se ter em mente o conceito de Direito que ele apresenta, para quem é inerente às sociedades caracterizadas pelo pluralismo. O Direito não se exaure em nenhum catálogo de regras ou princípios, restritos a uma determinada área; o império do Direito é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva voltada para a política. Por isso, deve levar em conta os compromissos públicos da sociedade, bem como, as exigências destes compromissos em novas circunstâncias. Ele deve remeter estas situações ao passado, em razão de expressar garantias para um futuro melhor, sendo a expressão de um projeto comum, mesmo em sociedades plurais⁶⁵⁶.

Dworkin diferencia princípios de regras pelo fato das regras serem aplicáveis por completo. Trata-se de um “tudo ou nada”. Desde que os pressupostos dos fatos aos quais a regra se refira se verifiquem em uma situação concreta, e sendo ela válida, ela será aplicada em qualquer caso. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. Para Dworkin as regras não comportam exceções, as quais cabem quando dos princípios. Uma outra diferenciação é com relação às características dos princípios de se aplicarem levando em conta a sua importância. O conflito entre princípios se resolve pela sobreposição de um ao outro.

A compreensão dos princípios de Dworkin tem recebido críticas, mas é de grande importância, porque ao contrário da maioria das posturas interpretativas, Dworkin não vê os princípios como elementos que possibilitam a discricionariedade, ao contrário, eles a impedem.

A decisão correta para Dworkin pode ser alcançada pela invocação de dois tipos argumentos: de orientação política e de princípios. Para Dworkin, um princípio é um modelo que deve ser observado, não porque ele avançará ou assegurará uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de imparcialidade ou de qualquer outra dimensão da moralidade.

Ronald Dworkin tece as principais críticas à existência da discricionariedade judicial, inaugurando assim um grande debate com Hart acerca deste tema, afirmando que o juiz não tem nenhum poder de criação, devendo aplicar o Direito levando em conta não somente o texto da lei, mas também os seus aspectos fundantes, transcendentais a ela. Para Dworkin o Direito possui uma dimensão anterior à lei, fundada na moral.

⁶⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 13.

Dworkin afasta a discricionarietà judicial a partir da moral. Aponta para uma interpretação integrativa, de modo que o espaço de criação será suplantado pelo conjunto de princípios adotados pela comunidade política, havendo sempre uma resposta correta dada pela moralidade política. Dworkin assemelha a interpretação à literatura, pois “assim como na interpretação literária, é pela expressão cultural que se faz possível avaliar a moralidade política”⁶⁵⁷. Dworkin compara a atividade de interpretação dos “casos difíceis”, em que a regra traz ambivalência, com a continuação de um romance, no qual o juiz assume a escrita do ponto no qual o autor parou. Desse modo, ele não pode elaborar a história a seu modo, deve ser fiel ao texto já escrito. Há ainda, o papel dos críticos e a escola literária ao qual o autor originário pertence, o julgador deve ser fiel ao “nexo de continuidade que possibilita o entendimento”⁶⁵⁸.

À escolha administrativa também se aplicam as lições apresentadas, pois o Administrador deverá tomar sua decisão, via ato administrativo, considerando não apenas a lei, mas o conjunto jurídico como um todo e o caso concreto, a mazela que pretende atacar por via do ato, buscando a satisfação do interesse público com um resultado favorável.

A comparação da aplicação do Direito com a literatura feita por Dworkin, torna a atuação interpretativa do juiz não autônoma, nem vinculada exclusivamente à lei, mas com o conjunto de elementos constituintes da obra jurídica. A aplicação do Direito deve ser fiel ao todo do qual a lei é uma parte: “a interpretação deve manter a identidade da obra de arte, não a transformando em algo diferente, isto remete à sensibilidade do intérprete em relação à coerência e unidade da obra de arte, ou seja, a uma teoria estética”⁶⁵⁹.

A atividade judicial quando considera o conjunto de convicções que formam o Direito, os seus princípios e o conjunto das construções políticas, não cria o Direito, mas o expressa em um caso difícil. O juiz dá continuidade ao conjunto de instituições que formam o Direito, ajustando-se as linhas gerais do texto⁶⁶⁰.

Não apenas ao juiz é dirigida esta assertiva, mas ao administrador público identicamente, pois cabe a ele “dar vida” à norma jurídica, contemplando suas finalidades,

⁶⁵⁷ TORRENS, Haradja. **Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 87.

⁶⁵⁸ TORRENS, Haradja. **Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 36.

⁶⁵⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 174.

⁶⁶⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 176.

sem, contudo, escapar dos limites por ela traçados, sob pena de cometer ato arbitrário. A norma jurídica, em sede de princípio da legalidade, deve ser vista não estritamente ligada à lei, mas ao Direito, ao ordenamento jurídico como um todo.

Dworkin elabora uma teoria da interpretação integrativa. O Direito, para ele, deve ser compreendido como um todo composto por regras e por princípios, devendo possuir uma justificação moral. Os princípios trazem, para realização do Direito, a moral política da comunidade que o formulou. Dessa forma sempre existe uma resposta correta, não havendo espaço para discricionariedade.

Para desempenhar desta maneira a aplicação do Direito, superando sua complexidade, Dworkin cria a figura do “Juiz Hércules”, capaz de desenvolver este processo de interpretação, levando em conta os princípios e considerando a moral sedimentada no seio da comunidade, encontrando a resposta correta.

O Direito como integridade pede aos juízes que assumam este ideal protestante de que o direito é estruturado sobre um coerente conjunto de princípios relativos à justiça, à equidade, obrigando o seu cumprimento. Estes princípios serão buscados na prática jurídica no conjunto de decisões políticas coletivas que os juízes interpretam para que, eles próprios, cheguem a uma decisão que, ao mesmo tempo, se ajuste e justifique tais práticas. No contexto da história política da sociedade, a decisão do juiz será um capítulo complementar que, naquele momento, a torna a melhor história possível; melhor no sentido do ponto de vista da moralidade política⁶⁶¹.

Dworkin apresenta uma série de argumentos contra a discricionariedade. Dentre eles a sua insustentabilidade num Estado Democrático, pois segundo este autor, ela permite que o juiz assuma o lugar do legislador. Assim “o exercício de poderes legislativos por parte dos juízes e funcionários designados por vias diferentes da eleição popular, desvirtua o princípio democrático e significa uma ocupação do âmbito de competência de outros poderes públicos”⁶⁶².

Não é adequado que os juízes fundamentem sua decisão de maneira livre nos casos difíceis: é necessário que fundem suas decisões em argumentos decorrentes de princípios. Suas razões não devem ser de conveniência pessoal, senão de consistência jurídica e moral⁶⁶³. Na análise de Dworkin, o Direito é um sistema de regras e princípios: os princípios trazem

⁶⁶¹ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 174.

⁶⁶² RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000. p. 76.

⁶⁶³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 78.

com eles um conjunto amplo de ideais políticos que a sociedade deseja alcançar, estando fundado na moral pública:

Dentro do modelo de princípios, o juiz está comprometido com o ideal político da integridade. Seu dever fundamental é estabelecer que decisão está ordenada pela aplicação consistente das regras, os princípios e as decisões judiciais existentes na prática jurídica de sua comunidade. Quando das alternativas de solução encaixem em igual grau nesta prática, deve escolher a que está mais bem justificadas a luz das convicções morais e políticas subjacentes às normas e instituições da comunidade⁶⁶⁴.

Dworkin critica a interpretação proposta por Hart, em virtude de que, além das regras, o Direito é composto por princípios. Dessa forma inaugura o debate acerca da fundamentação moral do Direito e de como se dá a interpretação jurídica. Para Dworkin, os princípios funcionam de maneira diferente das regras, ditam resultados menos precisos que estas, são igualmente obrigatórios e por isso devem ser levados em conta por qualquer juiz ou intérprete nos casos pertinentes. Por esta razão, um dos pilares positivistas é falso: os juízes nos casos difíceis, não têm discricionariedade para criar Direito; pelo contrário, devem aplicar os princípios vigentes no sistema jurídico.

Finalmente, a tese positivista das lacunas fica sem sustento: ainda que não existam regras aplicáveis ao caso concreto, sempre existirão princípios que o sejam e, em consequência, uma das partes em um litígio terá Direito de fazer o juiz reconhecer em sua sentença que esses princípios lhe dão razão⁶⁶⁵.

Hart rebate as críticas e afirma que os princípios não podem trazer uma resposta correta, fazendo dura crítica aos teóricos americanos defensores de tal possibilidade, criticando também os realistas que expandem excessivamente a discricionariedade. Na réplica que Hart faz a Dworkin, sustenta que a discricionariedade judicial não se expande a ponto do juiz assumir a função de legislador. A função de legislar possui uma liberdade irrestrita, o poder de criação se dá apenas nos interstícios da lei, por meio de um raciocínio consciencioso sem arbitrariedade⁶⁶⁶.

Não é descartada a possibilidade de, no âmbito do seu poder discricionário, o juiz pautar sua decisão com base nos princípios, contudo isto não é compulsório. Fundamentar sua

⁶⁶⁴ RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000. p. 80.

⁶⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 196.

⁶⁶⁶ HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 336.

decisão tendo por base os princípios é uma opção do juiz⁶⁶⁷. Hart não admite a tese da utilização dos princípios como forma de se chegar, em todos os casos, a uma decisão correta,

Mas embora este processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apóiam analogias concorrentes, e um juiz terá freqüentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado⁶⁶⁸.

A aplicação dos princípios é considerada por muitos como um momento propício para a discricionariedade, a qual estaria presente na aplicação de todas as regras, mas se daria de maneira mais forte na aplicação dos princípios devido ao seu caráter genérico, pleno de conteúdos a serem preenchidos. Alexy e Habermas, na tentativa de negá-la, criam uma série de métodos que acabam por dificultar a realização do Direito, à medida em que a utilização de métodos dá um caráter limitado a esta atividade, o que é – pode-se dizer – atacado pela Hermenêutica filosófica.

O fato de os textos legais, como toda linguagem, não estarem presos à vontade de quem os emitiu, nem portarem uma essência a ser revelada, ou ainda a chamada “abertura dos textos normativos do Direito”, são características inerentes à linguagem, a qual se liberta do seu emissário e não está atrelada a um objeto. Esta característica no Direito permite a ele permanecer a serviço da realidade, contudo ela não significa subversão ao texto, na forma de uma desvinculação total com o seu sentido de base, dado pela tradição.

A hermenêutica filosófica como proposta capaz de descrever o processo de aplicação do Direito, não pode ser compreendida como uma autorização do decisionismo, por isso nega a discricionariedade. Nesta linha esclarece Lênio Luiz Streck:

A afirmação de que ‘o intérprete sempre atribui sentido (sinngabung) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentido de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a

⁶⁶⁷ HART, Herbet. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 337-338.

⁶⁶⁸ HART, Herbet. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 338.

intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação seja uma tradução arbitrária⁶⁶⁹.

A diferença ontológica entre texto e norma, numa relação de independência entre os dois, não significa de modo algum, a liberdade do intérprete em pôr no texto o sentido que lhe convém. A diferença ontológica não significa que a interpretação seja um ato de vontade.

Tão perigoso quanto as construções normativistas que apostavam na completude da regra, é entender a vontade do intérprete como determinante da aplicação jurídica, deixando o Direito refém dos elementos que constroem a subjetividade do juiz, afinal “a vontade e o conhecimento do intérprete não podem levar a possibilidade de que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como bem diz Gadamer, “se queres dizer algo sobre o texto, deixe que o texto te diga algo”⁶⁷⁰.

Com relação ao tema da discricionariedade judicial, tomando-se por referência uma aplicação do texto constitucional com base na hermenêutica filosófica, nega-se a sua existência, tendo-se ainda que a realização dos princípios não propicia a desvinculação do intérprete em relação ao Direito no conjunto, pois se aplica o Direito e não o texto⁶⁷¹. Para tanto se pode afirmar para cada caso existe apenas uma solução condizente com a Constituição, como bem assinala Streck:

Assim, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada - espécie de resposta hermeneuticamente correta - a partir do exame de cada caso. Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada a cada problema jurídico. Hermenêutica é aplicação. Portanto, aquilo que se denomina de ‘colisão de princípios’, por exemplo, só pode ser solucionado em face de um dado caso concreto. Princípios não colidem abstratamente. Princípios não colidem no ar. Não há respostas a priori, ex-surjam de procedimentos (método, meta-critérios ou fórmulas de resolução de conflitos). Como não interpretamos por partes - porque não compreendemos por etapas - o problema hermenêutico é filosófico e não um problema procedimental. Não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe a norma (o sentido). Ou seja, como o ato de interpretar - que é sempre compreensivo - é unitário, o texto não está - e não nos parece desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade

⁶⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, hermenêutica e sistemas**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Unisinos 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 167.

⁶⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos, ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós- Graduação em Direito – Unisinos 2003**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 260.

⁶⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico. Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um simples resultado manipulável pelo intérprete. Mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas forma pela qual o subjetivismo procurou controlar o ‘processo’ de interpretação. Daí a importância dada ao método, supremo momento da subjetividade assujeitadora. Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer ‘regra epistemológica’ ou método que fundamente esse sentido. A compreensão de algo como algo simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico e não epistemológico⁶⁷².

Afirmar a discricionariedade é recair no pensamento positivista, o qual via o Direito tendo a regra como centro e fundamento. Quando da insuficiência desta, ter-se-ia aí apenas um ato de vontade do aplicador. Contra esta perspectiva, a única saída é uma outra compreensão do Direito, não orientado apenas pela regra, mas também pelos princípios, os quais se aplicam orientados pelo conjunto de pressupostos dados pela tradição, não sendo eles espaço para qualquer nominalismo ou decisionismo. É sabido que, como aponta Menelick Carvalho Neto, “a sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto é fundamental”⁶⁷³, contudo a aplicação do Direito não pode depender exclusivamente dela, pois no caso de falta desta sensibilidade, o prejuízo à sociedade seria muito grande. Assim, o reconhecimento do círculo hermenêutico orientado pela tradição impede que o Direito dependa exclusivamente da sensibilidade do julgador.

Tratando de Constituição e de Constitucionalismo, Ferrajoli distingue o constitucionalismo como sistema jurídico e como teoria do direito, compreendendo-os com traços comuns. E isso se dá para que Ferrajoli, logo em seguida, aborde sua concepção “jus-positivista” do constitucionalismo⁶⁷⁴, preferindo uma “revisão terminológica” para esclarecer que pretende uma análise substancial e não meramente formal:

⁶⁷² STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, hermenêutica e sistemas**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Unisinos 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 175.

⁶⁷³ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 143, p. 204, jul./set. 1999.

⁶⁷⁴ Ferrajoli contrapõe o jus-constitucionalismo, ou constitucionalismo garantista, com o neo-constitucionalismo, o qual compreende como principalista, ou não positivista, ou argumentativo. O termo neo-constitucionalismo é compreendido por Sanchís como uma “rematerialización constitucional”, ou seja, “representa una premisa insoslayable para el desarrollo de la dimensión sustancial de la democracia que promueve el garantismo y que consiste básicamente en someter el juicio de validez de las leyes no sólo a criterios formales o relativos al órgano competente y al procedimiento (quién legisla y cómo lo hace), sino también a los criterios sustantivos o de contenido que proporcionan los derechos constitucionales, tanto los civiles y políticos como los sociales”. (SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 105). Comanducci, por sua vez, faz questão de, logo no início de seu texto, sublinhar os significados dos termos “constitucionalismo” e “neo-constitucionalismo”: “Designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supra-ordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos⁶⁷⁵.

Suas palavras evidenciam a preocupação do autor italiano quanto ao conteúdo das normas constantes no sistema jurídico. Ao mesmo tempo em utiliza o sistema kelseniano de justificação interna das normas a fim de fundamentar seu positivismo normativo, critica-o no que diz respeito ao seu distanciamento/despreocupação quanto ao conteúdo do Direito posto.

Na sua *conversación* com Juan Ruiz Manero, Ferrajoli deixa bastante claro que sua formação jurídica inclui os ensinamentos de Bobbio e de Kelsen ao abordar o Direito como algo formal:

[...] como una teoría, precisamente, que se limita (y debe limitarse) a definir conceptos, a identificar las relaciones sintácticas que se dan entre ellos y a analizar las estructuras formales de los ordenamientos, sin decirnos nada de sus concretos contenidos normativos (objeto de las disciplinas jurídicas positivas), ni sobre su justicia o injusticia (objeto de la crítica política y de la filosofía de la justicia), ni acerca de cómo operan de hecho (objeto de la sociología del Derecho)⁶⁷⁶.

Objetiva, Ferrajoli, para construir sua teoria constitucional (chamada por ele mesmo de “jus-constitucionalismo” ou “constitucionalismo garantista”) aliar forma e substância para reforçar o positivismo jurídico e a democracia, por meio de um alargamento dos direitos fundamentais previstos na Constituição: “representa, portanto, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não

acepción, designan, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción <constitucionalismo> y <neoconstitucionalismo> designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 75.

⁶⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

⁶⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: una conversación. Madrid: Trotta, 2012. p. 17.

apenas o ‘ser’, mas também o ‘dever ser’ do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade”⁶⁷⁷.

De um lado, Ferrajoli coloca a ideia do “constitucionalismo principialista e/ou não positivista”, argumentativo, e de outro, o seu constitucionalismo garantista, jus-positivista. Seu intuito é construir sua teoria não mais apenas edificada no sistema jurídico-constitucional, mas acima de tudo que permita a concretização desse constitucionalismo jurídico sem que ocorra a quebra dos limites (Separação dos Poderes) impostos pelo constitucionalismo político.

Sua concepção acerca dos princípios difere das de Dworkin, Alexy, Atienza e Zagrebelsky, pois acredita ser o constitucionalismo principialista (neo-constitucionalismo) suscetível de forte argumentação na própria concepção de Direito, pois a ponderação ou balanceamento exigem do operador uma linguagem mais retórica e de convencimento, o que acabaria por reforçar o jus-naturalismo e a Escola da Jurisprudência dos Conceitos e do próprio Realismo Jurídico:

Este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela conseqüente concepção de direito ‘como uma prática jurídica’, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. Sob este último aspecto, pode-se registrar uma singular convergência do constitucionalismo principialista ou argumentativo com o realismo e com aquilo que podemos chamar neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direito nos confrontos dos operadores jurídicos: o direito, segundo todas estas três orientações, é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais – e, de maneira mais ampla, os operadores jurídicos – consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas.⁶⁷⁸

Parece que o centro da teoria de Ferrajoli reside na concretização dos direitos fundamentais constitucionais, notadamente porque tais direitos fundamentais, uma vez previstos no texto constitucional, conduzem o teórico do Direito a rever seu posicionamento jus-positivista acerca da formalidade, pois estes direitos fundamentais vinculam a nível formal e também a nível material, substancial.

⁶⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

⁶⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

O primeiro jus-positivismo, aquele do Estado Legislativo de Direito, equivale à positivação do ‘ser’ legal do direito, que permite a democratização das suas formas de produção, condicionando-lhe a validade formal... O segundo jus-positivismo, aquele do Estado Constitucional de Direito, equivale à positivação do ‘dever ser’ constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais... Graças ao primeiro positivismo jurídico, foi confiado o ‘quem’ e o ‘como’ da produção normativa... Graças ao segundo, foi vinculado o ‘quê’ das normas produzidas à garantia dos seus interesses e necessidades vitais...⁶⁷⁹

A partir desta ideia fundamental, Ferrajoli irá conceber a sua teoria constitucional garantista três significados: como modelo, como teoria e como filosofia. Caracteriza-se como *modelo* “pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa; como *teoria do direito*, perquire acerca de sua legitimidade, ou seja, “admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre a sua formação e, todavia, inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção”; e como *filosofia e teoria política*, “consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia substancial, além de formal...”⁶⁸⁰.

Percebe-se claramente que, nesse contexto, a preocupação de Ferrajoli é no sentido de passar a conceber o constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra (rígido) como sendo um sistema jurídico que, mantendo o *quem* e o *como*, ocupa-se também e principalmente com o *quê*, isto é, trata da substância, do conteúdo do Direito.

Essa concepção fica ainda mais evidente ao lembrar, em Ferrajoli, com seu significado filosófico (como filosofia e teoria política) do constitucionalismo garantista/jus-positivista, que *sua* democracia se fundamenta como sistema jurídico e político sobre quatro dimensões,

⁶⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23. A respeito dessa “nova” vinculação conteudística, Ferrajoli afirma não mais ser sustentável a concepção meramente formal do Direito, pois há indiscutivelmente vínculos substanciais introduzidos pelas Constituições rígidas: “la tesis teórico-jurídica y la tesis teórico-política vinculada a ella del carácter únicamente formal de la validez de las normas y de la democracia, así como la consiguiente tesis metateórica de la avaloratividad de la ciencia jurídica, son indiscutibles si se refieren al viejo Estado legislativo de Derecho, en el que la ley es la fuente suprema del ordenamiento, la voluntad del legislador es omnipotente, la validez de las leyes depende solo de su forma, es decir, del <quién> y del <cómo> de su producción, la democracia se genera por la democratización de tales formas por medio de las reglas del sufragio universal y del principio de mayoría y la ciencia jurídica es – y debe ser – puramente reconocitiva del sentido de las normas, válidas simplemente porque son producidas con tales formas y por eso existentes de hecho”. FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: una conversación. Madrid: Trotta, 2012. p. 28.

⁶⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24-25.

ou melhor, sobre quatro conquistas historicamente determinadas a saber: os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais⁶⁸¹.

Há, portanto, vínculos substanciais e não apenas procedimentais introduzidos pelas Constituições do Segundo Pós-Guerra, exigindo coerência das leis com o todo do sistema constitucional, notadamente a partir da previsão de procedimentos especiais de revisão e de controle de constitucionalidade, de condições de validade das leis, a natureza da democracia e o papel da ciência jurídica⁶⁸².

Com esse intento, a teoria jus-constitucionalista de Ferrajoli apresenta importante preocupação e conexão com os direitos humanos que, constitucionalizados, passam a configurar os denominados e conhecidos *direitos fundamentais*. Nesse sentido, busca discutir os mecanismos de construção do sistema jurídico, direcionando forças na busca da efetividade desses direitos, o que também é papel da Administração Pública, eis que obrigada está a concretizar os direitos fundamentais constitucionais via implantação de políticas públicas eficazes.

Ferrajoli deixa claro de que a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais traz, inexoravelmente, a dimensão substancial da democracia: na Constituição encontram-se mais do que normas de organização dos Poderes a gizar “quem” e “como” decidir no cenário político, mas normas substantivas, direitos e garantias fundamentais, a acenar para o que se pode e o que não se pode decidir nem mesmo por maioria, e o que se deve e não se deve decidir ainda que contra a vontade desta mesma maioria⁶⁸³.

A relação entre o direito e política se inverte na visão de Ferrajoli: é a política o instrumental para a garantia dos direitos fundamentais e dos princípios postos pela Constituição, subordinada, portanto, a vínculos negativos, como os direitos à liberdade que não pode ser violada, e positivos, os direitos sociais, que também exigem concretização.

Analisando-se do Estado de Democrático e o Estado de Direito, ao jurista é possível sistematizar as bases conceituais e metodológicas do chamado “garantismo jurídico”, destacando a existência de três acepções do termo:

[...] numa primeira, designa um modelo normativo de Direito, próprio do Estado de Direito... Esse modelo permite ao estudioso analisar um

⁶⁸¹ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

⁶⁸² FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: una conversación. Madrid: Trotta, 2012. p. 28.

⁶⁸³ TEIXEIRA, Liliam Cristina de Souza. O papel do juiz no estado democrático de direito – por uma perspectiva garantista no julgamento do caso da interrupção da gestação do concepto anencefálico submetido à jurisdição constitucional. **Revista de Direito Público**, Londrina, p. 13, 2002.

determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais... grau de efetividade da norma constitucional. ...em sua segunda acepção, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas... A abordagem teórica neste caso permite estabelecer uma diferença entre ser e dever ser no Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas)...o ‘garantismo’ designa também uma *filosofia do direito e crítica da política*, condensando-se numa filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência.⁶⁸⁴

Nas palavras do próprio Ferrajoli:

Estes três significados de ‘garantismo’... têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, se explicado. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes⁶⁸⁵.

Propondo uma releitura do conceito de democracia no âmbito do Estado de Direito, Ferrajoli harmoniza a democracia procedimental ou formal, respaldada no princípio da maioria, com a democracia substancial, que giza pelo respeito aos direitos fundamentais, inclusive àqueles atinentes às minorias marginalizadas. Neste sentido, o Estado de Direito equivaleria à democracia, tutelando, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos.

Para o modelo garantista de Ferrajoli, nem mesmo as lacunas jurídicas, violação do ordenamento por meio de ato omissivo do Poder Legislativo, que aflige principalmente o Estado de Direito Social com seus direitos fundamentais positivos a serem efetivados, justificam a passividade do julgador⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 76-77 e 155.

⁶⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 788.

⁶⁸⁶ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 164-166.

[...] concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais... Nesse sentido, é possível dizer que o garantismo proposto por Ferajoli se aproxima desse contexto, pelo valor que estabelece à Constituição, entendida em seu todo principiológico...⁶⁸⁷

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no Segundo Pós-Guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais, surgindo o Judiciário como uma alternativa para os resgates da promessa da modernidade, adotando uma postura “intervencionista substancialista”⁶⁸⁸, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, com o deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais⁶⁸⁹.

Claro que o Estado, por seu Poder/Função Executivo detém a maior responsabilidade pela concretização dos direitos fundamentais constitucionais, como dito ao longo do texto. Porém, isso não significa que se estaria defendendo a separação absoluta dos poderes/funções, como preconizava Montesquieu, mas, ao contrário, lembrando a determinação constitucional da “harmonia” entre os três e a consequente assunção de um deles – o Judiciário – quando omissos os outros – em especial, o Executivo.

Por óbvio que se mostra necessário o estabelecimento de mecanismos de controle, para que os juízes não se transformem em burocratas distantes e não sejam aceitas as decisões incongruentes com a ordem constitucional estabelecida, permitindo-se a atuação judiciária ser democrática e sensível às aspirações sociais⁶⁹⁰.

Nesta senda, considerando as possibilidades de desvios de função em eventuais excessos por parte dos julgadores – os quais passariam a desvirtuar o sentido democrático das instituições, vindo a ocupar a tarefa legislativa e até mesmo executiva – Cappelletti aponta uma saída muito lúcida:

⁶⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 180.

⁶⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 185.

⁶⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.

⁶⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 100-101.

Certamente, também os juízes podem se transformar em burocratas distantes e isolados do seu tempo e da sociedade, mas quando isto ocorre, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de controles recíprocos. Em particular, a norma inaceitável, judicialmente criada, pode ser corrigida ou ab-rogada mediante um ato legislativo e, no limite, até por meio de uma revisão constitucional. De outra face, exatamente na natureza do processo judicial é que os juízes podem encontrar o antídoto mais formidável contra o perigo de perderem contato com a comunidade. Também quando chamados a decidir disputas de amplo significado político-social – como ocorre amiúde, especialmente no campo da justiça constitucional e nos litígios envolvendo categorias de pessoas e interesses públicos – a sua função, enquanto não degenera, permanece sempre a de decidir *cases and controversies*, portanto controvérsias não abstratas mas que lhes são levadas por membros interessados da comunidade, ou por alguns destes. Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função judicial não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes⁶⁹¹.

A reflexão apresentada por Cappelletti parece muito pertinente, pois uma democracia sólida depende do funcionamento satisfatório de todas as instituições, as quais funcionam evocando a complementariedade, na qual sua harmonia se dá por mútua fiscalização. Tudo isso resguardando os critérios técnicos impessoais que caracterizam a República.

Não é à toa que Ferrajoli chega a afirmar que “Estado de Direito” e “garantismo” são termos sinônimos, pois ambos significam limites de legalidade em sentido lato (validade formal) e em sentido estrito (validade substancial):

Designa, por esse motivo, não simplesmente um ‘Estado legal’ ou ‘regulado pelas leis’, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas... b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes... Graças a estas duas fontes, não existem, no Estado de Direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados poder deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício...⁶⁹²

Cada frase deixada por Ferrajoli deixa ainda mais clara a extensão de sua teoria garantista, como por exemplo quando afirma que “a declaração constitucional dos direitos dos

⁶⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 100-102.

⁶⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 790.

cidadãos equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado”, ou também “enquanto o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las”.⁶⁹³

Pois bem: por detrás de cada regra jurídica há um princípio que a fundamenta, não passando a diferença entre regra e princípio de um jogo de linguagem. O princípio justifica a regra. E a explicação de Ferrajoli é esclarecedora:

[...] <está prohibido matar> y <todos tienen derecho a la vida>, <está prohibido fumar> y <todos tienen derecho a no sufrir el humo de los demás> son parejas de fórmulas equivalentes entre si. Pero es claro que la segunda, aun diciendo lo mismo que la primera, expresa de manera más explícita el principio que está detrás. Y esta es una razón suficiente para explicar históricamente y para justificar políticamente la formulación de las normas constitucionales en forma de principios antes que de reglas⁶⁹⁴.

Por isso a ácida afirmação, por Ferrajoli, de que “as normas, sejam elas regras ou princípios, são sempre as mesmas e, portanto, têm sempre o mesmo peso. Aqueles que mudam, que são toda vez irrepetivelmente diferentes e, por isso, devem ser pesados, são os fatos e as situações concretas cujas normas devem ser aplicadas”⁶⁹⁵, ou seja, se há algo a ponderar, este algo são os fatos – e não as normas jurídicas!

Os princípios revelam a percepção do Direito como um conjunto normativo coeso, anterior e superior à regra. Assim, os princípios não são referências vazias, mas expressam conteúdos políticos transcendentais à lei e se pautam pelo conjunto normativo dado pela tradição. Consolida-se o Direito como produto da trajetória cultural. Assim, a sua fundamentação e conteúdo devem ser buscados, não em uma comunidade ideal de fala (como propõe Habermas), mas na comunidade real, levando em conta a sua construção histórica.

Desta forma, os princípios não podem/devem ser vistos como algo vazio a ser preenchido de diversas maneiras, conforme varia o intérprete, ou o método usado, mas sim como um elemento com conteúdo dado pela tradição, presente em todos os elementos da nossa cultura, especialmente os determinados constitucionalmente.

Os princípios são importantes na compreensão, interpretação e aplicação do Direito, pois eles trazem a normatividade para além da regra. Desta forma, dão uma importante contribuição para a superação do Positivismo, ou paleo-jus-positivismo de que trata Ferrajoli.

⁶⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 795.

⁶⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: una conversación. Madrid: Trotta, 2012. p. 57.

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 50.

A tarefa hermenêutica de sua aplicação revela a importância da manutenção da coesão (integração) do Direito, a qual não se resume na aplicação de uma regra ou de um princípio, de forma estanque.

A hermenêutica jurídica se além à realização do Direito, não de regras jurídicas isoladas⁶⁹⁶. Nesta tarefa o reconhecimento da normatividade dos princípios tem uma importante função na realização Direito, aqui entendido como um conjunto normativo não reduzido aos códigos, dada a dimensão integrativa que eles possuem, tendo-os como forma de combater a idolatria da norma proposta pelo Positivismo.

4.3 A Atuação Administrativa e a Nova Juridicidade

Da forma como exposto até aqui, percebe-se que o enfoque acerca da atuação administrativa possui conotação distinta daquela proposta pelo Positivismo Jurídico, qual seja, a da imprescindível necessidade de se superar a concepção meramente formal do atuar administrativo e a adição da substancialidade, da materialidade, da conteudística em cada ação administrativa.

E isso será possível quando se “levar a sério o texto constitucional”, quando o Administrador Público perceber que sua função, que a principal função da Administração Pública é a de concretizar os direitos fundamentais constitucionais, por meio de ações eficientes e eficazes capazes de melhorar a vida de todos.

Não que as formalidade legais devam ser esquecidas, repelidas: não! As formalidades não mais podem ser um fim si mesmas, devendo ser avaliadas como um meio de permitir a qualquer um o controle da atuação administrativa. Porém, a obediência às formalidades jurídicas deve ser apenas o *iter* a ser observado pela Administração, já que há algo maior e mais amplo a ser atingido, a finalidade do ato.

Expõe-se, assim, a total conexão dos atos da Administração Pública para com a “efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito”⁶⁹⁷, ou melhor, a partir da evolução que o Estado, o Direito e a Sociedade passaram nos últimos Séculos, tem-se que seus papéis alteraram-se profundamente, até porque imprescindível uma, diga-se, *reestruturação*, já que as realidades sociais transformam-se a cada dia, merecendo o povo, os

⁶⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 152.

⁶⁹⁷ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais, Porto Alegre, n. 3, p. 241, 2005.

administrador, por meio do Estado e do Direito, meios que lhe possibilite um constante melhorar em seu bem estar.

O Estado Democrático de Direito busca, ainda, agregar alguns elementos ao conceito de Estado de Direito, com o objetivo de oportunizar o aprofundamento da questão da igualdade. Assim, se no Estado Social um dos objetivos primordiais é melhorar as condições sociais, quer dizer, desenvolver a procura existencial, no Estado Democrático de Direito há um 'plus' em relação ao papel do ente público, pois deverá desempenhar papel transformador da realidade⁶⁹⁸.

A "constitucionalização da administração pública"⁶⁹⁹ decorre exatamente da submissão do Estado ao Direito, da sujeição da administração pública ao Direito como um todo, ampliando-se a extensão do Princípio da Legalidade ao conceito de Juridicidade, devendo o regime jurídico-administrativo estruturar-se a partir dos elementos de validade formal e substancial previstos no texto constitucional.

As prerrogativas e limites do poder público devem ser direcionados para propiciar o desenvolvimento dos cidadãos nos planos individual, social, econômico e cultural, o que poderá ocorrer quando o Estado, por seu Poder Executivo, por sua Administração Pública, elevar verdadeiramente o princípio da juridicidade em cada ação, percebendo as reais necessidades da população e atuar no sentido de materializar os comandos constitucionais, notadamente, os direitos fundamentais constitucionais, a fim de obter um resultado finalístico ótimo dos atos administrativos.

Para que isso ocorra, já se apontou, o estatuído na Constituição Federal passa a ser o ponto de partida e o ponto de chegada de qualquer agir administrativo (Streck), ainda mais diante da existência de diversos princípios constitucionais que passaram a nortear o atuar administrativo não mais, apenas, na esteira da legalidade formal, restrita à lei, mas em uma legalidade mais ampla, em uma juridicidade substancial que considera o conteúdo do ato e o dirige ao resultado ótimo.

O constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história e opera sobre três premissas fundamentais: 1) a normatividade da Constituição (reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de

⁶⁹⁸ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 289.

⁶⁹⁹ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.): **Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 292.

aplicabilidade imediata e de imperatividade); 2) a superioridade da Constituição e 3) a centralidade da Constituição no sistema jurídico (os demais ramos do Direito devem ser compreendidos, interpretados e aplicados a partir do que dispõe a Constituição)⁷⁰⁰.

As Constituições contemporâneas introduziram de forma explícita em seus textos, elementos normativos diretamente vinculados a lutas e ganhos sociais (direitos fundamentais, dignidade humana etc.) ou a opções políticas (redução das desigualdades sociais, por exemplo). A partir de então, indispensável o desenvolvimento de uma dogmática capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos.

É fácil perceber que se defende uma visão fortemente substancialista da Constituição, o que tenderá a justificar um controle mais rigoroso e abrangente dos atos administrativos para se chegar a afirmar que compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, cabendo-lhe implementar ações e programas para garantir a prestação de serviços e o resultado ótimo aguardado de cada um deles (políticas públicas⁷⁰¹).

Bem apontou Rogério Gesta Leal, que a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais no que diz respeito ao controle, porém, indica que a única inovação, “defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada num enriquecimento contetudístico, de qualidade, do autocontrole, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa”, não apenas aqueles expressamente previstos, como no *caput* do artigo 37, mas “tudo vinculado à persecução da boa-fé e confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico”⁷⁰².

Justamente neste ponto encaixam-se as características do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição, expostas por Canotilho e Vital Moreira, que vem ao encontro do que se está advogando:

- a) Constitucionalidade: vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- b) Organização democrática da sociedade;
- c) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos...;
- d) Justiça social...;
- e) Igualdade...;
- f) Divisão de poderes ou funções;
- g)

⁷⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 84, 1991.

⁷⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 90, 1991.

⁷⁰² LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais, Porto Alegre, n. 3, p. 243, 2005.

Legalidade que aparece como medida do Direito...; g) Segurança e certezas jurídicas⁷⁰³.

A relação que há entre os vários elementos expostos até aqui é a seguinte:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos⁷⁰⁴.

Não significa que não haja espaço autônomo de atuação administrativa – leia-se, discricionariedade – acerca da definição das políticas públicas, a serem realizadas por meio de atos administrativos. No entanto, a deliberação estatal não estará livre de condicionantes jurídico-constitucionais. Significa que a Administração está atrelada à noção de juridicidade, que suplanta a de conformidade dos atos com as regras jurídicas e exige que a produção desses atos observe os comandos normativos – regras e princípios – previstos no sistema jurídico como um todo⁷⁰⁵.

Esta moderna compreensão da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente, com o consequente adensamento do princípio da legalidade pelo da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade e conduz à re-delimitação do atuar da Administração Pública.

[...] entendendo-se por atividade administrativa discricionária aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade de decisão, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados constantes naquelas normas, mediante um juízo de prognose axiológica; seja para agir mediante a ponderação comparativa crítico-social de interesses envolvidos na objetificação da ação pública; seja quando se procede à valoração e aditamento dos pressupostos de fato necessários à efetivação do comportamento estatal; seja quando se decide quando se vai editá-lo; seja quando se escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente

⁷⁰³ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 290.

⁷⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 91, 1991.

⁷⁰⁵ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais, Porto Alegre, n. 3, p. 251, 2005.

prevista pelo direito. A verdade é que, em todas estas situações, estamos diante, sempre, de possibilidades plurissignificativas de delimitação da fluidez de conceitos e categorias que forjam os próprios termos da lei⁷⁰⁶.

Esta redefinição da atuação administrativa e dos limites da discricionariedade estão ligadas à força normativa da Constituição e do cada vez menor espaço da própria discricionariedade, justamente diante do princípio da juridicidade – eficiência, eficácia e controle finalístico. Não que não haja espaço de atuação política, no entanto, “o conjunto de prerrogativas e limites da Administração há de ser vislumbrado como instância pública de realização concreta dos direitos fundamentais”, servindo estes como “critério de legitimidade dos poderes administrativos”⁷⁰⁷.

Moreira Neto enfatiza que a plena cognição dos fatos que levaram o Administrador a agir é indispensável para se realizar um controle finalístico de juridicidade, fincado na eficiência e eficácia administrativas. Afirma o doutrinador que para se chegar à conclusão acerca do demérito do ato administrativo, mister se conheçam os motivos que levaram o administrador a agir (buscando, com isso, eventual excesso do juízo de oportunidade) e o objeto do ato (para perquirir o que excede do juízo de conveniência)⁷⁰⁸.

O conhecimento dos fatos que fizeram a Administração agir diz respeito à relação entre as formalidades do ato administrativo em si, como também à obtenção do resultado aguardado da prática daquele ato. Por isso Moreira Neto leciona que deve haver uma alteração do polo de controle dos atos administrativos, passando-se do controle da emissão da vontade da Administração ao controle de resultados. Isto posto, não é a discricionariedade em si mesma que está sujeita ao controle, mas o resultado de seu exercício⁷⁰⁹.

É o controle finalístico que se pisa e repisa. Realizando-se percuciente análise dos resultados obtidos com a edição do ato administrativo, far-se-á o controle de demérito do próprio ato, pois o ato administrativo deverá realizar-se no *mundo dos acontecimentos*, não ficando limitada sua existência na sua mera edição documental.

⁷⁰⁶ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais, Porto Alegre, n. 3, p. 251, 2005.

⁷⁰⁷ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 293.

⁷⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 59.

⁷⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 60.

Ana Paula de Barcellos arrisca apontar três parâmetros que serviriam para realizar o controle dos atos administrativos, em especial, os atos que envolvam a concretização de políticas públicas. Para ela, o primeiro parâmetro poderia ser objetivo: exemplifica-o com o disposto nos artigos 212, 198 § 2º, e 195, todos da Constituição Federal. Tais artigos legais dispõem objetivamente acerca do valor que o ente público deve aplicar nos temas a que se referem (educação, saúde, seguridade social).

O segundo parâmetro estaria ligado ao resultado final esperado da atuação estatal, nos moldes já propostos pelo Prof. Moreira Neto, o que envolveria, segundo ela, “um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.

E o terceiro parâmetro envolveria o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas, ou melhor, a definição das próprias metas. Tal definição passaria pela análise político-majoritária, porém, não haveria muita margem de discricionariedade pois a Constituição fixa, de forma vinculante, fins e metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo Poder Público. Há, segundo Barcellos, uma eficiência mínima que as políticas públicas têm de contribuir para a realização das metas estabelecidas na Constituição⁷¹⁰.

As considerações de Ana Paula de Barcellos vão ao encontro da conclusão a que chegou Moreira Neto:

O controle dos limites leva à edição de atos administrativos transparentes, bem travejados, bem motivados, claramente definidos, coerentes, confiáveis, enfim, legais, em substituição aos ‘insindicáveis’, duvidosa, problemática e inquietante categoria de atos administrativos de olência equívoca, quiçá a ranços positivistas, estatizantes ou autoritários, odores que em muito se confundem e que, sob a proteção de tabus doutrinários e da inércia da desinformação científica, prosperam sob o embuço, sinuosamente, semeando a dúvida, a indefinição, a desconfiança sobre a atuação administrativa: numa palavra, a *insegurança*. Com o instrumental da realidade e da razoabilidade, o Judiciário pode corrigir esse quadro... anulando atos administrativos discricionários, fundados na inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto, controlando os limites

⁷¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 94-98, 1991.

objetivos do exercício discricionário... o Judiciário não examina o mérito em si mas no que o exorbita.⁷¹¹

Busca-se a superação daquela concepção de discricionariedade traduzível na impossibilidade de controle institucional e social, não a negação da discricionariedade; busca-se a precisão do atuar discricionário com fincas em “transformar o discurso da juridicidade, superioridade e centralidade das normas constitucionais em geral, e dos direitos fundamentais em particular, em técnica aplicável no cotidiano da interpretação e aplicação do Direito”⁷¹², especialmente no que tange à Administração Pública.

Concretizar os direitos previstos no texto constitucional é o desafio da Administração Pública atual, posto estar vinculada à juridicidade. Como afirma Ohlweiler, é necessária uma reestruturação do regime jurídico-administrativo, “construído a partir das indicações de sentido do constitucionalismo moderno, elementos estes imprescindíveis para lhe atribuir uma compreensão não dogmatista, capaz de considerar a dimensão histórica e social de seu tempo [...]”, permitindo seja obtido concretamente o sentido do Estado Democrático de Direito, “não pela sua cristalização como conjunto de normas abstratas e universalizantes, devendo-se ultrapassar o modo-de-ser exegético [...]”⁷¹³.

Toda essa fundamentação e redefinição do Papel da Administração Pública está focada em um ponto importante: o controle finalístico de eficiência e eficácia administrativa (substancial, material, contudístico, ligado à juridicidade), em detrimento ao controle da emissão da “vontade” da Administração (meramente formal, procedimental, jungido à legalidade). Um *plus*, a bem da verdade, que pressupõe a rigorosa obediência aos procedimentos legais, porém, com fincas na obtenção de um resultado ótimo de atuação.

Ocorreu, sem sombra de dúvidas, um salto qualitativo de superação do formalismo legal – característica do(s) Positivismo(s) Jurídico(s) – a uma perquirição da real função da Administração Pública, qual seja, a de melhorar a qualidade de vida das pessoas, dos administrados, por meio de atuações/políticas públicas seriamente comprometidas com esse desiderato.

⁷¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 61-63.

⁷¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 102, 1991.

⁷¹³ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 296.

O salto qualitativo também ocorreu no que diz respeito a visualizar o “interesse público” não mais como algo subjetivo ou dependente de discursos e argumentos, no mais das vezes, eivados de demagogia e ideologias de todo tipo. O atual “interesse público” está positivado no texto constitucional, nas cláusulas do contrato social vigente – a Constituição Federal de 1988 – que não mais se trata de mera apologia à beleza de um texto, mas a compreensão de que este texto é o mais importante da República e que, de fato, deve ser concretizado.

No entanto, parece que ainda há a necessidade de mais um ganho qualitativo, ou seja, além da superação das formalidades legais em busca da concretização substancial dos direitos fundamentais constitucionais, parece que se está esquecendo de algo, ou melhor, mesmo que se faça um sério controle finalístico nos atos da administração, a fim deles obter o resultado ótimo, eficiente e eficaz, acaso se conclua pela sua ineficácia e demérito, como voltar ao *status quo ante*? Como, na vida real, concreta, “desfazer” um ato administrativo, uma política pública que “deu errado”?

Para se chegar seguramente ao resultado ótimo, obedecendo-se a todas as formalidades legais e, principalmente, a partir de um controle de resultado, controle finalístico, observando-se todas os comandos constitucionais atinentes (legalidade, eficiência, publicidade, razoabilidade etc.), concretizar os direitos fundamentais constitucionais, há de se fazer um planejamento do atuar administrativo de modo que, até mesmo abstratamente/antecipadamente, seja possível antever o resultado da ação.

Eis o “Administrador Hércules”, o Administrador que se ocupa da administração pública em seu fundamento gerencial, de constante busca pela atuação ótima e com a certeza, antes mesmo de por em prática sua política administrativa, de obtenção de resultados eficientes e eficazes.

Além disso, este Administrador que planeja deverá, antecipadamente, dar publicidade ao seu planejamento, o que será possível por meio de instrumentos já existentes no ordenamento jurídico-constitucional: por meio das leis orçamentárias (o plano plurianual – PPA; a lei de diretrizes orçamentárias – LDO; e a lei orçamentária anual – LOA).

Não se trata somente da publicidade em seu sentido formal, qual seja, o de levar ao conhecimento de todos a proposta, o projeto de atuação administrativa: o principal é permitir a todos que, ao conhecer as intenções do Administrador Público, possam participar da formação da decisão administrativa.

5 A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PLANEJADA: UMA QUESTÃO/EXIGÊNCIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Como é difícil planejar⁷¹⁴: se até mesmo planejar um trabalho científico é algo complexo, imagine-se planejar a atuação da administração pública⁷¹⁵, considerando o plexo de obrigações jurídicas, políticas e sociais que recaem sobre ela!

É necessário planejar a compra de combustíveis, de material de expediente, a reforma dos prédios públicos, a construção de novas unidades hospitalares, postos de saúde, escolas, a aquisição de veículos ou suas substituições, os reparos asfálticos, os programas assistenciais, o ordenamento do solo, o trânsito, o recolhimento de animais abandonados, as datas festivas, a contratação de médicos, professores... Todos esses são alguns dos vários exemplos que poderiam ser dados e que necessitam, para se atingir uma atuação ótima, de planejamento.

Porém, ao planejar (ou arte de planejar), vários fatores devem ser considerados e que influenciam direta e/ou indiretamente a tomada das decisões administrativas, lembrando dos limites e obrigações jurídicas, da influência político-partidária, da existência ou não de dinheiro suficiente a permitir a realização do ato, autorização para utilização desse dinheiro (orçamento) enfim, o Administrador Público encontra-se cercado e obrigado a agir da melhor forma, a ser eficiente/eficaz, a obter o resultado ótimo, tudo sob pena de responsabilização (jurídica e política).

⁷¹⁴ Edison de Oliveira Martins Filho realizou resenha bibliográfica da obra “Safári de estratégia”, de Mintzberg, Ashlstrand e Lampel, que será utilizada neste trabalho, nalgumas páginas mais adiante. Logo de início, Martins Filho lembra que a literatura acerca do pensar estrategicamente se deve Sun Tzu, em seu memorável livro intitulado “A arte da guerra”, datado do Século IV a.C. Nele, Sun Tzu “percebia que a guerra, que era de vital importância para o Estado, exigia estudo e análise criteriosos. Seus escritos foram uma tentativa de formular uma base racional de planejamento para a execução de operações militares” (MARTINS FILHO, Edison de Oliveira. Resenha bibliográfica: Safári de estratégia. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 178, 2001). Analisando a obra de Sun Tzu, percebe-se claramente tratar-se de um homem versado na arte militar. Logo no início da obra, cujo capítulo se chama “Da avaliação”, extrai-se que cinco são os principais fatores que diferenciarão a glória e o sucesso da derrota e do fracasso: a atenção à doutrina, ao tempo, ao espaço, ao comando e à disciplina. A partir desse primeiro capítulo, Sun Tzu vai descrevendo, de modo empírico, aquilo que entende ser necessário para lutar e vencer, mas sempre focado na antecipação, na premeditação, nas artimanhas que antecedem a batalha. TZU, Sun. **A arte da guerra**. Tradução: Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: LPM Editores, 2006.

⁷¹⁵ “No uso comum, administração pública é uma expressão genérica que indica todo o conjunto de atividades envolvidas no estabelecimento e na implementação de políticas públicas. É percebida pela maioria dos acadêmicos, se não pela maior parte dos praticantes, como a parte da política que se concentra na burocracia e em suas relações com os ramos executivo, legislativo e judiciário do governo”. Quanto mais exitosa for a atuação da Administração Pública na condução e realização de serviços públicos, mais sucesso a nação terá. Portanto, “se o gerenciamento público for executado de maneira efetiva e eficiente, haverá maior progresso na busca das metas básicas a que aspiram os principais programas e políticas públicas”. GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zaharr, 1994. p. 19 e 21.

É por isso que não mais se concebe a simples inexistência de ato administrativo discricionário. Pelo contrário, a discricionariedade faz parte da humanidade, não sendo impossível o uso de tal faculdade. Entretanto, o ato administrativo – mesmo o discricionário – deve obedecer a certos critérios de ordem formal (apresentando claramente seus elementos constituintes – competência, finalidade, forma, motivo/motivação e objeto) para se chegar à perfeita consecução daquilo a que o ato se propõe (o critério de ordem material, substancial, conteudístico).

Para a emissão do ato administrativo não se deve limitar à análise da emissão da vontade da Administração, realizando um controle de legalidade meramente formal. Deve-se, pois, verificar se aquilo que o administrador se propôs – pelo e com o ato administrativo – foi efetivamente atingido, ou seja, dever-se-á perquirir a finalidade do ato administrativo escolhido pelo administrador e sua concretização.

Analisando-se o demérito do ato, sua irrazoabilidade ou desproporcionalidade, é que se poderá realizar o controle do ato discricionário, sem limitar a indagação à emissão da vontade da administração. Necessita-se analisar o resultado do ato administrativo de forma dinâmica, ou seja, verificar, na prática e no “mundo dos acontecimentos”, se o atuar da Administração que emitiu o ato foi balizado pelo Direito e atingiu a finalidade identicamente prevista em Direito.

A eficiência do atuar administrativo somente será observada na contextualização da obra ou do serviço público, não bastando a análise formalista do ato, que é identicamente imprescindível, porém deve-se dar maior importância ao resultado obtido por este ato: se a proposta da Administração prevista nos aspectos formais do ato administrativo foram atingidos de modo efetivo e eficaz com sua realização material.

A Constituição Federal permite ao Administrador Público balizar-se à emissão dos atos administrativos, realizando análise do demérito deste ato para se concluir acerca de sua legalidade ou não, ou melhor, de sua juridicidade. A atuação administrativa deve, acima de tudo, realizar as promessas contidas na Constituição, concretizar o texto constitucional, concretizar os direitos fundamentais constitucionais.

O princípio da legalidade, fruto do liberalismo e do Estado Liberal, verdadeiro ganho constitucional da humanidade, deve ser apreciado sob novo enfoque no atual Estado Democrático de Direito: de uma legalidade formal, deve-se adentrar a uma legalidade substancial, a legitimidade, de modo que os atos da Administração sejam realizados observando-se as formalidades, porém, com a consecução dos objetivos mores da

Administração que são o agir ótimo, o resultado ótimo, a boa administração, a concretização de direitos fundamentais, como dito.

É diante desse quadro que as várias linhas dos capítulos precedentes indicam um caminho a ser seguido: sabe-se, de antemão, o que o Direito exige da Administração Pública, até porque a noção de “interesse público” não mais pode ser vista como subjetiva, metafisicamente. Pelo contrário, diante do “interesse público” previsto constitucionalmente, concretizar os mandamentos constitucionais é atingir o interesse público. Então, pode-se questionar quais os motivos que levam o Administrador Público a não realizar tais misteres? Por que o Administrador Público, ao agir, nalgumas oportunidades gasta (mal) o dinheiro público e o resultado de sua ação não se mostra suficiente/eficiente? Por que algumas políticas públicas são feitas afoitamente e acabam por prejudicar a Administração e o próprio destinatário de tal política? Tem-se como evitar ou, pelo menos, tentar evitar a implantação de políticas públicas fadadas, *ab initio*, à derrocada? É possível munir o Administrador Público de alguma(s) ferramenta(s) apta(s) a evitar perda de esforços, tempo e dinheiro público, de modo a se precaver de eventual e futura derrota na atuação administrativa? É possível antever o que realmente é necessário fazer e, após, fazer o que deve ser feito com eficiência e eficácia?

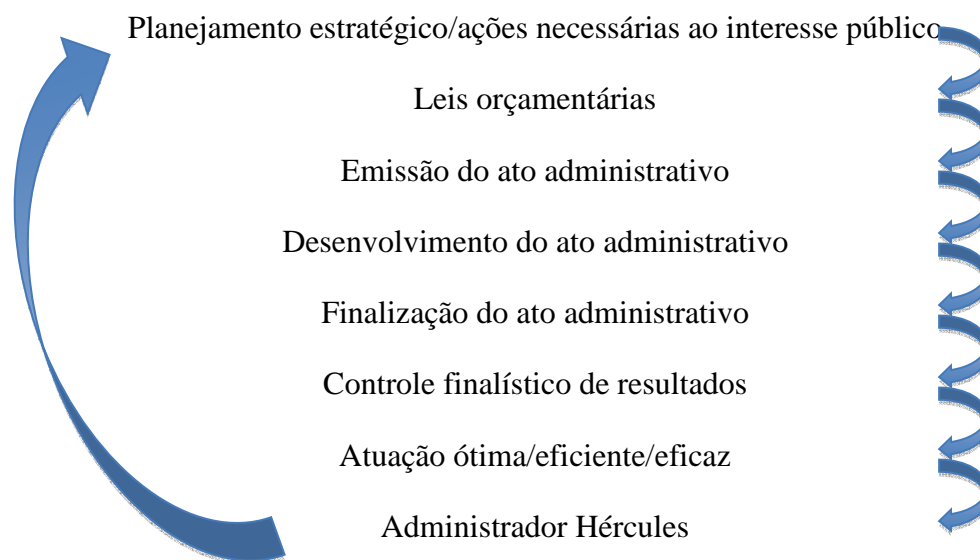
Crê-se que a falta de planejamento estratégico seja o maior mal da Administração Pública contemporânea, fato este perceptível quando se analisa a tomada de decisões administrativas desconectadas da necessidade e da realidade. Não é à toa que Max Weber mencionou a ausência de consequências ao Administrador que não planeja, ao contrário do que ocorreria no caso de uma empresa privada deixar de planejar: o fim da sua existência.

Superior ao conhecimento especial da burocracia é apenas o conhecimento especial dos interessados da economia privada, na área econômica'. Isto porque, para eles, o conhecimento exato dos fatos de sua área é diretamente uma questão de sua existência econômica: erros numa estatística oficial não trazem consequências diretamente econômicas para o funcionário responsável, mas erros nos cálculos de uma empresa capitalista causam-lhe perdas, ameaçando, talvez, sua existência. E também o 'segredo', como meio de poder, está mais seguramente guardado no livro comercial de um empresário do que na documentação das autoridades⁷¹⁶.

Diante de tudo isso, analisa-se as atuais orientações jurídico-democráticas à atuação administrativa, focando-se na participação popular e na “virada” apreciativa dos atos

⁷¹⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2, p. 227.

administrativos (da emissão à concretização; da avaliação formal à avaliação contéudística; do controle da emissão do ato ao controle finalístico). Porém, convém lembrar que o escopo desse trabalho é a demonstração que é necessário antecipar-se a própria emissão do ato, por meio de planejamento estratégico vinculado no orçamento, a fim de se obter a atuação ótima, eficiente e eficaz.



5.1 As Orientações Jurídico-Democráticas ao Atuar Administrativo

Iniciou-se o capítulo anterior citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que afirmou serem o Direito e o Estado a garantia de ordem e de segurança, sendo ambos fenômenos reciprocamente interferentes e causais, em que a alteração de um acaba por afetar mudanças no outro.

O Direito deixou de ser “do Estado” e “para o Estado”, com atributos meramente organizatórios, e passou a ser um transformador da sociedade e do próprio Estado; uma garantia aos administrados e aos administradores.

Da legalidade formal, restrita, passou-se a uma legalidade material, substancial, ampla, de modo que a atuação do Estado – por sua Administração Pública – e do Direito receberam influências casuísticas – deixando de ser meramente abstratas – e uma série de exigências sociais de cunho modernizador que conduzam a sociedade a uma efetiva melhora existencial qualitativa. A atuação administrativa vem se pautando por uma legalidade finalística, por uma administração de resultados, transpondo-se da “legalidade da vontade” ao “resultado da atuação administrativa”, a finalidade.

O amadurecimento social aguçou, como lembrou Moreira Neto, a sensibilidade jus-política dos indivíduos das sociedades democrático-contemporâneas, que passaram a compreender, em sua amplitude maior, o “ser” do Estado de Direito, a importância e a normatividade da Constituição, de modo que ao Estado passou-se a impingir a obrigação de efetivar os direitos fundamentais previstos nesta mesma Constituição, que não apenas “o constitui” em seu sentido formal, mas também o constitui enquanto ente obrigado a alcançar e a fomentar o bem viver.

O fim último da Administração é o interesse público: a emergência do Estado Democrático de Direito e a modernização da Administração Pública conduzem à atualização da atividade de administração pública, “com a finalidade de levar à eficiência de desempenho, sem incorrer em deficiência de juridicidade”. Dentre os quatro focos de atraso no e do Direito Administrativo (a imperatividade sem limites; a intangibilidade de atos políticos da Administração Pública; a insindicabilidade da discricionariedade administrativa; a exclusão do administrado das decisões), cita Moreira Neto que “a persistência mítica dos conceitos de razões de Estado e de supremacia do interesse público” está sendo superada pela “afirmação da supremacia dos direitos fundamentais, notadamente a do mega-princípio da dignidade da pessoa humana”⁷¹⁷.

O “apagão” cultural⁷¹⁸ pelo que passa a sociedade brasileira não tem se refletido, felizmente, no Direito. O Direito Público, em especial o Direito Constitucional, tem exigido dos juristas aprofundamentos teóricos e gerado acirradas discussões em busca de uma *interpretação e aplicação adequadas*.

O Direito Administrativo, Direito Constitucional aplicado à Administração Pública que é, participa dessa disputa por estudos cada vez mais aprofundados e sofisticados, justamente por ser um ramo do Direito que, no seio do sistema *civil law*, é bastante recente e que não se encontra pacificado nem mesmo em seus fundamentos (o que ainda se discute acerca de ato vinculado, ato discricionário e ato político dá o tom do nível em que [ainda] se encontra).

⁷¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 236-237.

⁷¹⁸ Diz-se “apagão cultural” no sentido de pouca – ou nenhuma – busca por conhecimento, de leituras, de arte, de música... A educação básica vai mal; o ensino superior recebe os egressos do ensino médio com despreparo até mesmo na Língua Portuguesa, de sorte que se falar em direito constitucional à cultura (artigo 215, Constituição Federal) é comprovar o que o Prof. Lênio Streck vaticina: “o que está na Constituição é justamente aquilo que não possuímos”. Veja-se o salto qualitativo obtido na cultura brasileira após a implementação do Sistema Nacional de Cultura (artigo 216-A, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional 71, de 29 de novembro de 2012).

Com efeito, o Sistema de Direito Romano-Germânico se pautou no ressuscitar do Direito Romano (“pós-romano”, na verdade, eis que o Direito Romano que se conhece se deve às compilações de Justiniano já no poente do Império – Século VI) pelas Universidades europeias do Século XII. Logo, além da forte ideia de codificação que legou, o Direito Romano fundamentou-se nas relações privadas, aperfeiçoando seu regramento à exaustão, característica esta que necessitou ser superada diante dos eventos revolucionários que marcaram o Século XVIII (Revoluções Americana, Inglesa e Francesa).

A “quebra” do Estado Absoluto, o fim do *ancien régime*, que se seguiram ao Renascimento⁷¹⁹ e ao Iluminismo (com sua “ideologia da razão”⁷²⁰) exigiram dos pensadores uma nova cultura – se é que se pode assim dizer – novas construções epistemológicas, jurídicas e sociais fundamentadas no individualismo e na relação que surgia “Estado-Cidadão”, sobrepondo-se à antiga relação de submissão “Soberano-Súdito”⁷²¹. É nesta senda que o Direito Público passa a fazer parte da realidade no sistema *civil law*, o que até então sequer havia necessidade de existir.

Ao mesmo tempo que “nasce” o Estado (o Estado Moderno, o Estado de Direito, o Estado Constitucional), primeiramente em sua proposta liberal, concomitantemente vem à tona o papel a ser por este assumido, em especial no que diz respeito a sua atuação em prol daqueles que lutaram pelo fim do regime anterior – o povo – o qual passara a ser o verdadeiro detentor/titular do poder, encontrando-se representado por meio do Poder Legislativo, que emitia a “vontade geral” por meio da lei (Rousseau).

Nesse amálgama pós-revolucionário que o Estado Moderno encontra sua razão de existir: a existência de uma “lei maior”, a Constituição Federal, contendo rol de direitos

⁷¹⁹ Sobre o Renascimento, Johan Huizinga caracteriza-o como o momento de reunião entre “equilíbrio, alegria e liberdade, pura e sonora”, principalmente na Itália. Porém, chama a atenção de que, na França, o tom é sombrio, bárbaro, bizarro e sobrecarregado, o que permite a alguns “letrados” trocarem “cartas humanistas” e serem os precursores do grande movimento intelectual renascentista. HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos. São Paulo: Cosacnaify, 2010. p. 553-555.

⁷²⁰ Gertrude Himmelfarb escreveu a obra **Os caminhos para a modernidade** – os iluminismos britânico, francês e americano, dividindo-a em três partes, dedicando cada uma delas a “um” Iluminismo diferente. Adjetiva o Iluminismo francês com “ideologia da razão”, destacando que a realidade francesa era bastante diversa das realidades inglesa e americana, notadamente no que diz respeito à tradição e ausência de grandes reformas, de modo que os *philosophes* aspiravam mais a um pensamento ousado e imaginativo a ações voltadas à realidade; “estavam, de fato, totalmente à vontade para teorizar e generalizar, pois estavam menos à vontade para consultar ou aconselhar”. HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**: os iluminismos britânico, francês e americano. São Paulo: Realizações, 2011. p. 192.

⁷²¹ Thomas Hobbes é o que melhor explicita essa relação ao afirmar: “a essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. O titular dessa pessoa chama-se soberano, e dizemos que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos”. HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D’ngina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 126-127.

fundamentais; a busca pela limitação do poder do Estado não só por meio de “direitos contra o Estado e a favor dos cidadãos”, mas principalmente pela tripartição das funções; a participação popular na escolha e fixação dos destinos do Estado – a democracia.

Entretanto, o Estado Moderno passa por três momentos distintos que refletem diretamente no seu agir: os modelos liberal, social e democrático de direito. O Estado de Direito Liberal é marcado por aqueles direitos constitucionais negativos, de primeira geração/dimensão⁷²², chamados de “direitos da liberdade”. Nesse modelo de Estado, buscou-se uma reforma política no que diz respeito ao atuar negativo do Estado, ou seja, coube ao Poder Legislativo o papel de conceber *direitos* aos cidadãos, codificando-os. O modelo de Estado de Direito Social implica nova postura por parte do Estado, notadamente pela atuação positiva do Poder Executivo, a quem cabe implementar os direitos constitucionais positivos, de segunda geração/dimensão. Aqui o atuar administrativo passa pelo crivo popular com mais intensidade, uma vez que se espera dele, como dito, efetiva atuação. Por fim, no modelo de Estado Democrático de Direito, as terceira e quarta gerações/dimensões de direitos ficam bastante evidentes (direito de viver num ambiente não poluído e direito contra as manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo), encontrando-se no Poder Judiciário seu ator principal, cabendo-lhe concretizar aqueles direitos instituídos pelo Poder Legislativo e negligenciados pelo Poder Executivo.

O papel da Administração Pública, de transformadora da sociedade, passa a fazer parte das realidades social e estatal a partir do Estado de Direito Social, pois é nele que o Estado, por sua Administração, é chamado a agir⁷²³. No entanto, ainda tendo bastante claras as propostas revolucionárias de tripartição de funções e dos limites do poder, a Administração Pública passa por grandes vicissitudes exatamente no que diz respeito ao “como” agir e em que “limites”, já que se está em um modelo de Estado limitado/guiado pelo Direito, pela legalidade, pela juridicidade.

Inicialmente dando importância às formalidades legais, a Administração Pública no Estado Social percebeu ser imprescindível atuar com base e na busca de eficiência, o que a

⁷²² Os termos *geração* e *dimensão* são utilizados, respectivamente, por Norberto Bobbio e por Ingo Wolfgang Sarlet. Em termos conteudísticos, não há maiores variações de concepção, equivalendo-se. Para tais abordagens, ver BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, e SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁷²³ “A legendária crença do público na liberdade e no individualismo foi tomada de assalto por regulamentos governamentais cobrindo todos os itens, do conteúdo da manteiga de amendoim [...] à segurança dos banheiros [...]. Mas, apesar do seu crescimento maciço, o governo fez pouco progresso na solução dos problemas do país. Enormes somas eram gastas em educação, saúde e bem-estar, mas ainda assim havia muita ignorância, doença e pobreza”. GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 14.

levou a (obrigatoriamente) pautar-se não mais somente nos aspectos formais de sua atuação, mas a sopesar os aspectos substanciais e meritórios na busca do agir ótimo, da boa administração.

A Constituição Federal brasileira – que instituiu o Estado Democrático de Direito – previu vários princípios basilares à Administração Pública, notadamente a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. É claro que tais princípios constitucionais, por si só, não são suficientes para atingir o tão sonhado e buscado interesse público que orienta o atuar administrativo, sendo imprescindíveis regras legislativas que os concretizem no dia a dia administrativo.

Dentre as várias regras que objetivam materializar os princípios constitucionais-administrativos (Lei 8.429/92 – improbidade administrativa; Lei 8.666/93 – licitações; Lei 9.784/99 – processo administrativo; Lei n. 10.520/02 – pregão; Lei n. 11.079/04 – parceira público-privada; dentre outras) há expressa determinação constitucional acerca dos orçamentos, mais precisamente por meio do artigo 165 que prescreve que “lei” estabelecerá o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e os orçamentos anuais (LOA).

Tais “leis” orçamentárias possuem, ainda, forte ligação com a Lei n. 4.320/64 – Lei do Orçamento/da Contabilidade Pública – e com a Lei Complementar 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal – pois a concretização dos direitos, em especial os direitos fundamentais individuais e sociais, dependem de verbas, dependem de dinheiro, dinheiro este que (deve) está(r) previsto nos orçamentos.

As leis orçamentárias, regra geral, devem *prever* as receitas e *fixar* as despesas, ou seja, **previsão** indica possibilidades, enquanto que **fixação** indica atuação vinculada. Quer-se dizer que as leis orçamentárias são o mais amplo e excelente instrumento de controle popular da Administração Pública (o que permite, por consequência, controle legislativo e judicial), uma vez que toda sua atuação – que implica na aplicação de recursos – encontra-se pré-determinada em lei.

Infelizmente, no Brasil, às leis orçamentárias ainda não foi dado a importância que real e constitucionalmente possuem, pois “são leis sem serem”, ou seja, são vistas apenas no seu aspecto formal, sem lhes dar a extensão merecida. Um exemplo dessa “falta de importância” é a recente aprovação da lei orçamentária da União para o ano de 2015 (sim, a lei orçamentária federal do ano de 2015 foi aprovada no dia 20/04/2015, por meio da Lei n. 13.115, que “estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015”. Ou seja: o Brasil “sobreviveu” aos quatro primeiros meses do ano de 2015 sem lei orçamentária. E o que aconteceu? Nada, pois tudo ocorreu normalmente, sem qualquer

impedimento, tudo com seu “jeito”! Como as verbas públicas federais foram utilizadas? Não se sabe. O certo é que se foram utilizadas, foram-no de forma ilegal, já que não havia autorização legislativa – lei orçamentária – para tanto).

E se busca/acredita, ainda, no atuar eficiente da Administração, mesmo que para isso não haja sequer lei orçamentária aprovada?!

O atuar do Administrador Público⁷²⁴ deve sempre e em qualquer situação mostrar-se eficiente, ser efetiva, materialmente eficiente. O princípio da eficiência alçou grande importância notadamente a partir da Constituição Federal de 1988 que, no *caput* do seu artigo 37, listou-o como um dentre os cinco ali estampados, ladeado pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Eficiência pode ser vista como a “aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços”⁷²⁵, sendo resumidamente entendida como a busca do melhor, do ótimo, da melhor solução/atuação. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, após conectar a noção de eficiência (chamando-a de “palavra-chave”) ao fenômeno da globalização, afirma que é – a eficiência – uma “qualidade essencial da boa governança”, entendida nos aspectos *político-administrativo* (governar os interesses do Estado diante das mais novas e intrincadas relações multilaterais de nível global), *socioeconômico* (complexo de resultados em benefício da sociedade que supera a noção keynesiana de incremento da produção de bens e serviços) e *solidário* (relação ampliada entre Estados e entre Estado e Sociedade)⁷²⁶.

Ao longo deste trabalho, pode-se perceber, está-se dando atenção e aprofundamento ao princípio da eficiência. No entanto, desde já se chama a atenção para algo que preocupa e que diz respeito ao momento em que a eficiência será analisada ou controlada, ou seja, mesmo estando pacífico que todo e qualquer atuar administrativo deve se pautar pela eficiência, o questionamento reside no “quando” será essa eficiência analisada/verificada (apenas no final?!).

⁷²⁴ “Ataques sarcásticos a administradores públicos de todos os níveis estão agora tão em moda que se tornaram lugares-comuns. Administradores governamentais são tipicamente retratados como intrometidos, irresponsáveis e ineptos, enquanto a burocracia é pintada como uma besta irracional que devora impostos e vomita regulamentos impertinentes”. GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 15.

⁷²⁵ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 58.

⁷²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 103-104.

Com efeito, vislumbra-se de forma acentuada, atualmente, dois momentos distintos em que se (deve)afere(ir) a eficiência da ação administrativa: o primeiro, quando da emissão do ato administrativo; o segundo momento, ao fim e ao cabo do atuar administrativo e do resultado previsto abstratamente quando da emissão do ato.

Quer-se dizer que a Teoria do Direito e a Teoria do Direito Administrativo, em épocas distintas, abordaram a eficiência do atuar administrativo em momentos distintos, enfatizando-se inicialmente os aspectos formais e, hodiernamente, os aspectos materiais. Em termos um pouco mais sólidos, o Positivismo Jurídico fixou as *normas jurídicas* atinentes à emissão do ato administrativo, indicando claramente os aspectos formais que os atos administrativos devem carregar (competência, finalidade, forma, motivo, motivação e objeto), fixando-se no aspecto abstrato-formal do ato no momento de sua emissão (como não poderia deixar de ser, já que o Positivismo Jurídico conduz o Direito ao desligamento da realidade social, embasando-se nos aspectos abstratos e formais).

Tentando superar esta atitude de abstração, o Direito Constitucional atual preza pela análise finalística, pelo controle finalístico do atuar administrativo, não olvidando os aspectos formais que orientam a emissão do ato, porém, enfatizando a materialidade do ato administrativo, sua concretude no mundo dos fatos (a facticidade).

Dos males, o menor: entre o controle da eficiência ocorrer apenas nos aspectos formais que dizem respeito ao momento de emissão do ato administrativo e o controle da eficiência ocorrer concretamente quando da realização e materialização do ato administrativo, certamente opta-se/prefere-se pela última espécie de análise, já que conectada à realidade, à facticidade. Porém, em que pese a superação da restrição de interpretação e aplicação do Direito em sua vertente de Positivismo Jurídico (no aspecto ligado à abstração, às formalidades), é certo que a análise finalística da eficiência administrativa ainda possui um grave problema, qual seja, acaso conclua-se pela ineficiência, o ato já haver sido realizado/finalizado.

Insista-se: a **análise finalística** da eficiência administrativa mostra-se extremamente mais pertinente e adequada ao que se espera do Administrador Público, nos termos do constitucionalismo atual. Quando comparada com a **análise apriorística** formal e abstrata, que se limita à verificação das formalidades que um ato administrativo deve possuir, a finalística acentua a concretude do atuar administrativo, mirando no resultado da ação administrativa (na obra ou no serviço já realizados), mas com o inconveniente de ocorrer apenas ao final de todo o *processo administrativo* que deu ensejo ao ato.

Exatamente isso: a emissão, consecução e realização de um ato administrativo pressupõe a existência de um *processo*, um meio apto a permitir à Administração e a qualquer Administrado o controle do desenrolar daquela obra ou serviço que se propôs a concretizar por meio do ato administrativo em questão.

Keith Werhan aborda o (devido)processo administrativo como princípio do Direito Administrativo, destacando a existência de duas perspectivas, de dois entendimentos distintos, porém intimamente ligados entre si: a concepção substantiva e a concepção procedural ou procedimental. Para a autora norte-americana, a índole substantiva do processo serve para que o Estado justifique suas ações e os conecte a objetivos legítimos, enquanto que a procedural protege o indivíduo contra eventuais arbitrariedades permitindo-lhe “falar em sua defesa”:

Substantive due process serves this goal by demanding that government officials support their actions with a reasonable justification in the service of a legitimate governmental objective. Procedural due process safeguards against official arbitrariness by providing affected individual an opportunity to speak up in [their] own defense and by requiring the government to listen to what [they have] to say. Moreover, in practice if not in theory, procedural due process protections influence the substance of governmental action⁷²⁷.

Mas o controle finalístico desse ato administrativo está fadado a problemas, principalmente quando se concluir que a propalada e imprescindível eficiência não foi obtida. E isso fica bastante claro quando se imagina qualquer obra pública finalizada, em que se vislumbra que os gastos superaram o planejado; que os materiais de construção utilizados não possuem qualidade, ocasionando a baixa ou péssima qualidade da obra em si; determinado serviço não deveria ter sido realizado; enfim, neste momento de análise da eficiência administrativa os recursos já foram dispendidos, do que resulta no “e agora, o que fazer?”. Evidenciou-se a “falta de eficiência” quando a obra ou o serviço já foram finalizados, de modo que não há meios de “voltar no tempo”.

Tem-se, diante dessas conjecturas, que o processo que gera e acompanha a emissão do ato administrativo até sua concretização, deve ser alargado a um momento anterior à própria emissão do ato. Está-se tratando do imprescindível planejamento de todo e qualquer ato administrativo, planejamento este que deve ser vinculante à Administração por meio do orçamento, por meio das leis orçamentárias.

No modelo de Estado Democrático de Direito em que se vive, a Constituição Federal prevê expressamente, em seu artigo 165, as três leis orçamentárias: (1) o plano plurianual, (2)

⁷²⁷ WERHAN, Keith. **Principles of administrative law**. St. Paul: Thomson/West, 2008. p. 109.

as diretrizes orçamentárias e (3) os orçamentos anuais. Tratam-se de leis que vinculam o atuar administrativo e a organização do Estado como um todo, uma vez que são *leis*⁷²⁸.

Como exclama Harrison Ferreira Leite, é “impossível falar-se de efetivação de direitos sem falar do orçamento”, “concretização de direitos não há sem recursos”⁷²⁹. Mas enfatiza a necessidade desse planejamento orçamentário ser realizado com critérios, com cuidados objetivos pautados efetiva e realmente na busca da eficiência administrativa (vetor de todo atuar).

A pragmática brasileira tem visualizado – e assim agido – as leis orçamentárias em sua dimensão meramente formal, ou seja, por se tratar de comando constitucional expresso, as esferas administrativas públicas (União, Estados-membros e Municípios) têm se utilizado das leis orçamentárias apenas procedimentalmente.

Quer-se dizer, noutras palavras, que todos os entes públicos da administração pública direta possuem as leis orçamentárias conforme preceitua o texto constitucional. Porém, tais leis orçamentárias são feitas sem maiores critérios, modificadas a todo instante e não são “levadas a sério” no atuar administrativo.

Desse modo, olvida-se que as leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual – artigo 165 da Constituição Federal) dizem respeito a própria organização do Estado, uma vez que preveem receitas e fixam despesas, isto é, limitam o atuar do Administrador Público às estritas possibilidades orçamentárias previstas.

Aqui fica mais evidente a relação sistêmica entre Direito, Política e Economia: as decisões do Administrador Público quanto a “o que fazer”, o “apoio para fazer” (Política e

⁷²⁸ O artigo 74, da Constituição Federal, prevê: “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Alexandre de Moraes, ao comentar o artigo 74, afirma que “a Constituição Federal consagra, além da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, por meio de controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, a existência de uma sistema integrado de controle interno entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Importante ressaltar que esse sistema integrado de controle interno deve atuar conjuntamente com o controle externo, pois o próprio § 1º do art. 74 prevê a obrigatoriedade dos responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darem ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária [...]”. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada: e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1.233.

⁷²⁹ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15-17.

Direito) e “como fazer” (Direito) dependem dos recursos orçamentários que existem e estão disponíveis para tanto (Economia), recursos esses que devem estar previstos (leia-se planejados) nas leis orçamentárias.

Infelizmente, como dito, as Administrações elaboram seus orçamentos sem maiores planejamentos e, principalmente, sem o comprometimento imaneente à importância do que se está fazendo, liberando-se recursos a atuações de menor importância ou até mesmo sem importância alguma (o princípio da eficiência, no caso, terá sido violado, porém, diante do controle finalístico, esse “desvio de finalidade” somente vai ser percebido ao fim e ao cabo da atuação administrativa, quando os recursos já foram consumidos – e sabe-se da dificuldade ou quase impossibilidade de reaver valores mal empregados por parte da Administração!).

Diante dessa realidade é que se tem percebido a constante “intromissão” do Poder Judiciário no dia a dia administrativo, ordenando atuações administrativas das mais variadas espécies, pois não se pode exigir do Judiciário respeito ao orçamento feito pelo Poder Executivo sem qualquer esforço sério de planejamento; do mesmo modo, a referida seriedade e autoridade das leis orçamentárias acabam sendo desconsideradas diante de um Poder Legislativo que as aprova (o projeto de lei é de iniciativa exclusiva do Poder Executivo – artigo 165, *caput*, da Constituição Federal) sem qualquer responsabilidade, identicamente alterando-as ao sabor de interesses nada nobres. É por isso que Harrison Ferreira Leite afirma que “esse pensar contribui decisivamente para o desprestígio da lei orçamentária enquanto lei de planejamento e de controle dos gastos públicos”⁷³⁰.

Luiz Gustavo Bambini de Assis, preocupado com essa baixa importância e efetividade das leis orçamentárias, ao tratar dos fundamentos – princípios – orçamentários (princípios da unidade orçamentária, da universalidade, da anualidade ou periodicidade, da exclusividade, do equilíbrio orçamentário e da discriminação ou especialização) afirma que a volatilidade da economia acentua o descomprometimento no fazer as leis orçamentárias, dificultando ainda mais seu mote de compreender o orçamento como resgate do papel do Poder Legislativo⁷³¹.

A volatilidade da economia, comentada por Assis, está comumente ligada a taxas de crescimento que fogem das projeções governamentais, recessão da economia gerada pelos mais diversos e variados fatores, não só internos mas principalmente internacionais, o que acaba gerando a necessidade de adaptação da Administração Pública (corte de despesas públicas, cancelamento de alguns programas etc.) e de readequação das leis orçamentárias, o

⁷³⁰ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 14.

⁷³¹ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. **Processo legislativo e orçamento público**: função de controle do parlamento. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 186-195.

que vem positivado no texto constitucional, mais precisamente no parágrafo terceiro do artigo 165: “O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária”.

Esta disposição constitucional – também desprezada – está ligada diretamente às conjecturas econômicas por que passa qualquer sociedade, o que implica(ria) nova postura da Administração. No entanto, se a própria lei orçamentária já é “mal pensada”, certamente as necessárias readaptações também o são/serão, diante da visível e constante falta de comprometimento por parte dos Poderes Executivo e Legislativo para com as reais necessidades sociais (até porque a extensão de “interesse público” ainda não foi claramente compreendida) e com os orçamentos.

Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares realizam percuciente pesquisa acerca da relação entre Direito e Economia, chamando-a de “análise econômica do Direito” (AED). Os autores dividem sua obra “Diálogos com a Law & Economics” em duas partes, cabendo a primeira a Morais da Rosa (“crítica ao discurso da *law and economics*: a exceção econômica do Direito”) e a segunda a Aroso Linhares (“o pragmatismo interdisciplinar de Posner como ‘teoria’ da decisão judicial”).

Morais da Rosa parte da certeza que há íntima relação entre o Direito e a Economia, chegando a defender que o Direito encontra-se em situação de subserviência à Economia, uma vez que a atuação do Estado Democrático de Direito, de viés garantista, depende da Economia para sua concretização⁷³².

O viés garantista que Morais da Rosa faz incidir ao Estado Democrático de Direito tem sua origem em Ferrajoli. Apontando ser necessário um redimensionamento da Democracia Substancial, Morais da Rosa insiste que a concepção de democracia vinculada à vontade da maioria encontra-se superada, pois “nem mesmo por maioria se pode violar/negar os Direitos Fundamentais”. Os Direitos Fundamentais devem ser reconhecidos na dimensão substancial da democracia e se constituem como vínculos substanciais normativamente impostos. É aí que o autor parafraseia as “quatro teses” de Ferrajoli com relação aos Direitos Fundamentais:

A primeira é a diferença de estrutura entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais, dado que os primeiros são vinculados a todos ou a uma classe de sujeitos, sem exclusão dos demais, enquanto os direitos patrimoniais... excluem todos os demais que não são titulares. [...] A segunda é a de que o respeito e implementação dos Direitos Fundamentais representam interesses

⁷³² ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a law&economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 8.

e expectativas de todos e formam, assim, o parâmetro da igualdade jurídica, capaz de justificar a aferição da democracia material... A terceira tese é a pretensão supranacional de grande parte dos Direitos Fundamentais... A quarta se vincula a relação entre <direitos e garantias>. Os Direitos Fundamentais se constituem em expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem obrigações de prestação ou proibição de lesão...⁷³³

Em uma análise histórica, Paulo Henrique Rocha Scott auxilia a concepção proposta por Morais da Rosa e Aroso Linhares, notadamente quanto a esta tarefa de concretização de direitos fundamentais a que o Estado, por sua Administração Pública, encontra-se jungido, pois destaca que as relações entre Estado e atividade econômica, no Século XX, modificaram-se de forma célere e substancial quando comparadas com os Séculos XVIII e XIX. Segundo Scott, em nome do desenvolvimento e do crescimento econômico, o Estado foi obrigado a assumir papéis até então desconhecidos e até mesmo distantes dele, cabendo ao Direito organizar os processos econômicos e a legitimar a opção estatal de intervencionismo⁷³⁴.

Exatamente nessa leitura dos fatos não se pode esquecer que a complexidade, a instabilidade e a incerteza orbitam nas organizações privadas e públicas, exigindo de seus administradores o desenvolvimento de competências de ordem técnica, pessoal e social. Maria do Socorro Macedo Vieira de Carvalho é quem questiona: “e na área pública? Como se coloca a questão gerencial⁷³⁵? Até que ponto há consciência de que os quadros dirigentes da administração pública precisam ser formados e/ou desenvolvidos?”⁷³⁶.

Enfatizando ser necessário transmutar do modelo de “gerência tradicional” ao modelo de “gerência moderna”, Maria Vieira de Carvalho faz uma inteligente manifestação sobre o novo papel do administrador (que chama de “gerente”), lembrando que à gerência tradicional, o gerente deveria “conseguir agir certo”, ao passo que, modernamente, “não se espera do gerente apenas que faça as coisas, mas, sim, que consiga que as coisas certas sejam feitas”⁷³⁷.

⁷³³ ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a law&economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17-18.

⁷³⁴ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 19-20.

⁷³⁵ Em 1974, Mintzberg já denunciava o que chamou de “hipóteses folclóricas” do comportamento gerencial dos administradores, dando os seguintes exemplos: “a ideia de que os administradores dão muita prioridade ao planejamento, quando na verdade são orientados para agir mais no presente do que no futuro; que não têm obrigações regulares, quando de fato executam muitas tarefas rotineiras; que operam através de comunicações por escrito, quando realmente executam a maior parte do seu trabalho através de comunicações verbais”. GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zaharr, 1994. p. 33.

⁷³⁶ CARVALHO, Maria do Socorro Macedo Vieira de. Desenvolvimento gerencial no setor público: velhas questões e novos desafios. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 28, 1995.

⁷³⁷ CARVALHO, Maria do Socorro Macedo Vieira de. Desenvolvimento gerencial no setor público: velhas questões e novos desafios. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 29, 1995

Com posicionamento semelhante, André Sathler Guimarães intitula esse novo modelo de gerência de “administração pública gerencial”, cuja proposta básica “é emprestar conceitos e práticas de sucesso no âmbito da gestão das empresas privadas, sem perder a característica específica da administração governamental, que tem o interesse público como seu elemento finalístico”⁷³⁸.

A professora Vieira de Carvalho, da Fundação Getúlio Vargas, acredita ser imprescindível à Administração Pública, ao administrador público, substituir o modelo mecanicista de administrar pelo modelo humanista, integrando as pessoas à tarefa e à organização através de mecanismos que levem à satisfação das necessidades do empregado, capacitando-o a “elaborar uma agenda de decisões através da identificação das questões realmente estratégicas” e, com isso, podendo criar “uma rede de relações na qual se apoiará sua capacidade de implementação”. Devido a isso tudo é que o administrador deve desenvolver competências técnica, administrativa, interpessoal e política⁷³⁹.

O Estado – e a sociedade – deve buscar a maximização das possibilidades de satisfação do maior número de fins individuais, ao menor custo econômico possível, em uma situação de atuação ótima, lembrando-se que o mercado é o *locus* por onde e onde conseguirá tal intento.

E o mercado como ordem espontânea catalisadora, para Hayek, garante a satisfação do maior número de fins individuais mediante a criação de meios para o fomento da riqueza através da proteção da liberdade e da propriedade. O <interesse público>, manifestado pelo Direito e suas normas coercitivas, circunscreve-se à tutela da manutenção da ordem espontânea representada pelo mercado. A função do Direito é a de servir de agência coletiva capaz de devolver os sujeitos à ordem espontânea, somente. Ao Estado, como instituição, via Direito, é descabida qualquer pretensão finalística, dentre

⁷³⁸ GUIMARÃES, André Sathler et al. Gestão estratégica no Poder Legislativo: o caso da Câmara dos Deputados. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 63, n. 1, p. 27, 2012. Essa Administração Pública Gerencial deve pautar-se em quatro princípios básicos: descentralização, horizontalização das estruturas, ênfase nos cidadãos/usuários e concentração nos resultados. SILVA, Gerson Gomes da. **Planejamento estratégico na administração pública**. p. 3. Artigo não publicado.

⁷³⁹ Ao desenvolvimento da competência técnica, explica Maria Vieira de Carvalho, mister conhecer-se o negócio, o mercado, a clientela e a tecnologia disponível. Trata-se de capacidade de diagnosticar e de decidir. O desenvolvimento da competência interpessoal pressupõe o autoconhecimento e o conhecimento dos outros, sendo capaz de estabelecer inter-relações positivas. Já o desenvolvimento da competência administrativa consiste na aprendizagem de técnicas administrativas capazes de melhorar a capacidade de tomar decisões, estabelecer prioridades, alocar recursos e aferir resultados. Por fim, o desenvolvimento da capacidade política “pressupõe a capacidade de perseguir o bem comum, posicionar-se eticamente e fazer acordos e parcerias, sem esquecer o interesse público. CARVALHO, Maria do Socorro Macedo Vieira de. Desenvolvimento gerencial no setor público: velhas questões e novos desafios. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 31-32, 1995.

elas a <Justiça Social>. Como há uma evolução social espontânea o Direito também precisa evoluir...⁷⁴⁰

Conhecer o “mercado” é conhecer o ambiente externo, o meio, momento em que o planejamento se mostra como uma das ferramentas que auxilia as organizações a conhecerem o meio e a se adaptarem ao ambiente organizacional: “o planejamento estratégico pode auxiliar as organizações a refletirem, a buscarem informações, a ampliarem sua visão de mercado, a direcionarem seus esforços, a envolverem seus colaboradores e a avaliarem seus progressos”⁷⁴¹.

O contexto criado por Morais da Rosa o leva a citar um (novo) princípio, o <princípio do melhor interesse do mercado>, alocando o Direito como meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico, uma vez que a proeminência economicista em face do discurso jurídico é uma realidade diante da mundialização do neoliberalismo⁷⁴².

Ao relacionar a Lógica Jurídica com a Semiologia, Manoel Jorge e Silva Neto indica o surgimento do que denomina “Direito Econômico” com a “Revolução Técnica”, termo preferido do autor para designar a Revolução Industrial. Afirma que a Revolução Técnica configura não apenas um fato de relevância econômica, mas sobretudo um fato que interferiu diretamente na sociedade e na política, uma vez que a atividade empresarial produziu a transformação do sistema capitalista que, por sua vez, influenciou toda a organização social, política e jurídica⁷⁴³.

Toda e qualquer empresa que deseje competir, para o seu bem, (deve) possuí(r) uma estratégia desenvolvida por meio de um rigoroso processo de planejamento. Formular os objetivos e as políticas que serão necessárias para alcançar tais objetivos é a certeza de combinar os fins (metas) pelos quais está se esforçando e os meios (políticas) com os quais está buscando para chegar a eles. Eis a melhor estratégia competitiva⁷⁴⁴.

A proposta de Porter, destinada à iniciativa privada, deve ser vista com ressalvas quando da sua moldagem à Administração Pública. André Sathler Guimarães relembra que, para Porter, estratégia é a criação de uma posição exclusiva por meio da competição, por isso

⁷⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a law&economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 44.

⁷⁴¹ CUNHA, Adriano Sérgio et. al. Planejamento estratégico: mapeamento das publicações no período de 2000 a 2010. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 56, 2011. P. 55-65.

⁷⁴² ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a law&economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5-59.

⁷⁴³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001. p. 22-25.

⁷⁴⁴ PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva**: técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia. México: Compañía Editorial Continental, 1997. p. 16-17.

que sua estratégia é competitiva⁷⁴⁵. No entanto, a aplicação no setor público de tais conceitos requer mediação e cuidado, justamente por não possuir a Administração o intuito de lucratividade e sua atividade primordial – a concretização de direitos fundamentais constitucionais – não ser de natureza competitiva.

Diante disso, pensa-se ser importante à Administração Pública utilizar-se de conceitos fundamentais da administração estratégica, realizando as necessárias adaptações a sua realidade, entretanto, concebendo o planejamento estratégico que fundamenta a administração estratégica como uma ferramenta de gerenciamento que permite selecionar objetivos e determinar os meios para atingi-los.

Não se deseja, aqui, realizar o questionamento que Michael J. Sandel fez (“o livre mercado é justo?”). No entanto, é certo que a realidade brasileira e mundial está fincada no livre mercado, haja vista os princípios da liberdade, do bem-estar social e da propriedade privada exigirem esta busca pela felicidade geral e pela eficiência administrativa no trato do dinheiro público⁷⁴⁶.

Não é à toa que Scott trabalha “circunscrições conceituais básicas”, envolvendo “atividade econômica”, “ordem econômica” e “política econômica”, definindo esta última como “sendo espécie de política pública... significativa de toda atuação estatal interventiva sobre os setores da atividade socioeconômica, direcionando-se no sentido da manipulação de meios jurídicos e econômicos, dentro dos limites... postos pelo sistema político-jurídico...”⁷⁴⁷.

De forma merecedora de citação, Moraes da Rosa utiliza Vilfredo Pareto para tratar sobre eficiência, a causa última da Administração Pública:

De sorte que a <eficiência> é entendida como a afetação de recursos econômicos dentro de critérios de otimização paretiana, isto é, de modo tal que não é possível melhorar a condição de qualquer sujeito, sem prejudicar qualquer dos demais, com a possibilidade eventual de reparação das externalidade (Kaldor-Hicks). A situação fática em que isto se mostra possível é apontada como ineficiente. Evidentemente que a eficiência somente pode ser apurada em cada singularidade (caso-a-caso), mediante a verificação da utilidade para os envolvidos (positiva ou negativa), melhoria do bem-estar social e o respectivo impacto social (externalidades). As <externalidades> são consequências positivas ou negativas decorrentes das ações dos sujeitos em face de terceiros não intervenientes nas transações originárias, e sempre ocorrem. A <externalidade> pode ser negativa ou positiva, na medida em que cause, respectivamente prejuízo ou acréscimo.

⁷⁴⁵ GUIMARÃES, André Sathler et al. Gestão estratégica no Poder Legislativo: o caso da Câmara dos Deputados. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 63, n. 1, p. 26, 2012.

⁷⁴⁶ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 5. ed. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 99.

⁷⁴⁷ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 34.

Por mais que não sejam mensuráveis diretamente, qualquer relação havida no mundo gera, na cadeia econômica, consequências nos demais sujeitos⁷⁴⁸.

Maria Paula Dallari Bucci sintetiza “política pública” como o “processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo”, sendo essencial compreender-se o regime de finanças públicas, pois os fatos históricos pós 1930 conduzem a vislumbrar o planejamento/orçamento público como “pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social”⁷⁴⁹.

Esse “processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo” mencionado por Bucci já é reconhecidamente o planejamento e a administração estratégicos, que consistem “na definição da missão e dos objetivos, na análise dos ambientes interno e externo, na definição de diretrizes estratégicas e no desenvolvimento de programas, projetos, metas e ações”, tendo como pressupostos básicos “o incentivo à criatividade individual, a participação e o comprometimento dos agentes envolvidos e a busca do consenso do grupo”, o que exige “homogeneização de percepções quanto aos conceitos utilizados, definição clara das tarefas e observância do tempo estabelecido para cada etapa”⁷⁵⁰.

O planejamento estratégico – e sua consequente administração estratégica – coaduna-se à certeza de que, devido às constantes mudanças sociais, políticas, econômicas e, até mesmo, jurídicas, a Administração Pública não mais possui margem para desperdícios, ainda mais diante do constitucional princípio da eficiência que, dentre outras obrigações, exige da Administração a otimização dos recursos públicos e a sua ótima aplicação.

Afirmam Saldanha, Peixoto e Estrada que o planejamento estratégico nas ações públicas é uma ferramenta norteadora das otimizações dos recursos públicos, imprescindível à melhor organização do Estado, notadamente focando os estudos nos Municípios, que devem obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal (que pressupõe o equilíbrio das contas públicas) e ao Estatuto da Cidade (que estabelece diretrizes e metas para a expansão urbana e de desenvolvimento do território municipal). Planejar, portanto, “abrange quatro atividades: análise do aspecto interno, análise do ambiente, comparação da missão com o campo de atuação e o estabelecimento da estratégia vigente”⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a law&economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 74.

⁷⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 259-261.

⁷⁵⁰ MARCELINO, Gileno Fernandes. Planejamento estratégico no setor público: uma experiência no Palácio do Planalto. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 53, n. 4, p. 111, 2002.

⁷⁵¹ SALDANHA, Gustavo Segabinazzi; PEIXOTO, Frederico Brider; ESTRADA, Rolando Juan Soliz. Planejamento estratégico na administração pública municipal. In: SLADE BRASIL/2006 – ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE ESTRATÉGIA, Balneário Camboriú, 2006. **Anais...** Balneário Camboriú-SC: Univali/Slade, 2006. p. 1.

Além da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000 – LRF) e do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), há outras que merecem ser lembradas no que diz respeito ao orçamento público e ao planejamento: a Lei n. 4.320/64, que é a Lei da Contabilidade Pública; a Lei n. 8.142/90, que trata sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde; a Lei n. 8.666/93, a Lei das Licitações, que prevê a obrigatoriedade de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações de execuções de obras e de prestações de serviços; a Lei n. 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que obriga os Municípios a preverem no Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA) os programas e ações referentes ao Plano de Assistência Social para repasse de valores.

O saneamento geral das finanças, a modernização da administração pública e a capacidade de gestão são os fundamentos existenciais da Administração Pública, alcançáveis apenas por meio do essencial e indispensável planejar, “ponto de partida para a administração eficiente e eficaz da máquina pública, pois a qualidade do mesmo ditará os rumos para a boa ou má gestão, refletindo diretamente no bem-estar da população”⁷⁵².

O Planejamento Estratégico é uma metodologia gerencial que permite estabelecer a direção a ser seguida pela Organização, visando maior grau de interação com o ambiente. A direção engloba os seguintes itens: âmbito de atuação, macro-políticas, políticas funcionais, filosofia de atuação, macro-estratégia, estratégias funcionais, macro-objetivos, objetivos funcionais... Enquanto projetar o futuro é um processo que envolve decidir *como agir* com base no que está ocorrendo no ambiente imediato e no futuro próximo, *planejar* é a tradução dessa decisão em ações gerenciáveis⁷⁵³.

No sistema jurídico-constitucional-democrático brasileiro, o planejamento orçamentário se dá por meio de três leis orçamentárias, segundo o artigo 165, da Constituição Federal (o plano plurianual [PPA], as diretrizes orçamentárias [LDO] e os orçamentos anuais [LOA]). Trata-se, portanto, de verdadeiro processo de planejamento – pelo menos na órbita orçamentária – que permite o acompanhamento e o controle do atuar administrativo primeiramente pelo Poder Legislativo e, como consequência, por todos os cidadãos.

⁷⁵² ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

⁷⁵³ ALDAY, Hernan Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. **Revista FAE**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 10-12, 2000.

Desde logo se percebe uma forte relação entre orçamento e planejamento⁷⁵⁴, notadamente na esfera pública. Contudo, orçamento e planejamento são elementos distintos que se interligam, pois é necessário planejar para, depois, orçar⁷⁵⁵. Pena que a Administração, no mais das vezes, primeiro orça para depois planejar, fato este que explica muitas frustrações de políticas públicas, serviços inadequados, omissões crassas etc.!

Muitos líderes organizacionais tendem a confundir orçamento com planejamento. Nas instituições estatais, por exemplo, em que os orçamentos são quase em sua totalidade dirigidos para os custos da folha de pagamento, o líder simplesmente extrapola os custos do ano vigente para o ano seguinte, com correções para ajustes de salários e fatores relacionados ao custo de vida. Todos eles compõem seus orçamentos corretamente, com mínimas mudanças, e o processo passa de um ano para outro⁷⁵⁶.

Abreu e Gomes afirmam que planejar o orçamento é algo bastante recente, novidade dos anos 2000 em diante, mesmo que os comandos jurídico-constitucionais datem de 1964 (Lei 4.320) e de 1988. A partir da conscientização de alguns Administradores é que “a dimensão estratégica no processo orçamentário... passa a estar mais presente na formulação das políticas públicas e, conseqüentemente, nas definições de prioridades governamentais [...]”⁷⁵⁷, mesmo porque é indissociável a relação entre desenvolvimento e gestão estratégica orçamentária.

O orçamento público é um instrumento de formulação de estratégias do Estado. O Plano Plurianual (PPA) prevê os programas; a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) fixa as ações; e a Lei Orçamentária Anual (LOA) disponibiliza os recursos. Portanto, no PPA são estabelecidos os programas, devendo a LDO incorporar em seu conteúdo as ações prioritárias para concretizar os programas planejados, restando à LOA disponibilizar os recursos orçamentários necessários à execução das ações previstas.

Oswaldo Maldonado Sanches trata do tema orçamento com a instigante terminologia de “ciclo orçamentário”, título esse trazido da administração estadunidense que indica a

⁷⁵⁴ “A Constituição Federal de 1988 deu ênfase à função de planejamento, quando introduziu significativas mudanças na forma de condução do processo orçamentário, pois aliou o orçamento público ao planejamento”. ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

⁷⁵⁵ “[...] o processo orçamentário corresponde à própria formulação de estratégia para o desenvolvimento”. ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 273, 2010.

⁷⁵⁶ ALDAY, Hernan Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. **Revista FAE**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 11, 2000.

⁷⁵⁷ ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 270, 2010.

relação constante que há entre os elementos que compõem os orçamentos. Este ciclo materializa-se com a “elaboração e apresentação, autorização legislativa, programação e execução, avaliação e controle”. Citando Orin Cope, Sanches ensina que

O ciclo orçamentário pode ser definido como uma série de passos, que se repetem em períodos prefixados, segundo os quais os orçamentos sucessivos são preparados, votados, executados, os resultados avaliados e as contas aprovadas. Constitui, portanto, a articulação de um conjunto de processos, dotados de características próprias, que se sucedem ao longo do tempo e se realimentam a cada novo ciclo. Esse processo articulado, denominado ciclo orçamentário, resulta da singular natureza do orçamento... tem sido entendido como instrumento político, por estabelecer parâmetros para a cobrança de tributos, fixar limites para a realização de gastos públicos, definir responsabilidades e articular parte expressiva do sistema de *checks and balances* constituído pela sociedade para controlar o exercício do poder que defere ao Estado⁷⁵⁸.

O Plano Plurianual (PPA) possui como característica essencial ser o mais abrangente dos instrumentos que compõem o sistema legal orçamentário, pois é a partir dele que se estabelecem as diretrizes, objetivos e metas de forma regionalizada, ou seja, respeitando-se as peculiaridades e diferenças de cada região, para todas as futuras despesas de capital e outras delas decorrentes, bem como as diretrizes, objetivos e metas dos programas de duração continuada (parágrafo primeiro do artigo 165, da Constituição Federal).

O primeiro instrumento, o PPA, é o plano de governo que expressa o planejamento de médio prazo. Evidencia os programas de trabalho do governo para um período de quatro anos especificados em diretrizes, objetivos, metas da administração para as despesas de capital e outras delas decorrentes, e para as relativas aos programas de duração continuada. O PPA permite à sociedade dimensionar suas pretensões diante do estado de suas finanças⁷⁵⁹.

É, o Plano Plurianual (o PPA), o instrumento que orienta, que norteia a Administração Pública pelo período de quatro anos, que possui como principal objetivo a condução dos gastos públicos, ou seja, todas as obras que se pretenda executar nesse período deverão estar mencionadas nesse plano, bem como todos os programas de natureza continuada. “Qualquer

⁷⁵⁸ SANCHES, Oswaldo Maldonado. O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, p. 55, 1993.

⁷⁵⁹ SALDANHA, Gustavo Segabinazzi; PEIXOTO, Frederico Brider; ESTRADA, Rolando Juan Soliz. Planejamento estratégico na administração pública municipal. In: SLADE BRASIL/2006 – ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE ESTRATÉGIA, Balneário Camboriú, 2006. **Anais...** Balneário Camboriú-SC: Univali/Slade, 2006. p. 2.

ação governamental somente poderá ser executada durante o ano (execução) orçamentário se o programa estiver adequadamente inserido no PPA”⁷⁶⁰.

O PPA é, sem dúvida, o mais amplo e complexo instrumento administrativo, fruto de um trabalho coordenado e organizado que envolve a Administração Pública como um todo, revestido de um caráter programático de integração entre planejamento, orçamento e gestão.

É, portanto, o PPA uma lei estratégica – desde que seja reconhecida como tal, que haja uma **consciência de sua necessidade** e importância – de caráter essencialmente jurídico-político, que somente será materializado quando contemplado nas leis orçamentárias que dele derivam, quais seja, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Há, assim, uma necessidade de condução séria, por parte do Administrador Público, das três leis mencionadas.

A ação estatal, quando seriamente conduzida pelo Plano Plurianual, garantirá

* o estabelecimento dos gastos governamentais a partir de uma visão de futuro e de estratégias definidas, submetidas à aprovação do Congresso Nacional [leia-se Poder Legislativo, incluindo, portanto, as Assembleias Legislativas estaduais e as Câmaras de Vereadores], com força normativa;

* a viabilidade fiscal para implementação das políticas.

O Plano Plurianual, portanto, deve estabelecer a ligação entre objetivos indicativos de Estado, presentes em um planejamento de longo prazo; políticas de governo, de médio prazo, e, finalmente, realização dos gastos, previstos pelo orçamento anual⁷⁶¹.

Diante da importância do PPA que Abreu e Gomes afirmam ser necessária a formulação da estratégia orçamentária para o desenvolvimento de todos, não podendo “ser um plano de gabinete, mas sim um processo de construção conjunta com a sociedade”, mesmo que para isso efetiva e realmente ocorrer haja “um longo caminho para a implantação de um sistema de planejamento pleno e apropriado à complexidade do processo de governar em sociedades democráticas”⁷⁶².

O parágrafo primeiro do artigo 165, da Constituição Federal, ao tratar do PPA, utiliza os termos “diretrizes, objetivos e metas” da Administração vinculados às “despesas de capital”. Explicando tais terminologias, Nilton de Aquino Andrade verbera:

⁷⁶⁰ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

⁷⁶¹ PAULO, Luiz Fernando Arantes. O PPA como instrumento de planejamento e gestão estratégica. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 2, p. 173, 2010.

⁷⁶² ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 279, 2010.

[...] as diretrizes do PPA são orientações, indicações e princípios estratégicos que nortearão as ações do governo municipal durante o período de sua vigência com vistas a alcançar os seus objetivos [...]

[...] os objetivos expressam a busca de resultados e são concretizados por meio da execução dos programas, os quais agregam as ações governamentais (projetos e atividades) destinadas a alcançar um fim comum, de acordo com os anseios de um público predeterminado ou de um problema a ser atacado.

[...] as metas referem-se aos resultados (os resultados são os bens e/ou serviços ofertados para combater os problemas da sociedade e para atender as suas demandas) que se espera obter com a execução dos programas. Portanto, os resultados são atingidos por meio da execução dos programas e de suas respectivas ações governamentais [...]

[...] as metas serão as referências mensuráveis que permitem completar o caminho, ou seja, partindo-se de diretrizes gerais, através da escolha de prioridades e de ações que operacionalizarão as mesmas, será possível vislumbrar até que ponto o planejamento foi bem-sucedido e se os resultados verificáveis estão à altura das expectativas.⁷⁶³

Com relação às “despesas de capital”, Andrade lembra que a Portaria Interministerial 163/2001, da Secretaria do Tesouro Nacional e da Secretaria de Orçamento Federal, subdividiu a categoria econômica “despesas de capital” em três grupos: investimentos (despesas com o planejamento e a execução de obras, inclusive com a aquisição de imóveis e de instalações, equipamentos e material permanente); inversões financeiras (despesas com aquisição de títulos representativos do capital de empresas); e amortização da dívida (despesas com o pagamento e/ou refinanciamento do principal e da atualização monetária ou cambial da dívida pública interna e externa). Além disso, as “demais despesas correntes” podem ser vistas como aquelas ligas às despesas de pessoal, encargos sociais, aquisição de combustíveis, aquisição de medicamentos etc.⁷⁶⁴

A formulação do programa – ou dos programas – que fará parte do PPA está baseada na identificação de um problema ou de uma demanda da sociedade, ou até mesmo de potencialidades regionalizadas, que permita efetivamente uma gestão administrativa voltada para resultados, voltada para o atingimento das metas que melhorarão a qualidade de vida e a dignidade dos administrados.

Trata-se de “pensar por problemas e enfrentá-los mediante ações organizadas por programas com objetivos definidos”, reduzindo-se, com isso, “a margem de

⁷⁶³ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24-26.

⁷⁶⁴ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27-28.

discricionabilidade política” ante o “pensar sobre as necessidades finais”. É um verdadeiro “catalisador para promoção de uma cultura de foco no desempenho”⁷⁶⁵.

Esse “pensar estratégico” que pressupõe o PPA e que nele será expresso, pode ser obtido observando-se “fases” muito bem colocadas por Saldanha, Peixoto e Estrada, por eles propostas aos Municípios, porém, passíveis de utilização por toda a Administração Pública:

As análises estratégicas procuram identificar qual a real situação do município, de seu entorno e de sua administração, incluindo variáveis internas e externas.

As diretrizes estratégicas procuram estabelecer os objetivos ou caminhos da cidade.

As estratégias e ações municipais definem as respectivas estratégias e ações que a cidade deve planejar para atender aos seus respectivos objetivos. As estratégias são as atividades que realizam os objetivos municipais definidos pela cidade; e as ações municipais detalham como as estratégias municipais serão implementadas.

Os controles municipais e gestão do planejamento procuram estabelecer os controles estratégicos, táticos e operacionais do planejamento estratégico municipal, por meios de padrões de medição de desempenho, o acompanhamento, a correção de desvios. Também procuram definir formas de gestão para lidar com os recursos humanos, materiais, financeiros e tecnológicos que são requisitados pelo planejamento estratégico municipal.⁷⁶⁶

Ainda insistindo na importância do planejamento no momento da confecção do PPA, é que Nilton de Aquino Andrade apresenta uma espécie de “lista” contendo os itens a serem considerados, conhecidos, na elaboração e, principalmente, na implantação e implementação do plano:

[...] é necessário conhecer:

- o montante de recursos com que o Município contará nos quatro exercícios;
- o montante de despesas de manutenção e conservação dos produtos e serviços criados anteriormente (conservação do patrimônio público);
- o montante de recursos disponíveis que poderão ser utilizados em face da criação, da expansão ou do aperfeiçoamento das ações governamentais, bem como da criação, do aumento ou da prorrogação das despesas obrigatórias de caráter continuado;
- a situação econômica e social em que se encontra o Município e a sua comparação com a conjuntura regional, estadual e federal, de forma a constatar onde os problemas estão localizados;

⁷⁶⁵ PAULO, Luiz Fernando Arantes. O PPA como instrumento de planejamento e gestão estratégica. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 2, p. 179, 2010.

⁷⁶⁶ SALDANHA, Gustavo Segabinazzi; PEIXOTO, Frederico Brider; ESTRADA, Rolando Juan Soliz. Planejamento estratégico na administração pública municipal. In: SLADE BRASIL/2006 – ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE ESTRATÉGIA, Balneário Camboriú, 2006. **Anais...** Balneário Camboriú-SC: Univali/Slade, 2006. p. 2.

- a vocação e a potencialidade do Município para analisar a possibilidade de geração de novas receitas;
- a política de desenvolvimento e expansão urbana prevista no plano diretor;
- as carências da população para permitir a priorização dos gastos nas áreas mais deficitárias, de forma a equacioná-las;
- o programa de governo divulgado durante a campanha eleitoral, de forma a levar a efeito o que foi prometido⁷⁶⁷.

É por isso que o Plano Plurianual

[...] deverá conter as despesas que tenham por objetivo a manutenção das atividades cotidianas dos órgãos da administração, como, por exemplo, folha de pagamentos dos servidores e encargos sociais; tarifas de água, energia elétrica, telefone e bancária; medicamentos; gêneros alimentícios; materiais de expediente e de limpeza; combustíveis e lubrificantes; peças de reposição; serviços de conservação; assessoria e consultoria; aluguéis; serviços da dívida etc., e, principalmente, as despesas relacionadas à criação, à expansão e ao aperfeiçoamento das ações governamentais⁷⁶⁸.

Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública além de servir como orientação para a elaboração da lei orçamentária, essa sim com grande detalhamento do orçamento, bem como disporá sobre as alterações na legislação tributária. É uma lei mais abrangente por tratar de questões orçamentárias, tributárias e fiscais ao mesmo tempo em que se restringe a um exercício. Deve, por fim, traçar regras e diretrizes para a efetivação do PPA e para a execução do orçamento anual (parágrafo segundo do artigo 165, da Constituição Federal).

O segundo instrumento é a LDO, a qual cabe anualmente orientar a elaboração e a execução do orçamento. A partir desse instrumento, o poder Legislativo passa a ter poderes para de fato interferir no decurso da elaboração da peça orçamentária e da condução das finanças públicas, pois, ao aprovar a LDO, estará aprovada a regra para a elaboração do orçamento e para gestão financeira do Município. Assim, a LDO tem entre outras funções a de selecionar dentre os programas e ações incluídas no PPA quais terão prioridade na execução orçamentária⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

⁷⁶⁸ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

⁷⁶⁹ SALDANHA, Gustavo Segabinazzi; PEIXOTO, Frederico Brieder; ESTRADA, Rolando Juan Soliz. Planejamento estratégico na administração pública municipal. In: SLADE BRASIL/2006 – ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE ESTRATÉGIA, Balneário Camboriú, 2006. **Anais...** Balneário Camboriú-SC: Univali/Slade, 2006. p. 2-3.

A LDO é uma espécie de “elo”⁷⁷⁰ entre a PPA e a LOA. Sua importância, além de ser uma regra constitucional, foi acentuada com a Lei de Responsabilidade Fiscal (a Lei Complementar 101/2000), que agregou ao seu conteúdo o caráter de planejamento que exige equilíbrio entre as receitas e as despesas durante a execução do orçamento:

Art. 4º. A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

I - disporá também sobre:

- a) equilíbrio entre receitas e despesas;
- b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31;
- c) (VETADO)
- d) (VETADO)
- e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos;
- f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;

II - (VETADO)

III - (VETADO)

§ 1º. Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

§ 2º. O Anexo conterá, ainda:

- I - avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior;
- II - demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional;
- III - evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos;
- IV - avaliação da situação financeira e atuarial:
 - a) dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador;
 - b) dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial;
- V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

§ 3º. A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.

§ 4º. A mensagem que encaminhar o projeto da União apresentará, em anexo específico, os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem

⁷⁷⁰ Sanches assevera que há um “caráter articulador” na Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois “constrói uma autêntica ponte programático-legal entre o planejamento de médio prazo (o PPA...) e o de curto prazo, caracterizado pela orçamentação propriamente dita [...]”. SANCHES, Oswaldo Maldonado. O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, p. 59, 1993.

como os parâmetros e as projeções para seus principais agregados e variáveis, e ainda as metas de inflação, para o exercício subsequente.⁷⁷¹

Como lembra Nilton de Aquino Andrade, a Lei de Responsabilidade Fiscal trata da LDO em outros artigos, não se limitando ao artigo quarto acima citado. Fixa diversas competências à LDO: no artigo quinto, competência para definir a forma de utilização e montante da reserva de contingência; no artigo oitavo, para dispor sobre a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso; no artigo nono, para definir regras à limitação de empenho e movimentação financeira; no artigo quatorze, para definir regras para renúncia de receita; nos artigos dezesseis e dezessete, para definir regras à geração de novas despesas; no vinte e dois, competência para excetuar os casos de contratação de hora extra quando for atingido o limite prudencial; no vinte e cinco, para definir regras para a destinação de recursos públicos a outro ente da federação; no artigo vinte e seis, para definir regras para a destinação de recursos públicos para o setor privado; no quarenta e cinco, para definir regras para a inclusão de novos projetos no orçamento; e no artigo sessenta e dois, para definir regra para que os Municípios possam custear despesas de competência de outros entes da federação⁷⁷².

Essa conexão entre as leis orçamentárias, que Sanches chama de “ciclo orçamentário”, como dito acima, fica ainda mais evidente quando se faz a constatação que tal conexão/ciclo gera uma maior integração/participação/envolvimento entre os Poderes Executivo e Legislativo, diante das oito fases existentes na elaboração das leis:

a) formulação do planejamento plurianual, pelo Executivo; b) apreciação e adequação do plano, pelo Legislativo; c) proposição de metas e prioridades para a administração e da política de alocação de recursos pelo Executivo; d) apreciação e adequação da LDO, pelo Legislativo; e) elaboração da proposta de orçamentos, pelo Executivo; f) apreciação, adequação e autorização legislativa; g) execução dos orçamentos aprovados; h) avaliação da execução e julgamento das contas⁷⁷³.

Fica claro que na LDO são definidas as diretrizes que orientarão a Administração à elaboração da proposta orçamentária e na sua execução, selecionando dentre as ações governamentais previstas no PPA aquelas que serão prioritárias durante a elaboração da Lei

⁷⁷¹ BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁷⁷² ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73.

⁷⁷³ SANCHES, Oswaldo Maldonado. O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, p. 58, 1993.

Orçamentária Anual e da sua execução. “Portanto, a LDO transcende a estimativa da receita e a fixação da despesa, que são objetivos precípuos da LOA, tendo como principal finalidade o planejamento e acompanhamento das finanças públicas, de modo a garantir o equilíbrio das contas públicas”⁷⁷⁴.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social, com os detalhes das receitas e despesas. Essa lei, conforme consta no § 1º do artigo 2º da Lei n. 4.320/64, é composta de um sumário geral de receitas por fontes e de despesa por função de governo. Possui, ainda, um quadro demonstrativo de receitas e despesas de acordo com categorias econômicas, um quadro discriminativo de receitas por fontes, um quadro de dotações por órgãos do governo e da Administração, anexos de metas fiscais, um demonstrativo de compatibilidade da programação do orçamento com os objetivos e metas dos anexos das metas fiscais e, por fim, um demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas decorrentes da concessão de benefícios fiscais (parágrafo quinto do artigo 165, da Constituição Federal).

O terceiro instrumento é a LOA, o qual viabiliza o plano de governo, permitindo a realização anual dos programas mediante a alocação de recursos para as ações orçamentárias (projetos, atividades e operações especiais)⁷⁷⁵.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) prevê as receitas, fixa as despesas e apresenta as previsões e fixações em termos monetários. É a materialização do planejamento do Estado, no qual se discriminam a origem e o montante dos recursos (receitas), bem como a natureza e o montante das despesas a serem efetuadas⁷⁷⁶.

Prevê a Lei da Responsabilidade Fiscal o artigo quinto específico à Lei Orçamentária Anual, nos seguintes termos:

Art. 5º. O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

I - conterá, em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1º do art. 4º;

⁷⁷⁴ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73.

⁷⁷⁵ SALDANHA, Gustavo Segabinazzi; PEIXOTO, Frederico Brider; ESTRADA, Rolando Juan Soliz. Planejamento estratégico na administração pública municipal. In: SLADE BRASIL/2006 – ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE ESTRATÉGIA, Balneário Camboriú, 2006. **Anais...** Balneário Camboriú-SC: Univali/Slade, 2006. p. 2.

⁷⁷⁶ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 144.

II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;

III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

a) (VETADO)

b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

§ 1º. Todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual.

§ 2º. O refinanciamento da dívida pública constará separadamente na lei orçamentária e nas de crédito adicional.

§ 3º. A atualização monetária do principal da dívida mobiliária refinanciada não poderá superar a variação do índice de preços previsto na lei de diretrizes orçamentárias, ou em legislação específica.

§ 4º. É vedado consignar na lei orçamentária crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada.

§ 5º. A lei orçamentária não consignará dotação para investimento com duração superior a um exercício financeiro que não esteja previsto no plano plurianual ou em lei que autorize a sua inclusão, conforme disposto no § 1º do art. 167 da Constituição.⁷⁷⁷

Andrade menciona a existência de “princípios orçamentários”, no sentido de que há regras básicas que norteiam a elaboração e a execução do orçamento. Lista oito princípios que podem ser assim sintetizados: 1) o princípio da anualidade, ou anuidade, que prevê o período de um exercício financeiro – o ano civil – como o tempo da lei orçamentária; 2) o princípio da unidade, pelo qual se permite compreender o orçamento público como uma única peça que consolida todas as propostas orçamentárias do ente; 3) o princípio da universalidade, que prega a obrigação de o orçamento conter todas as receitas e todas as despesas prevista para o exercício financeiro; 4) o princípio da exclusividade, que limita o conteúdo do texto da lei orçamentária, no sentido de veda matérias estranhas à previsão das receitas e à fixação das despesas; 5) o princípio da especificação, que veda previsões genéricas de receitas e de despesas; 6) o princípio da evidenciação, ou seja, o orçamento deve evidenciar os programas e as ações governamentais; 7) o princípio da publicidade; e o 8) princípio do equilíbrio, que visa coibir a previsão de receitas fictícias, ou seja, “orienta que o valor fixado para as despesas num exercício financeiro seja compatível com o valor previsto para as receitas”⁷⁷⁸.

As peças orçamentárias são documentos complexos, ainda mais se consideradas a Lei n. 4.320/64 e a Lei Complementar 101/2000, esta última já analisada *en passant*. Em linhas

⁷⁷⁷ BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁷⁷⁸ ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 155.

bastante gerais, a estimativa das receitas e despesas é a própria constituição do orçamento público e que permitem seu conhecimento. Enquanto que as receitas públicas são classificadas de modo mais restrito [receitas públicas originárias (provenientes do patrimônio do Estado e de sua exploração econômica) e as receitas públicas derivadas (poder de tributar)], as despesas exigem um detalhamento maior, até mesmo para se realizar o imprescindível controle dos gastos e do atuar administrativo.

Plano	Finalidade
PPA	Estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de natureza continuada.
LDO	Compreender as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientar a elaboração da LOA, dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.
LOA	Compreender o orçamento fiscal referente aos Poderes (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público; o orçamento de investimento das empresas em que o ente federado, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público. ⁷⁷⁹

De acordo com a Lei 4.320/1964, o artigo que trata das receitas é o onze⁷⁸⁰. Às despesas são destinados os artigos 12⁷⁸¹ ao 21. As despesas devem ser discriminadas por

⁷⁷⁹ Tabela extraída da obra ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 273, 2010.

⁷⁸⁰ Art. 11. A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. § 4º - A classificação da receita obedecerá ao seguinte esquema: RECEITAS CORRENTES – RECEITA TRIBUTÁRIA: Impostos, Taxas, Contribuições de Melhoria, Receita de Contribuições, Receita Patrimonial, Receita Agropecuária, Receita Industrial, Receita de Serviços, Transferências Correntes, Outras Receitas Correntes – RECEITAS DE CAPITAL: Operações de Crédito, Alienação de Bens, Amortização de Empréstimos, Transferências de Capital, Outras Receitas de Capital. BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁷⁸¹ Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: DESPESAS CORRENTES: Despesas de Custeio, Transferências Correntes – DESPESAS DE CAPITAL: Investimentos, Inversões

elementos, que nada mais seriam do que os desdobramentos de gastos com pessoal, material, serviço, obras e outros meios à disposição da Administração para a consecução de seus objetivos. Por isso que é possível compreender as decisões políticas tomadas pelos dirigentes de cada órgão para a elaboração de uma ação específica e, principalmente, analisar a ligação e a pertinência dos gastos a partir de cada ponto isolado do orçamento⁷⁸².

A Lei Complementar 101/2000 – Lei da Responsabilidade Fiscal – prevê que o projeto de lei orçamentária anual será elaborado de forma compatível com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, evidenciando a concatenação de diversas atividades e prioridades que, para serem harmônicas, dependerão sempre de uma visão geral do que a sociedade realmente necessita. Por isso não é cansativo reafirmar: “o planejamento da ação do Estado, mediante a racionalização no uso dos recursos, é uma necessidade”⁷⁸³, não se olvidando de se tratar de uma obrigação jurídico-constitucional.

Toda essa questão de planejamento e de fixação, por meio de leis orçamentárias, dos recursos a serem dispendidos e em qual atividade, encontra profundas discussões em sede de duas doutrinas: a do “mínimo existencial” e a do “reserva do possível”.

A ideia de um “mínimo existencial” encontra-se na questão atinente aos direitos sociais, notadamente aos direitos sociais fundamentais. Para Ricardo Lobo Torres, entre os que defendem a plena eficácia dos direitos sociais fundamentais estão Canotilho (I) e Luís Roberto Barroso. Para eles, as normas definidoras de direitos sociais possuem plena exequibilidade e são plenamente justiciáveis. Bobbio, por sua vez, reconhece que tais direitos não são tão plenos, até que Canotilho (II) repensa seu posicionamento e afirma:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos; 4) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser quando

Financeiras, Transferências de Capital. BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁷⁸² ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. **Processo legislativo e orçamento público**: função de controle do parlamento. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198-200.

⁷⁸³ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60.

se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando apresentam dimensões pouco razoáveis⁷⁸⁴.

Diante de tais conotações acerca dos direitos sociais e a relação entre orçamento e “mínimo existencial”, é que Ricardo Lobo Torres afirma haver a necessidade de clareza na distinção entre tais pontos, ou seja, é necessário distinguir o “mínimo existencial” e “direitos sociais” a fim de prever “o exato limite dentro do qual é obrigatório prever e implementar a entrega de prestações públicas”. Essa colocação fica ainda mais clara quando o autor destaca: “uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador”⁷⁸⁵.

Sintetiza Lobo Torres que os direitos econômicos e sociais encontram-se limitados pela reserva do possível, o mesmo não ocorrendo com relação ao mínimo existencial:

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a ‘reserva do possível’ ou da ‘soberania orçamentária do legislador’, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos. A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais⁷⁸⁶.

E finaliza Lobo Torres defendendo a legitimidade da lei orçamentária:

Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas

⁷⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70-73.

⁷⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 80.

⁷⁸⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis⁷⁸⁷.

Seguindo a linha de raciocínio de Paulo Lobo Torres, os doutrinadores cariocas Gustavo Amaral e Danielle Melo miram os casos de fornecimento de medicamentos (por meio de ações judiciais) e questionam-se: há direitos acima dos orçamentos? Empós apontarem decisões dos Tribunais fincados no que chamam de “certeza monolítica da corrente majoritária”, no sentido de que “o direito à vida é um direito superior e não pode ser contrastado com questões menores como as finanças públicas e o orçamento”, e criticarem a posição adotada por Vicente de Paulo Barreto (não há razões justificáveis a impedir a implementação de direitos fundamentais – sociais e individuais – no Estado Democrático de Direito), Amaral e Melo afirmam que todos os direitos dependem do orçamento, independentemente de suas características⁷⁸⁸.

Tratando sobre o controle da fixação de metas e prioridades e do resultado final esperado das políticas públicas, Ana Paula de Barcellos enfatiza que “envolve o controle da fixação de metas, a cargo do Executivo e do Legislativo no âmbito do orçamento e da execução orçamentária, em matéria de políticas públicas para a realização de direitos fundamentais”, esclarecendo que o controle deve ser exercido sobre “o que se fez, afinal, com os recursos destinados pelo Poder Público a determinada área” e não o *quantum*⁷⁸⁹.

Harrison Ferreira Leite é enfático em defender que realocações orçamentárias feitas pelo Poder Judiciário são inconstitucionais/ilegais, pois quando há necessidade de alteração do orçamento para satisfazer decisão protetiva de direito a função é do Poder Legislativo, devidamente insuflado pelo Poder Executivo. Desse modo, a lei orçamentária, se constitucional, não pode ser alterada para atender decisão judicial⁷⁹⁰.

Por isso, o planejamento orçamentário é essencial para a construção de um bom modelo de Estado e de Sociedade, já que programar os gastos públicos é/parece ser uma atitude essencial para o bom desenvolvimento.

⁷⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83.

⁷⁸⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-95 e 101.

⁷⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 129-136.

⁷⁹⁰ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 176.

Não se perca de vista que o orçamento público é LEI, ou seja, é/deve ser o resultado de um debate que orbita a política, a democracia. Por isso que Luiz Fernando Arantes Paulo menciona que “o PPA deve valorizar o debate político-estratégico, em contraposição ao debate técnico-orçamentário”⁷⁹¹.

Como condição prévia favorável à boa execução da lei orçamentária, além do correto e sério planejamento que pressupõe a confecção de todo o “ciclo orçamentário”, imprescindível a “condição da vontade política”⁷⁹², sendo impossível não se recordar do “orçamento participativo” levado a efeito nalgumas cidades deste país, cujo principal foco era a participação democrático-popular na elaboração dos orçamentos, apontando o principal e mais querido desejo do povo para fins de contemplar a ordem de execução das políticas públicas.

Gilnei Luiz de Moura chega a afirmar, juntamente com Souto-Maior, que a Administração Pública fracassa em seu atuar diante da falta de estratégias e da participação dos cidadãos nas decisões que lhes afetam. Afirma que para tornar as políticas públicas mais eficientes e efetivas, que solucionem concretamente os problemas sociais, mister que o planejamento público não seja apenas “um instrumento de análise (racional)”, mas, sobretudo, que seja “um instrumento (político) que permite ou impede a democracia”. Planejamento estratégico sem participação popular torna o governo fechado⁷⁹³.

Autores como Luiz Fernando Kazmierczak e Fernando de Brito Alves chegam a conceber o orçamento participativo como uma forma de concretização dos direitos políticos do cidadão, haja vista o evidente aprofundamento da democracia que ocorre ante a ação coletiva orientada para a participação na gestão pública, ou seja, a participação popular na orçamentação gera efeitos até mesmo simbolicamente, pois os atores sociais passam a perceber que exercem o poder e este “se encontra partilhado de modo responsivo”:

[...] é de se considerar que o orçamento participativo pode ser concebido como uma técnica de balanceamento das meta-teorias da democracia (representação e deliberação), que possui características, consubstanciadas na: inversão da lógica da representação, já que os representantes ordinários cedem espaço para forma de participação local; aplicação local do princípio da autodeterminação dos povos (autorregulação soberana), pelo qual se

⁷⁹¹ PAULO, Luiz Fernando Arantes. O PPA como instrumento de planejamento e gestão estratégica. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 2, p. 183, 2010.

⁷⁹² SALDANHA, Gustavo Segabinazzi; PEIXOTO, Frederico Brider; ESTRADA, Rolando Juan Soliz. Planejamento estratégico na administração pública municipal. In: SLADE BRASIL/2006 – ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE ESTRATÉGIA, Balneário Camboriú, 2006. **Anais...** Balneário Camboriú-SC: Univali/Slade, 2006. p. 2.

⁷⁹³ MOURA, Gilnei Luiz de. Planejamento estratégico e planejamento participativo na gestão municipal – o caso do Município de Porto Alegre – gestão 1989-93. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 24 e 25, 1997.

instaura uma nova gramática social, já que os próprios participantes escolhem as regras que os sujeitarão; não aplicação de fórmulas técnicas na elaboração do orçamento, para privilegiar os processos de deliberação local na determinação das prioridades orçamentárias⁷⁹⁴.

Não se pode dissociar, portanto, o orçamento participativo da ideia de democracia direta. Será por meio das audiências públicas, com a participação da comunidade, com a maior liberdade possível de manifestação, que se tomarão decisões por meio da participação de todos, definindo-se as prioridades públicas, principalmente se levando em conta que as regras a serem fixadas na lei orçamentária foram fixadas pelos próprios participantes da discussão democrática, os cidadãos.

Tratar de “democracia” é sempre temerário, pois o natural passar do tempo ensejou modificações na sua concepção. Desse modo, perfunctoriamente abordar-se-á o tema de forma voltada ao que interessa ao deslinde desta pesquisa, ou seja, a importância da participação popular ao Estado, ao Governo e ao Direito.

Ao analisar o termo *demos* – que para os antigos estava atrelado ao próprio poder do *demos* e para os modernos corresponde ao poder dos representantes do *demos* – já é perceptível uma das grandes diversidades existentes entre os modelos democráticos antigo e moderno, muito embora não sendo a única. As inúmeras transformações sociais, fruto da (in)evolução (?) humana, fomentaram não só a complexidade dos relacionamentos, como ensejaram a migração da ideia de unidade (coletivo – democracia direta) para a diversidade (individual – democracia representativa).

Nesse contexto, em que “as palavras modificam-se mais rapidamente do que as coisas, embora essa mudança das palavras leve a crer que as coisas também tenham mudado”⁷⁹⁵, até o termo cidadão passou a ter significado muito diverso do vivenciado em sua origem (participação política/direito de voto). Por isso a necessidade de estudar a complexa evolução sócio-política da democracia, em especial a instituição do que passou a ser reconhecida como “sociedade civil” e sua contribuição para o sistema democrático representativo.

Questionando esse modelo de participação democrática representativa (democracia moderna), atualmente tem sido apresentada a necessidade de uma democracia mais participativa (inspirada no modelo de democracia direta). Aristóteles, realizando distinção entre boas e más formas de governo, entendia *democracia* como uma forma de mau governo

⁷⁹⁴ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; ALVES, Fernando de Brito. O orçamento participativo como forma de exercício dos direitos políticos. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 427-428, 2013.

⁷⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 373.

popular, justamente pelo modelo de participação direta do povo, chegando a compará-la às tiranias. Rousseau, por sua vez, muito embora elogiasse esse modelo democrático (democracia direta), reconhecia-o como uma das grandes razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais tenha existido (e jamais existirá), eis que exige um Estado muito pequeno, com facilidade de o povo reunir-se e de conhecer uns aos outros.

Com a passagem da democracia direta para democracia representativa (da democracia dos antigos à democracia dos modernos), foram criados novos modelos de *publicização* do exercício do poder, um poder não mais reconhecido como unidade, mas (com a democracia moderna) um poder fruto da diversidade⁷⁹⁶ criada pela concepção individualista da sociedade e autonomia do indivíduo⁷⁹⁷.

Esse momento histórico (início da Idade Moderna) corresponde também à emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, principalmente com a doutrina dos direitos naturais pertencentes ao indivíduo singular. Citando Johannes Althusius, Bobbio insiste que a política é a arte pela qual os homens se associam para instaurar, cultivar e conservar entre si a vida social. Uma das principais expressões dessa nova visão de mundo é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (americana e francesa)⁷⁹⁸.

As alterações inerentes a essa nova visão de mundo desencadearam significativas alterações no convívio social fruto de uma necessidade, na época, de limitar os poderes do Estado Absoluto ampliando, por sua vez, a liberdade dos indivíduos. Essa busca pela liberdade individual é traduzida por novas terminologias, dentre elas o liberalismo⁷⁹⁹.

Conectar os interesses burgueses dos Séculos XVII a XIX à origem da democracia moderna é um tanto temeroso: por mais que a luta da burguesia pelo reconhecimento da plena liberdade (Estado Mínimo) tenha sido responsável pela instituição de inúmeros dos princípios que fundamentaram os regimes democráticos das sociedades contemporâneas, Claude Lefort

⁷⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 65.

⁷⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 422.

⁷⁹⁸ “[...] as Declarações dos direitos americanas e francesas, nas quais é solenemente enunciado o princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, um princípio que exerceu grande influência não apenas sobre todas as constituições que vieram depois mas também sobre reflexão a respeito do Estado, tornando-se assim, ao menos em termos ideais, irresistível.” BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 65.

⁷⁹⁹ É de John Locke a ideia fundamental do liberalismo. Para ele, todo homem tem direito de, por seu próprio trabalho, aquinhoar patrimônio. É claro que essa manifestação datada do fim do Século XVII tem sua razão de ser: ao olhar para o Estado Absoluto e para os interesses de uma classe burguesa que germinava, Locke defendia a propriedade privada “aos seus” e fixava a função do Estado na preservação dessa mesma propriedade privada a fim de se evitar o estado de natureza. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 60.

não entende possível considerar a democracia como sendo uma criação burguesa: nas linhas mestras de Marx, afirma que a democracia nasce da luta de classes, dos movimentos populares e operários, considerados pela burguesia um escândalo e um perigo maior do que o próprio socialismo. A luta dessa classe pelos direitos de liberdade, fortemente atrelados ao direito à propriedade, corresponde apenas aos direitos do homem egoísta, do homem separado do homem e da coletividade. O conceito social supremo da sociedade burguesa (garantia a cada um de seus membros a conservação da pessoa, de seus direitos e de sua propriedade) é a garantia de seu egoísmo. Contudo, a Revolução Burguesa fomentou a emancipação política, fazendo dela um momento necessário e transitório no processo de emancipação humana, dando os primeiros passos em direção à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸⁰⁰.

Fruto desse novo contexto social, surge a figura de um Estado Democrático que, com a instituição dos direitos humanos, marca significativamente a mutação do cenário político ensejando o que passou a ser reconhecido como Estado de Direito, inicialmente marcado em sua concepção liberal (direitos negativos – direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc.) e trazendo consigo a ficção de uma sociedade que se ordenava espontaneamente graças a uma livre concorrência entre proprietários independentes e na qual o Estado (mínimo) se limitava a fazer respeitar as regras do jogo e a proteger as pessoas e os bens, dando uma ênfase significativa ao liberalismo político e econômico. Em contrapartida a esse modo de vida, os socialistas propunham a intervenção do Estado (máximo) em todos os domínios da vida social para diminuir ou suprimir as desigualdades.

Com esse intento, o desenvolvimento das liberdades individuais fomentou o fortalecimento dos grupos sociais criados no interior das sociedades civis, momento em que passaram a não mais defender-se do Estado, mas buscar nele não só a garantia como, principalmente, a efetivação dos direitos que figuravam (em especial) na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (as liberdades deixam de ser negativas e passam a ser positivas). Por isso que a Professora Daniela Cademartori afirma “as reivindicações em defesa dos direitos individuais haviam aberto caminho para exigências igualitárias criando para esse grupo os novos objetivos que levaram a uma renovação da política liberal”⁸⁰¹.

Assim, contrariando o pensamento burguês, esses novos grupos sociais que integravam a sociedade civil passaram a exigir maior participação no jogo democrático,

⁸⁰⁰ LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 43-44 e 48.

⁸⁰¹ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006. p. 47-49.

conquistando o direito ao sufrágio universal e, em especial, a extensão desse direito à novos espaços públicos:

Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda mais tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é de espaços até agora dominados por organizações do tipo hierárquico ou burocrático⁸⁰².

O desenvolvimento do Estado representativo coincide com as fases sucessivas do alargamento dos direitos políticos até o reconhecimento do sufrágio universal masculino e feminino. Somada a esta nova concepção de cidadania política, resta configurada (também) a mescla entre democracia representativa e democracia direta, objetivando tornar mais efetiva a participação do povo nas decisões coletivas, procurando acrescentar aos fundamentos da democracia formal (Estado Liberal) os benefícios da democracia substancial (Estado Social)⁸⁰³.

O reconhecimento não só das liberdades negativas mas, em especial, das liberdades positivas, ensejou novas transformações sociais, sobretudo por meio “da extensão da democratização – entendida como instituto e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados das deliberações do corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos”⁸⁰⁴. O Estado Liberal, trabalhando os princípios inerentes às liberdades negativas, obteve êxito e dissociou a ideia de Estado da ideia de sociedade civil, momento em que esta passa a contribuir de forma significativa nas decisões coletivas.

Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade⁸⁰⁵.

O número de pessoas que participa do “jogo” democrático deixa de ser importante, passando a se perquirir acerca do número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente

⁸⁰² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 67.

⁸⁰³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 153.

⁸⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 155.

⁸⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 156.

políticas em que as pessoas possam exercer o seu direito de voto, eis que esse direito passou a ser de todos indistintamente. É claro que não se pode admitir fique ela – a democracia – atrelada (exclusivamente) aos procedimentos (democracia formal) inerentes ao seu exercício, mas se deve ter em conta a necessidade de conexão também ao seu conteúdo (democracia substancial). Em outras palavras, é a exigência de que a forma de governo democrático assegure as principais promessas contidas num programa de democracia substancial, enfatizando que a principal diferença entre a democracia formal e a democracia substancial reside no fato de que a primeira define quem decide e como decide, e a segunda define os temas sobre os quais não se pode e, principalmente, os que se deve decidir.

Os novos atores sociais (politicamente importantes) já não são mais os indivíduos (isolados), mas os grupos sociais que não só permeiam a sociedade civil (dissociada da ideia de Estado) como, a todo momento, buscam novos espaços para o exercício da democracia (seja ela direta, representativa ou participativa) transformando, cada vez mais, a luta pela democracia em uma luta pela participação do povo nas funções legislativas e executivas (liberdade política).

A constitucionalização dos ditos direitos fundamentais (e suas “promessas tardias da modernidade”, segundo Lênio Streck), somada às conquistas do Estado Liberal (não intervenção estatal) e do Estado Social (que deve prover o bem estar de todos), ensejaram o nascimento do chamado Estado Constitucional de Direito. Nele, a democracia deixa de ser apenas formal e passa a ser substancial, eis que objetiva garantir (principalmente) a efetividade dos direitos naturais (fundamentais) positivados (garantismo).

Como fruto desse novo contexto democrático, merece ênfase o pensamento desenvolvido por Ferrajoli que, advogando em prol da ampliação da democracia substancial (nível internacional)⁸⁰⁶, é contrário à ideia de onipotência da maioria. Para o autor, ao falar de democracia não é possível fazê-lo sem referir-se ao constitucionalismo que possui como princípio fundamental a ideia de limitação de poderes, dentre eles, o da própria maioria (é a questão da Constituição como limite contra-majoritário). Assim, enquanto a democracia formal refere-se ao Estado político representativo, que tem no princípio da maioria a fonte da legalidade, a democracia substancial é o Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais, sistemática denominada como garantismo⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 35.

⁸⁰⁷ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Sequencia**, Florianópolis, n. 53, p. 145-162, 2006.

Nesse sentido, Ferrajoli compreende que a essência do constitucionalismo e do garantismo (democracia constitucional) abrange o conjunto de limites impostos pelas Constituições a todos os Poderes. Para tanto, os Estados Constitucionais deverão não apenas garantir os direitos fundamentais mas, em especial, adotar técnicas para o controle e reparação em caso de violação desses direitos. Essa pretensão substancial, inerente à ideia democrática moderna, traz em seu bojo a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais (assegurados pelas obrigações e proibições impostas aos poderes públicos – constituídos), devendo ser agregada à tradicional dimensão política, meramente formal – procedimental⁸⁰⁸.

A democracia constitucional, nesse novo modelo social em que restam reunidos os benefícios dos Estados Liberal e Social, é definida por Ferrajoli como sendo o conjunto de limites impostos pelas Constituições a todo poder, sistemática esta garantida pela rigidez das cartas constitucionais⁸⁰⁹.

Entretanto, com o atual modelo de Estado Constitucional Democrático como o brasileiro, a ineficiência (inexistência) das políticas públicas acarretaram a excessiva busca da garantia dos direitos fundamentais (constitucionalmente assegurados) pela via judicial, dando azo à conhecida morosidade que permeia o sistema. Como consequência, restam evidenciadas as inúmeras medidas objetivando minimizar as demandas judiciais, dentre elas, em evidência, a ideia propugnada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de mutação constitucional, acarretando sensível alteração pelo Judiciário na Carta Política. Nesse caso, como fica um dos principais requisitos inerentes à democracia moderna (limitação dos poderes)?

Para Lenio Streck, “discutir as condições de possibilidade de decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia [...] O drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores”⁸¹⁰, mesmo diante da desnecessidade de tal postura.

Como se está tratando do princípio democrático que inspira e anima o atuar administrativo, notadamente diante da juridicidade que permeia todo o ato administrativo (desde seu planejamento, passando por sua emissão e execução, chegando a sua conclusão), desloca-se o problema da “decisão jurídica” do Juiz (proposto por Streck) ao Administrador Público, uma vez que este necessita identicamente “interpretar e aplicar o Direito ao caso concreto”.

⁸⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 31.

⁸⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 27-29.

⁸¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 93.

É nessa perspectiva que o controle democrático mostra-se ainda mais necessário, pois a atuação administrativa encontra-se absolutamente limitada em termos formais e substanciais, isso já dito e redito ao longo do texto.

O fim último da administração é o interesse público, interesse público esse constante clara e expressamente na Constituição Federal; o fim visado pela autoridade há de ser o fim do serviço, o fim específico a que se propôs atingir, que é a concretização dos mandamentos constitucionais voltados aos direitos fundamentais. É o resultado final que o objeto do ato deve atingir.

Além dos requisitos formais da emissão do ato administrativo (que já permitem controle do mesmo), levando-se em conta o controle democrático inerente ao atuar da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, defende-se que a Constituição Federal indica clara e previamente a finalidade social de todo e qualquer ato administrativo/política pública. Vai-se mais adiante: além de definir clara, prévia, objetiva e juridicamente os fins públicos, o interesse público, a Constituição prevê a existência de leis orçamentárias que embasam o atuar administrativo, pois em tais leis orçamentárias está (ou deveria estar) previsto o planejamento público.

Essa afirmação é feita fundamentada nos princípios da boa administração e do atuar ótimo, os quais exigem sejam evitados desperdícios de recursos acima de qualquer coisa, como garantia de se obter a eficiência constitucionalmente prevista. Obediência à lei é dogma do Estado de Direito; possibilidade de controle e participação popular no atuar estatal é, identicamente, um ganho revolucionário que se encontra jungido na concepção de democracia (seja em seu aspecto formal, seja no substancial).

Desse modo, elaborar as leis orçamentárias com a seriedade que merecem, bem como fundamentá-las em estudos e planejamentos é a maneira mais adequada de se vislumbrar a imprescindível correlação entre Direito, Política e Economia, entendido este relacionamento como a garantia de participação democrática e conseqüente controle dos atos da Administração antes mesmo de sua edição.

A ideia plantada ao longo do que se escreveu até aqui, pensa-se, está clara no sentido de indicar o caminho a ser seguido pelo Administrador Público em seu atuar, qual seja, o de garantir amplamente a participação democrática desde o seu planejamento.

Para tanto, indicou-se que houve grande evolução no pensar administrativo, notadamente no que diz respeito ao deslocamento do polo de tensão da emissão do ato (*a priori*) à análise finalística do mesmo (substancial). Tratou-se, identicamente, porém de forma perfunctória, que é necessário antecipar o controle do ato administrativo antes mesmo de sua

emissão, uma vez que o controle finalístico, por melhor que seja quando comparado com o formalista/apriorístico, já ocorre quando o ato foi praticado e os valores inerentes ao atuar já foram gastos.

Com esta perspectiva, conduz-se este texto com o mote de defender que a referida antecipação de controle pode ocorrer nos modelos propostos pela Constituição Federal. É por meio das leis orçamentárias que o Administrador Público (se)legitima todas suas ações e permite o acompanhamento e controle democrático em seu mais amplo acontecer, já que tais leis representam o legado rousseauiano da *vontade geral*.

5.2 Direito, Política e Economia Orçamentária: uma relação difícil

A terminologia “uma relação difícil” é extraída da obra de Marcelo Neves “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, onde o autor utiliza a teoria sistêmica de Luhmann para avaliar e discutir a íntima e difícil relação que há entre o Estado (Leviatã) e a Justiça (Têmis).

Crê-se não haver nenhuma incompatibilidade, neste trabalho, na utilização da teoria luhmanniana para explicar e compreender a relação que há entre Direito, Economia e Política, uma vez que a teoria sistêmica é a melhor, senão a única teoria a bem e melhor interpretar e fazer compreender tal relação.

Ademais, a teoria sistêmica será utilizada apenas para esta abordagem, até mesmo para valorizar uma das linhas de pesquisa desta instituição de ensino superior e seu valoroso professor e pesquisador Leonel Severo Rocha, o que não poderia simplesmente ser esquecido. Faz-se questão, ainda, de alinhar, que uma vez realizada a pesquisa nessa tessitura, o intelecto parece não mais aceitar outras formas de abordagem do assunto.

A teoria sistêmica irá esclarecer a relação entre Direito, Economia e Política a fim de permitir ao Administrador Público a tomada de decisões, uma vez que toda e qualquer atuação administrativa necessita ser e estar compatível com as emanções jurídicas que, por sua vez, são frutos das relações políticas subjacentes e que somente poderão ser levada a efeito se houver orçamento autorizador.

Utilizando-se da linguagem sistêmica, Neves indica que há um *acoplamento* entre Direito e Política, focando que as soluções jurídicas exigem apoio político, bem como soluções políticas dependem de “auto-referência do sistema jurídico”⁸¹¹, o que é perfeitamente aceitável do ponto de vista administrativista, uma vez que a Administração Pública age com

⁸¹¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 98.

fincas no Direito e na Política e toma decisões identicamente a partir da e na Política e a partir do e no Direito.

Junte-se a estes elementos – Direito e Política – a questão orçamentária (Economia) que permitirá – ou não – a implementação daquela ação/política pública desejada politicamente e expressa/executada juridicamente. E é diante da necessidade de relacionar/conectar Direito, Política e Economia, que a Teoria Sistemática de Luhmann mostra-se apta a realizar tal intento, destacando-se não ser – a Teoria Sistemática – o marco teórico desta pesquisa, porém sendo utilizada no pertinente para tentar evidenciar que a atuação/decisão administrativa passa e depende do que se pode chamar de *acoplamentos* entre os três vetores/elementos/subsistemas.

O professor Leonel Severo Rocha sempre deixou bastante claro que Luhmann propõe a *observação*. No caso dos juristas, a observação do Direito é o grande fio condutor dos estudos sistêmicos, de modo que exige uma “virada ontológica” do sujeito pensante, colocando-se em outra condição que não mais a de operador do Direito – mas de observador – uma vez que as dificuldades dos textos luhmannianos “estimulam o espírito crítico”, no dizer de Losano.

Estas “observações” ficarão ainda mais claras e acentuadas quando se adentrar ao estudo do planejamento estratégico administrativo, que redundará nos orçamentos estratégicos, de modo que este alinhamento de concepções se mostra virtuoso em relação ao trabalho como um todo.

Pelos trabalhos de Mario Losano sabe-se que Niklas Luhmann dedicou-se aos estudos da ciência da administração e do Direito Administrativo, uma vez que de 1954 a 1960 trabalhou na administração pública da Baixa Saxônia⁸¹².

Os interesses nos estudos da ciência da administração e do Direito Administrativo, por parte de Luhmann, não se limitavam, diante desse contexto, às questões meramente acadêmicas, mas levavam em conta principalmente sua condição profissional, tendo escrito sua tese de doutoramento em Direito (1964) sobre a automação da administração pública, transformada posteriormente em seu livro intitulado *Recht und Automation in der öffentlichen*

⁸¹² LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3. A Baixa Saxônia, Baixa Saxônia ou Baixo Saxe é um dos 16 Estados federados da Alemanha. Tendo como capital Hanôver, situa-se no noroeste do país; seus limites são o Mar do Norte a norte, Schleswig-Holstein, Hamburgo e Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental a nordeste, Brandemburgo e Saxônia-Anhalt (Saxônia-Anhalt) a leste, a Turíngia a sudeste, Hessen e a Renânia do Norte-Vestfália a sul e os Países Baixos (províncias do Overijssel, Drenthe e Groninga) a oeste. O Estado ainda circunda as duas partes do Estado de Bremen.

Verwaltung, Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, de 1966. Em tradução livre, “direito e automação na administração pública: uma investigação de ciência administrativa”.

Nessa quadra da história, Luhmann já havia passado por Harvard (1960-1961), mantendo intenso contato pessoal com Talcott Parsons, pelas mãos do qual “sua atenção deslocou-se da dicotomia entre as partes e o todo⁸¹³ para aquela entre o sistema e o ambiente”⁸¹⁴. Essa virada paradigmática fez com que Luhmann superasse a concepção tradicional de sistema (partes e todo) e formulasse sua própria teoria baseada na diferença entre sistema e ambiente.

Moura destaca que essa mudança paradigmática a nível de sistema como “todo e partes”, sistema como mais do que a mera soma das partes, passando, então, do paradigma aristotélico do “todo e partes” para “sistema/entorno” que é da autoria de Karl Ludwig von Bertalanffy, agregando-se as diferenciações sistêmicas “para o interior” e “para o exterior”. É desse modo que se pode diferenciar o PENSAMENTO SISTEMÁTICO (que compreende o sistema como uma ordenação unitária interna de elementos) do PENSAMENTO SISTÊMICO (que concebe o sistema como a mesma ordenação unitária em um contexto de relacionamento externo com um meio)⁸¹⁵. Coube a Luhmann a inclusão na teoria sistêmica da teoria da *autopoiesis*.

Os primeiros estudos de Luhmann, destaca Losano, ocorreram na área da cibernética jurídica, cuja premissa mestra era a aplicação da teoria geral dos sistemas a todas as ciências humanas. Luhmann distinguia “cibernética” e “automação”, utilizando-se aquela para indicar o aspecto teórico e esta o aspecto prático, aplicativo. No entanto, as atenções de Luhmann acabaram focando mais a ideia de organização sistemática do que, propriamente, as técnicas de automação, tomando partido em grande discussão na época “se uma norma jurídica poderia ser dirigida a uma máquina e se à máquina poderia ser delegada a aplicação (ou seja, a interpretação) de uma norma jurídica”. Para Luhmann, este problema era apresentado de forma equivocada, afirmando que “a respeito de um problema completamente novo, nunca antes regulado nem pelo direito positivo, nem pelo costume, e que, de qualquer forma,

⁸¹³ A ideia de sistema como “todo e parte”, onde o todo é mais do que a mera soma das partes, é de origem aristotélica, presente no pensamento hodierno.

⁸¹⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3, p. 310.

⁸¹⁵ MOURA, Bruno de Oliveira. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, [S.l.] n. 9, p. 2-3, jul./dez. 2009.

poderia, em qualquer momento, ser decidido legislativamente, bastando saber apenas como”⁸¹⁶.

Essa concepção já marca os novos olhares de Luhmann, não mais voltado à fundamentação de algo, à práxis propriamente dita, mas a um novo modo de observar os acontecimentos, principalmente se levado em conta que o sistema luhmanniano já era diferente do sistema cibernético até então conhecido: Luhmann já deixava claro perseguir uma finalidade cognoscitiva, um sistema meramente teórico, especulativo no dizer de Losano.

Partindo do sistema cibernético e das influências de Talcott Parsons, Luhmann acaba por receber das ciências biológicas a noção de concretude do sistema, ou seja, o sistema existe na realidade, o que permite ao observador analisá-lo como ele é. O objeto é encarado como um problema real a ser resolvido pelo sistema. Desse modo, o Direito não mais pode ser visto como mero “conjunto de normas que preveem comportamentos” (Kelsen), mas passa a ser um sistema, o “sistema do direito” (na verdade, o Direito é estrutura⁸¹⁷), subsistema social ao lado de tantos outros, que é um conjunto de ações individuais que tendem a um fim, destacando as características das expectativas especificamente jurídicas. Interessa, portanto, a Luhmann, **as funções do Direito no sistema social**. Logo, “a norma não é uma condição *a priori* da decisão, esta que é a concepção tradicional dos juristas: a norma jurídica é o produto de uma decisão, elaborada pelo próprio sistema que por ela é estruturado”⁸¹⁸.

Em seu livro *Sociologia do Direito 1*, Luhmann critica a forma tradicional como vem sendo visto o Direito, na esfera da “imprescindibilidade funcional das normas”, já que o Direito não pode ser determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores. Segundo ele, “a pura existência da sociedade não mais permite a dedução direta da vigência de determinadas normas, pelo contrário, direito e sociedade têm que ser abarcados integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada”⁸¹⁹. E essa conclusão é obtida partindo da crescente complexidade social, cuja diferenciação funcional ordena a sociedade em diferentes sistemas parciais.

É desse modo que se tem a sociedade como grande sistema, subdividido em diversos subsistemas funcionais como o Direito, a Economia, a Política, dentre outros. No entanto, esses subsistemas inter-relacionam-se entre si, pois o ponto de partida fundamental, o

⁸¹⁶ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3, p. 315.

⁸¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 5.

⁸¹⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3, p. 349.

⁸¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 12.

pressuposto básico da sociologia é: *tudo está incluído dentro da sociedade*⁸²⁰. Assim, diante da complexidade social e a obrigatória ordenação dessa complexidade por meio de operações recíprocas, tem-se

[...] ‘complejidad organizada’ que sólo puede llevarse a cabo mediante la formación de sistemas, puesto que ‘complejidad organizada’ no significa sino complejidad de relaciones seletivas entre los sistemas’. Por isso, pode-se dizer que existem sistemas sociais da Política, da Economia e do Direito, porque, como sistemas funcionalmente diferenciados, fornecem critérios de identificação para cada uma dessas áreas do conhecimento. Como tudo isso está dentro da sociedade, todas as áreas do conhecimento surgem da sociedade e têm, por isso, autonomia, mas uma autonomia que existe na diferença dela com a sociedade. E não é uma diferença pronta, acabada, pois se elabora em operações. Trata-se de uma diferença que se constrói constantemente numa dinâmica que exige a autorreprodução de cada sistema, a partir de seus próprios elementos, diferenciando-se dos outros sistemas e se diferenciando dos ambientes, num processo constante⁸²¹.

A diferenciação dos sistemas segue uma tendência natural e histórica da sociedade, pois “as sociedades mais antigas... distinguem os cidadãos dos habitantes do campo, os camponeses dos nobres...”, de modo que se pode afirmar que “a diferenciação é necessária para manter a coalisão sob condições de crescimento”⁸²². Portanto, para Luhmann, as diferenciações se apresentam como consequência da diferenciação dos sistemas, já que “o sistema dentro do qual se formam outros sistemas se reconstrói através de uma posterior distinção entre sistema-parcial e entorno”⁸²³.

A diferenciação sistêmica, prossegue Luhmann, não é uma decomposição de um todo em partes, nem uma divisão ou até mesmo uma partição. É por isso que se afirmou que Luhmann superou a concepção tradicional de sistema (partes e todo) e passou a vê-la – a concepção de sistema – como cada sistema parcial reconstrói o sistema total ao qual pertence e realiza, por meio de uma diferença própria de sistema/entorno: “cada transformação de um sistema parcial é ao mesmo tempo uma transformação do entorno e dos demais sistemas parciais”⁸²⁴. É com essa concepção de sistema/entorno – leia-se sistema/ambiente – que se supera a concepção tradicional de sistema.

⁸²⁰ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

⁸²¹ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20.

⁸²² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad del Mexico: Herder, 2006. p. 471-472.

⁸²³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad del Mexico: Herder, 2006. p. 473.

⁸²⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad del Mexico: Herder, 2006. p. 474.

De recente obra capitaneada por Francisco Carlos Duarte, Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Sérgio Urquhart de Cademartori, extrai-se lição arrebatadora acerca desta concepção sistêmica luhmanniana entre sistema e ambiente, no sentido que “tudo o que não pertence ao sistema é ambiente, ou seja, aqueles elementos que não formam parte do sistema conformam o ambiente desse sistema”⁸²⁵. Os autores acabam por elucidar a relação entre sistema e ambiente com base na Teoria da Sociedade luhmanniana, afirmando que

Este dispositivo teórico proveniente da Teoria dos Sistemas permite, então, isolar o ‘social’ de tal maneira que a ‘sociedade’ aparece como um *sistema* e o ser humano como *ambiente* desse sistema. Nesta perspectiva o social não surge do homem. Para a *Teoria da Sociedade* o social consiste numa solução emergente de tipo evolutivo que precede aos sujeitos e se encaminha a prover estruturas de sentido numa dinâmica auto-referida. Assim, o social não seria então, aquela construção feita à imagem e semelhança do homem, e sim, o resultado de um prática evolutiva⁸²⁶.

Convém lembrar aquilo que Moura intitula de “os quatro pilares metodológicos” sobre os quais Luhmann se movimenta (universalidade, multidisciplinariedade, funcionalismo e utilidade):

O primeiro deles é sua pretensão de universalidade, resultando numa verdadeira teoria geral do conhecimento que excede os limites da sociologia... Em segundo lugar, a concepção de Luhmann parte de pressupostos multidisciplinares, envolvendo contribuições da física, da matemática, da cibernética... O terceiro pressuposto é a metodologia funcionalista adotada... Luhmann propõe um estruturalismo funcionalista, onde dever ser radicalmente privilegiado o conceito dinâmico de função em face da noção de estrutura... O último pressuposto diz respeito à utilidade dos paradoxos... Luhmann considera o paradoxo como algo positivo, construtivo que não leva a uma real contradição e à tautologia, mas à unidade conceitual⁸²⁷.

Considerando, então, que há vários sistemas dentro de um sistema, estes devem “conversar” entre si, ou seja, devem relacionar-se entre si, o que ocorre por meio de acoplamentos. O acoplamento estrutural é o modo pelo qual se dá a relação entre sistema e entorno. Explica-se.

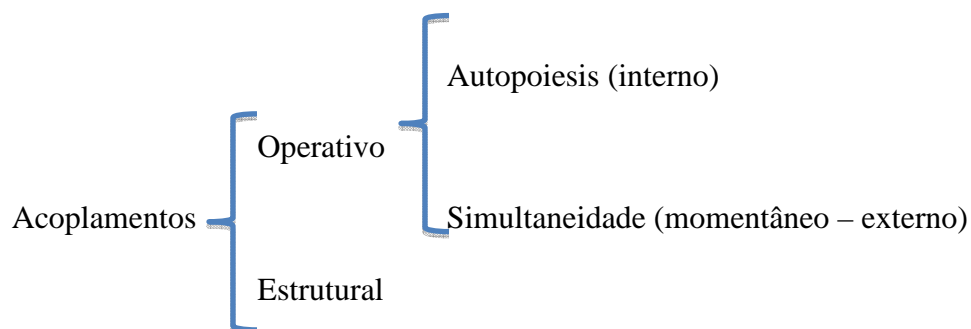
Essas relações entre os sistemas pressupõem a existência de sistemas diferenciados, a diferenciação sistêmica há pouco vista. “Um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente,

⁸²⁵ DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável**: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19.

⁸²⁶ DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável**: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19.

⁸²⁷ MOURA, Bruno de Oliveira. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, [S.l.] n. 9, p. 4-5, jul./dez. 2009.

operativamente fechado – para manter a sua unidade – e cognitivamente aberto – para poder observar a sua diferença constitutiva”⁸²⁸. Isso deve ocorrer para que haja relações entre sistema e entorno, o que pode ser chamado de acoplamento operativo. Há duas variantes para os acoplamentos operativos: a autopoiesis e a simultaneidade.



Percebe-se que a teoria luhmanniana utiliza-se repetidamente dos termos “observação” e “operação”. Há, sim, uma distinção entre eles, distinção essa que acaba por permitir a *autopoiesis* do próprio sistema, pois

Para que um sistema seja operativamente fechado, requer-se que, dentro de suas operações, exista aquela mediante a qual ele possa observar a si mesmo e se diferenciar dos outros sistemas e do ambiente. Ou seja, para que esse processo aconteça, faz-se necessário que, dentro de suas operações, exista aquela que lhe diga o que faz parte do sistema e o que não faz. A observação da diferença, ou melhor, a comunicação da diferença entre sistema e ambiente opera somente dentro do sistema e não no ambiente. Isso equivale a dizer que se opera um retorno, ou seja, a reintrodução da distinção na mesma distinção⁸²⁹.

Na lição de Giancarlo Corsi, Elena Esposito e Claudio Baraldi, o acoplamento estrutural ocorre diante da concepção luhmanniana de sistema/entorno, já que a clausura estrutural do sistema não prescinde de pressuposto factuais do ambiente:

El problema al que se refiere el concepto de acoplamiento estructural está relacionado con la clausura autopoietica, según la cual cada una de las unidades utilizadas por un sistema está constituida dentro del sistema mismo, sin ningún *input* de materiales o información del entorno. Los sistemas autopoieticos están determinados por la estructura, en el sentido en el que sólo las propias estructuras del sistema pueden establecer las operaciones que efectúa: se excluye el hecho que los datos del entorno

⁸²⁸ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

⁸²⁹ DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22-23.

puedan determinar lo que acontece en el sistema. No obstante, todos los sistemas necesitan muchos presupuestos factuales en su entorno, que no pueden producirse ni garantizarse por ellos mismos: es decir, presuponen un *continuo de materialidad* necesario para su existencia⁸³⁰.

Explica Luhmann que a autopoiesis “consiste na produção de operações do sistema por mediação das operações do sistema”, por isso diz-se interno. Já a simultaneidade se dá entre o sistema e o ambiente e “permite um acoplamento momentâneo das operações do sistema com aquelas que o sistema atribui ao entorno, por exemplo, a possibilidade de cumprir uma obrigação legal por meio de um pagamento”⁸³¹. Para elucidar definitivamente: “tudo que ocorre pertence simultaneamente a um sistema (ou a vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas”⁸³².

A fim de melhor compreender a questão de acoplamento autopoietico, a lição de Leonel Severo Rocha é percuciente, pois afirma que o sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado (normativamente) e aberto (epistemologicamente):

Assim, a ideia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é fechado nem aberto. Por quê? Porque um sistema fechado é impossível, não pode haver um sistema que se auto-reproduza somente nele mesmo. E um sistema aberto seria só para manter a ideia de sistema. Se falamos em sistema aberto, já nem falamos mais em sistema, podemos falar de outra coisa. Então, o sistema fechado não é possível, o sistema aberto é inútil. Há, aqui, então, a proposta de que, existindo um critério de repetição e diferença simultânea, temos uma ideia de autopoiese⁸³³.

Faz-se uma analogia, ao se tratar de autopoiese, com o conceito formulado pelo biólogo Humberto Maturana, para quem um sistema vivo se caracteriza pela capacidade de produzir e reproduzir por si mesmo os elementos que o constituem. É claro que essa conotação biológica de autopoiese necessita uma adaptação à teoria luhmanniana, tendo sido realizada de forma a ampliar sua importância. Desse modo,

Las operaciones de un sistema social son las comunicaciones, que se reproducen con base en otras comunicaciones reproduciendo de esta manera la unidad del sistema... Todos los sistemas autopoieticos se caracterizan por

⁸³⁰ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Nicklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 19.

⁸³¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 315-316.

⁸³² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 59.

⁸³³ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

la clausura operativa. Con este concepto se indica el hecho de que las operaciones que llevan a la producción de elementos nuevos de un sistema dependen de las operaciones anteriores del mismo sistema y constituyen el presupuesto para las operaciones ulteriores: esta clausura constituye la base de la autonomía del sistema en cuestión y permite distinguirlo de su entorno⁸³⁴.

Essa recepção do conceito de autopoiese das ciências biológicas às ciências sociais, explica Marcelo Neves, afasta-se do modelo de Maturana “na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos)”. Na teoria biológica há uma concepção radical do fechamento; já “no caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica”⁸³⁵.

Nessa linha de raciocínio sistêmico que se abordará a compreensão dos fenômenos jurídico, político e econômico, tudo com o mote de analisar o atuar administrativo, por mais que a concepção luhmanniana difira sensivelmente das abordagens realizadas pela dogmática jurídica. Em sede de Direito Administrativo, essa diferença é sentida logo de início, já que escapa das tradicionais conjunturas administrativistas. Para melhor elucidar tais diferenças, basta analisar os conceitos de “administração pública” propostos por alguns administrativistas, dogmáticos, comparando-os com o de Luhmann.

O administrativista Hartmut Maurer, ao lecionar que “administração” existe no âmbito privado, econômico, social e público, defende que a administração pública “forma uma unidade organizacional, funcional e jurídica”, destacando três possíveis interpretações:

Administração no sentido organizacional é a organização administrativa que consiste da totalidade das corporações administrativas, órgãos administrativos e outras instituições administrativas;
 Administração no sentido material é a atividade administrativa, isto é, aquela atividade estatal que tem como objeto as questões administrativas;
 Administração no sentido formal é a atividade total exercida pelas autoridades administrativas sem consideração a isto, se ela é ou não materialmente do tipo administrativo⁸³⁶.

Agustín Gordillo define administração pública como sendo função administrativa, ou seja, “toda la actividad de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados) y

⁸³⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Nicklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 32.

⁸³⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 61.

⁸³⁶ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri, SP: Manole, 2006. p. 2.

también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiere a sus funciones específicas”⁸³⁷.

Na mesma senda de Gordillo, Celso Antônio Bandeira de Mello foca seu conceito de administração pública em função administrativa: “é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infra-legais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais...”⁸³⁸.

Bobbio, Matteucci e Pasquino, em seu Dicionário de Política, definem Administração Pública como o que

[...] designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal. Do ponto de vista da atividade, portanto, a noção de Administração pública corresponde a uma gama bastante ampla de ações que se reportam à coletividade estatal, compreendendo, de um lado, as atividades de Governo, relacionadas com os poderes de decisão e de comando, e as de auxílio imediato ao exercício do Governo mesmo e, de outra parte, os empreendimentos voltados para a consecução dos objetivos públicos, definidos por leis e por atos de Governo, seja através de normas jurídicas precisas, concernentes às atividades econômicas e sociais; seja por intermédio da intervenção no mundo real (trabalhos, serviços, etc.) ou de procedimentos técnico-materiais; ou, finalmente, por meio do controle da realização de tais finalidades (com exceção dos controles de caráter político e jurisdicional)⁸³⁹.

Tais abordagens já se mostram absolutamente diversas da proposta de definição sistêmica de administração por Nicklas Luhmann, advinda de sua obra *Recht und Automation*:

Entendo por administração um sistema organizado de comportamentos decisórios factuais. A administração pública é um sistema social que produz decisões aplicáveis a toda a sociedade... ...a administração é um sistema cujo ‘ambiente’ é constituído pelo público, pela política e pelos funcionários públicos, estes últimos entendidos, porém, como pessoas⁸⁴⁰.

Essa concepção luhmanniana de administração pública, focada na noção de sistema organizado de comportamentos (funcional) é coerente com sua perspectiva de Direito e de

⁸³⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 1, p. X-1.

⁸³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

⁸³⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 10.

⁸⁴⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 1, p. 344-346.

Política: o Direito⁸⁴¹ possui a função de manter estáveis as expectativas e a Política a de aportar à sociedade a capacidade de decidir de maneira coletivamente vinculante⁸⁴².

O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao de poder. Este tem sido tradicionalmente definido como ‘consistente nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem’ (Hobbes) ou, analogamente, como ‘conjunto dos meios que permitem alcançar os efeitos desejados’ (Russell). Sendo um destes meios, além do domínio da natureza, o domínio sobre os outros homens, o poder é definido por vezes como uma relação entre dois sujeitos, dos quais um impõe ao outro a própria vontade e lhe determina, malgrado seu, o comportamento⁸⁴³.

Torna-se correto afirmar que o sistema administrativo é um subsistema do sistema social e que mantém relação com todos os outros subsistemas, notadamente os do Direito, da Política e da Economia. Losano apresenta de forma bastante clara a relação entre os (sub)sistemas administrativo, Direito e Política, ao afirmar que é pelo Direito que o subsistema administrativo entra em contato com outros subsistemas sociais, bem como que a política legislativa traduz-se em normas jurídicas positivas no interior do próprio sistema, concluindo que

[...] o direito desempenha duas funções: a) para com os outros subsistemas (ou seja, para o exterior), ‘cobre a retaguarda da administração’, no sentido de que faz pressupor que ela atue para o bem comum; b) para com o próprio sistema administrativo (ou seja, para o interior), ‘a função do direito consiste em transformar as exigências externas do ambiente e suas condições de existência [...] em premissas internas para a decisão’⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ Moura resume: “o Direito é o fato social que garante aquele patamar mínimo e imprescindível de orientação de condutas, constituindo a base da ordem social. Direito e sociedade estão em relação de interdependência (acoplamento estrutural) recíproca: o Direito é uma estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade. Sua função essencial é reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade e, ao mesmo tempo, fazer com que esta alcance uma complexidade mais alta e estrutura. Em suma: o Direito é ‘uma construção de alta complexidade estruturada’, satisfazendo a necessidade de ordenamento da sociedade. Sem o Direito, não há orientação de condutas no meio social” (MOURA, Bruno de Oliveira. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Sociologia Jurídica*, [S.l.] n. 9, p. 11, jul./dez. 2009). Duarte e Cademartori arrematam: “o Sistema do Direito de uma sociedade é constituído por todas as comunicações sociais que se processam a respeito do direito” (p. 33), portanto, “um produto da contingência social” e da “contingência decisional que opera nas organizações especificamente jurídicas”. DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

⁸⁴² CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 54-128.

⁸⁴³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 954.

⁸⁴⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3, p. 347-348.

Mesmo não fazendo – expressamente – uma abordagem luhmanniana, Eduardo Appio baseia-se na noção de “sistema” para tratar das políticas públicas. Appio afirma que para compreender políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas, em evidente manifestação sistêmica. Diz, ainda, que “políticas públicas são programas de intervenção estatal a partir de sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”⁸⁴⁵.

O acoplamento proposto por Appio envolve Direito, Política e Economia, pois o planejamento e a execução de alguma política pública passa obrigatoriamente pela esfera econômica, ou melhor, pela questão do “dinheiro”. A perspectiva de Luhmann com relação ao sistema da economia é exatamente “as comunicações que possuem relação com o dinheiro”, ou seja, “o meio de comunicação dinheiro é fundamental para que se possa ter a diferenciação de um sistema autônomo da economia”. Mais especificamente a escassez do dinheiro, a limitação de bens é o grande problema enfrentado pela economia⁸⁴⁶, de modo que essas vicissitudes levam a acentuar a importância das leis orçamentárias no que diz respeito ao planejamento administrativo.

Tratando sobre Política e Direito, Luhmann dedica o capítulo nove de sua obra “El derecho de la sociedad”. Arrazoa que Direito e Política são diferentes subsistemas do grande sistema chamado sociedade. A tradição histórica conduz, no entanto, a vermos o político e o jurídico como se fossem um sistema unitário, o que se deve ao conceito simultaneamente político e jurídico do Estado.

Na Idade Moderna, no conceito de soberania, de poder soberano, o poder político ordenava e deveria ser obedecido haja vista se reconhecer que este poder provinha do Direito. Soberania significava, desde a segunda metade do Século XVI, controle político centralizado da jurisdição, anulando as jurisdições feudais, eclesiásticas ou corporativas, que se justificavam a partir de direitos próprios. Soberania significou unificação dos direitos regionais, crescente atividade legislativa, de modo que se pode falar em “conceito de lei política” (Hobbes e Locke). Vislumbrou-se, politicamente, a unidade no direito natural entre Política e Direito.

Ao final deste movimento que integrou e organizou a Política e o Direito, encontram-se as grandes codificações dos Séculos XVIII e XIX e, finalmente, a ideia de que a função

⁸⁴⁵ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 133-134.

⁸⁴⁶ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Nicklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 69.

(política) do Estado consistia na garantia de uma liberdade conforme o Direito, dentro dos limites deste. Não é à toa a afirmação de Luhmann que o indivíduo deve sua individualidade civil à unidade entre Direito e Política⁸⁴⁷.

A unificação entre Política e Direito mostrou-se apta a combater alguns dos problemas sociais, de modo que a fundamentação da validade jurídica encontrou sustentação no poder politicamente imposto. Não obstante, no Estado Moderno, o sistema jurídico se encontra em oposição ao da política, pois a diferença entre o sistema jurídico e o sistema político se concebe tão somente como resistência justificada contra o exercício do poder político (limitação do poder). O paradoxo “direito/não direito” no que diz respeito ao poder não mais depende de uma relação faticamente dada, mas de uma relação entre Direito e Política, personificada na pessoa do soberano.

O sistema político do Estado moderno não podia aceitar o fato de que os súditos se intrometeriam na política apelando ao Direito. A partir de Coke, para quem “se houver apenas uma instância – independente do direito – que possa dispor da vida, do corpo e da propriedade, então não haverá direito”, evidencia-se a necessidade de “clausura operativa dos sistemas de funções”, ou seja, a clausura da Política e a clausura do Direito se confirmam no esquema “Estado de Direito”⁸⁴⁸.

Como “Estado de Direito”, o Estado é simultaneamente uma instituição de Direito e uma instituição de responsabilidade política visada pelo Direito: pela imposição e o subsequente desenvolvimento jurídico; pela adaptação às mudanças das circunstâncias sociais e os fins políticos realizáveis. Desse modo, há proteção jurídica do cidadão contra o poder soberano, independentemente do estilo político em que se pratica dito poder, pois o Direito se converte no instrumento fundamental para a consecução dos fins políticos, o que acarreta o incremento do material normativo e as normas jurídicas se convertem em fundamento da política.

Portanto, o Direito serve para que a Política não ceda a caprichos passageiros. Direito e Política são dois sistemas diversos: fechados em sua operação, com suas respectivas formas, respectivas codificações e respectivos programas⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 294.

⁸⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 296.

⁸⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 298.

Marcelo Neves esclarece ser a crescente complexidade da sociedade a verdadeira geradora de exigências de especificações “de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos”, seguindo as propostas de racionalidade de Weber. “A diferenciação sistêmico-funcional é concebida como característica distintiva da sociedade moderna”⁸⁵⁰.

[...] a sociedade moderna assenta-se na hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação. Implicaria, portanto, o desaparecimento de uma moral tradicional, de conteúdo hierárquico, válida para todas as esferas de agir e de vivenciar, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos (autopoieticos), reproduzidos com base nos seus próprio códigos e critérios, embora condicionados e influenciados pelos seus ambientes respectivos⁸⁵¹.

É no Estado Democrático de Direito, pelo modelo sistêmico, que se apresenta a autonomia operacional do Direito e a diferenciação dos sistemas jurídico e político. Entretanto, jamais poderá se perder de vista, pela autonomia do Direito, a autopoiese da Política, já que a Política, como dito acima, “é a esfera da tomada de decisão coletivamente vinculante” intimamente ligada com a Administração Pública, compreendida como “o subsistema encarregado de produzir decisões vinculantes, incluindo parlamento, governo e burocracia administrativa”⁸⁵².

No modelo teórico sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político. Isso significa que todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito. Não implica, porém, uma indiferenciação do político sob o jurídico. O que resulta é uma interdependência entre esses sistemas⁸⁵³.

O Direito é constituído por programas decisórios jurídicos, ou seja, constitui-se e opera mediante uma programação condicional (condicionamento das normas jurídicas): se forem preenchidas determinadas condições, deve-se adotar uma determinada decisão. Esta programação condicional é uma decisão jurídica porque é definida pelo próprio sistema como o elemento de sua constituição e reprodução. O Direito se diferencia do sistema social através de uma decisão política, definindo que programação do sistema jurídico será estabelecida através de processos decisórios de natureza exclusivamente jurídica.

⁸⁵⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 16-17.

⁸⁵¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 123.

⁸⁵² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 85-87.

⁸⁵³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 89.

Seguindo essa linha de raciocínio, aduzem Duarte e Cademartori que não deve haver dispersão das informações relevantes na tomada de decisões, de forma que se mostra “imprescindível que a administração seja planejada como sistema de processos de decisão, procurando trazer à tona somente as informações úteis, as quais desempenham uma função seletiva”⁸⁵⁴.

De volta a Luhmann, enquanto, pelo Direito, é possível concluir pela decisão legal/ilegal, pela Política se decide acerca de qual Direito é válido (a positividade do Direito é o acoplamento estrutural entre Direito e Política, já que a legislação tem por base uma decisão política). A fórmula “Estado de Direito” é uma tautologia obcecada que se dirige contra as intromissões da política, pela qual o Direito é, visto do sistema político, um instrumento que possibilita a realização de fins políticos. A Política deve a poderosa expansão do campo de suas possibilidades ao Direito (e também ao dinheiro, à Economia)⁸⁵⁵.

O Direito pode desenvolver-se somente se está assegurada a paz política. O Direito se encontra disponível no âmbito político de ação quando e até onde o sistema político o permita realizar-se como Direito (quando o sistema político não aplica a força pública de forma contrária ao Direito)⁸⁵⁶.

[...] la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz – la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan impones por la fuerza – está asegurada en otra parte: en el sistema político⁸⁵⁷.

Esta colocação luhmanniana fica ainda mais clara quando se pensa da seguinte forma: “se, de um lado, o direito é posto por decisões políticas, de outro, a diferença entre lícito e ilícito passa a ser relevante para os órgãos políticos supremos, inclusive para os

⁸⁵⁴ DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79.

⁸⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 303-304.

⁸⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 304.

⁸⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 304.

procedimentos eleitorais de sua escolha”, pois nos procedimentos eleitorais, administrativos e jurisdicionais a presença de elementos e estruturas de ambos os sistemas é constante e real⁸⁵⁸.

Frente a essa constatação, Luhmann afirma que as operações dos sistemas se identificam separadamente, porque são eles mesmos que, ao se reproduzirem, decidem sobre seus próprios limites (autopoiesis). A separação dos sistemas pode ser vista como condição para elevar a dependência recíproca: a democratização do sistema político e a positivação do Direito têm se mostrado possíveis graças à possibilidade e estimulação recíprocas⁸⁵⁹.

Explicando que a continuidade e a evolução do sistema depende de sua “abertura para o novo”, Duarte e Cademartori indicam que a dupla troca entre os sistemas Direito e Política é fruto da assimetria:

Mediante o processo de dupla troca, o Sistema Político provê o Sistema do Direito de assimetria, isto é, de premissas decisórias na forma de direito positivamente estatuído. Este, por sua vez, recebe do Sistema Jurídico a realização do poder político que passa através do direito. Outrossim, e na outra via de troca, o Sistema Jurídico provê de assimetria o Sistema Político na forma de premissa do uso da força física. Consequentemente, este sistema vê quebrado o círculo de vontade e força. A forma jurídica se interpõe sem que por isso se duvide da autonomia e do caráter democrática da formação da vontade política. Como contraprestação, o Sistema Jurídico recebe a possibilidade de coerção que pode utilizar quando há necessidade. Caso contrário, as sentenças judiciais seriam simples declarações de boa vontade, e o Sistema Jurídico como tal não existiria na sociedade⁸⁶⁰.

A uma melhor concepção de políticas públicas, a teoria sistêmica de Luhmann auxilia tal intento, vez que a interdependência e interconexão entre Direito e Política mostram-se ainda mais contundentes. Desse modo é que Maria Paula Dallari Bucci manifesta todo seu interesse no estudo sistêmico das políticas públicas:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política, ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das

⁸⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 90-93.

⁸⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003. p. 312.

⁸⁶⁰ DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável**: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 38-39.

decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política⁸⁶¹.

Fica claro que cada sistema possui códigos próprios: o político, governo/oposição; o jurídico, direito/não direito. As simbolizações também são distintas: a do sistema jurídico, o “direito vigente”; a do sistema político, o “Estado”; a do sistema econômico, “dinheiro”. No entanto, no atuar administrativo, a proximidade, relação e comunicação entre os três subsistemas é medida elementar e fundamental para a concretização daquele “documento” onde se dá o acoplamento estrutural entre Política, Direito e Economia: a Constituição Federal.

Parafraseando Luhmann, Marcelo Neves indica a Constituição como acoplamento estrutural entre Política e Direito, pois possibilita influências recíprocas permanentes entre Direito e Política, verdadeiro “mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito”. Nesse sentido, “possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico”⁸⁶². Inclua-se a Economia nesse contexto.

Discorrendo demoradamente acerca do papel da Constituição Federal na Teoria Sistêmica de Luhmann, Neves enfatiza o constante acoplamento entre os subsistemas Direito e Política. Afirma que a Constituição fecha o sistema jurídico, impedindo que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico e, ao mesmo tempo, vê-a como mecanismo da política ao institucionalizar o procedimento eleitoral e a divisão de poderes⁸⁶³.

DIREITO

CONSTITUIÇÃO

POLÍTICA

ECONOMIA

Já dito isso acima, no ensino de Losano, ao lado do subsistema administrativo encontra-se o do Direito, através do qual o subsistema administrativo entra em contato com outros subsistemas sociais. Luhmann, voltando-se ao interior da administração pública,

⁸⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-242.

⁸⁶² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 97-98.

⁸⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 99-102.

consagra a norma jurídica como diferenciadora da política, do público e da esfera pessoal, de modo que o direito é a própria estrutura do Estado e da Administração⁸⁶⁴.

O Direito oferece às decisões administrativas uma base operacional, vinculando-as; ele – o Direito – garante relativa autonomia da administração pública em relação ao ambiente. No entanto, o sistema administrativo possui relação com o ambiente, pois visa a um fim (funcional-estruturalismo de Luhmann). Essa relação com o ambiente se dá de duas maneiras: pelo modelo causal e pelo modelo finalizado.

No modelo causal, a informação de entrada resulta em apenas uma decisão... Portanto, o modelo causal aproxima-se de sua finalidade através de alternativas e por isso, por analogia com a linguagem da informática, é chamado por Luhmann também de ‘modelo condicional’... Ao contrário, no modelo finalizado, é possível uma pluralidade de decisões que devem ter em comum apenas a realização da finalidade do sistema...⁸⁶⁵

Explica Losano que o modelo/programa condicional mostra-se mais fácil em forma de norma jurídica, uma vez que o modelo/programa finalizado não permite indicar qual meio será escolhido para se alcançar a finalidade. Desse modo, a forma condicional (se/então) é a forma do programa decisório da burocracia estatal.

A forma básica do programa condicional é: *se* foram preenchidas determinadas condições, deve-se adotar uma determinada decisão. Essa coligação entre premissas significa que o direito estabelece uma expectativa condicional entre conjuntos de fatos e consequências jurídicas, ‘[...] cuja execução pressupõe o exame e a seleção, ou seja, um ato decisório’⁸⁶⁶.

A administração é um sistema social, pois elabora suas decisões por meio de informações que provêm do ambiente, sendo cada decisão uma comunicação:

A circulação do poder desenvolve-se na medida em que o público escolhe programas políticos e elege dirigentes, os ‘políticos’ condensam premissas para a tomada de decisões vinculantes, a ‘administração’ (em sentido amplo) decide e vincula o público, que, por sua vez, reage a isso na forma de eleições políticas ou mediante outras manifestações de opinião... Assim, a política praticamente não pode trabalhar sem os projetos da administração. O público depende da pré-seleção de pessoas e programas no âmbito da política. A administração precisa,

⁸⁶⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3, p. 350. Luhmann chega a exemplificar a ausência de separação entre política e administração nos “países em desenvolvimento”, onde nasce a corrupção.

⁸⁶⁵ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3, p. 352.

⁸⁶⁶ DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável**: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 84.

na medida em que se expande em campos eficaciais complexos, da colaboração voluntária do público, tendo, pois, de conceder-lhe influência⁸⁶⁷.

É por isso que os processos decisórios (legal, legislativo e judiciário) encontram-se em total consonância e fundamentam as políticas públicas, pois pelo processo legal forma-se o corpo de representantes do povo; pelo legislativo, os escolhidos positivam o Direito e definem as expectativas a serem consideradas como estruturas da sociedade; e, enfim, pelo Judiciário, ocorre a realização concreta de decisão⁸⁶⁸.

Se com o antigo esquema tínhamos somente quem mandava (o titular do poder) e quem obedecia (os súditos), e entre esses a comunicação era de cima para baixo, agora, na sociedade funcionalmente diferenciada, são três os destinatários da comunicação política e é circularmente entre esses três, sem hierarquia, que se desenvolve a comunicação. O público (politicamente relevante) é o destinatário número um, o qual expressa suas decisões nas eleições políticas. A política e as correntes ideológicas se materializam nas organizações de partidos políticos e competem pela assunção do poder e se estruturam no Parlamento que, por sua vez, põe os limites e as prioridades nas decisões da administração. Assim, a administração estabelece uma relação com o público vinculado pelas decisões. E, por último (novamente), o público reage a essas decisões não somente no ato eleitoral, mas também através de manifestações de opinião, sejam estas vinculadas... ou medidas pela atividade em organizações vinculadas ao Sistema Político⁸⁶⁹.

Diante de todo o exposto, o Sistema Direito, o Sistema Política e o Sistema Economia encontram-se inquebrantavelmente ligados, estruturados na Constituição Federal, sendo que o Sistema Economia acaba por provocar a determinação no desenvolvimento de todos os demais sistemas. Esse acoplamento fica ainda mais evidente quando o tema é políticas públicas, já que a Administração deverá pautar-se considerando a interligação de todos os sistemas (Direito, Política e Economia), absorvendo as contingências derivadas do ambiente e a crescente complexidade social – e, levando-se tudo isso em consideração no plano do planejamento para, após, consolidá-las nas leis orçamentárias.

Ao planejamento estratégico.

⁸⁶⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 87.

⁸⁶⁸ MOURA, Bruno de Oliveira. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, [S.l.] n. 9, p. 12-13, jul./dez. 2009.

⁸⁶⁹ DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável**: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 97.

5.3 O Planejamento Estratégico Vinculante: o “Administrador Público Hércules” pode ser real

Acaso o “Juiz Hércules” seja uma lenda, uma figura mítica, uma alegoria, uma metáfora⁸⁷⁰, o “Administrador Público Hércules” pode existir⁸⁷¹, basta que o Administrador Público se conscientize de seu papel enquanto tal (de concretizador de direitos constitucionais em prol da melhoria de vida dos administrados, na busca incessante pelas suas dignidades humanas), planeje sua atuação e, finalmente, aja.

A terminologia “Juiz Hércules” não é uma exclusividade do jus-filósofo estadunidense Ronald Dworkin: François Ost também se utiliza da nomenclatura, ou melhor, utiliza-se da metáfora como um dos seus modelos de juiz. Para esta pesquisa, o “Juiz Hércules” de Dworkin, ou o “Juiz Hermes” de Ost, serão utilizados como paradigma linguístico ao “Administrador Público Hércules” ou “Administrador Hércules”, até porque Dworkin e Ost focam na capacidade destes juízes semideuses em solucionar conflitos, litígios entre as partes, mantendo a integridade e coerência do Direito.

No caso da Administração Pública, pelo menos no que diz respeito à abordagem aqui realizada, o “Administrador Hércules” não está voltado à solução de litígios entre a Administração e o Administrado. Pelo contrário, deseja-se que o “Administrador Hércules” centre-se na sua missão de concretizar direitos fundamentais constitucionais e, para isso, planeje sua atuação de modo a garantir, *ab initio*, o atingimento da finalidade social com eficiência e eficácia. Além disso, que a este planejamento do “Administrador Hércules” seja dado publicidade e que, levado a efeito na forma de lei orçamentária (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual), fique este mesmo “Administrador Hércules” a ela vinculado.

Por certo que se mostra imprescindível, mesmo que superficialmente, “apresentar” este modelo de Juiz – o “Juiz Hércules”, ou o “Juiz Hermes” – para que se possa, logo em seguida, aplicar algumas de suas características e capacidades ao “Administrador Hércules”.

⁸⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 343.

⁸⁷¹ Como deixam claro Wright, Kroll e Parnell, a administração estratégica previu, inicialmente, a figura de um “executivo ideal” que, com o passar do tempo, materializou-se, concretizou-se na gestão privada, de modo que isso poderá vir a ocorrer na Administração Pública, o que se deseja. “Em administração estratégica, pode-se argumentar que o executivo ideal do futuro será um líder, não um mero administrador. Esse executivo ideal deverá ser um escudeiro fiel dos vários públicos interessados na empresa. Ele ou ela será um visionário, um participante de equipes e um técnico de perspectiva global e capaz de capitalizar sobre a diversidade”. WRIGHT, Peter; KROLL, Mark; PARNELL, John. **Administração estratégica**: conceitos. Tradução: Celso A. Rimoli e Lenita R. Esteves. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28.

Como afirmado, Dworkin e Ost se utilizam das terminologias “Juiz Hércules” e “Juiz Hermes” para tratarem de um modelo de Juiz altamente capaz, extremamente competente e preocupado em buscar a resposta correta/a melhor resposta aos litígios que lhes são apresentados.

François Ost trabalha com o que chama de “três modelos de Juiz”: o “Juiz Júpiter”, o “Juiz Hércules” e o “Juiz Hermes”. Há uma sequência histórica-evolutiva na utilização dos três modelos, pois o “Juiz Hermes” é o Juiz do “Direito pós-moderno”, o Juiz que compreende o Direito como uma rede de estruturas que se traduz em infinitas informações, cada vez mais complexas e interligadas⁸⁷².

Ronald Dworkin compreende o Direito como algo “não esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios...”, “tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude... onipresente em nossas vidas. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido”, de modo que “torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios”. Trata-se, o Direito, de “uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções”⁸⁷³.

É evidente que sua concepção de Direito é imanente aos Estados Unidos da América⁸⁷⁴ e seu “common law”, sistema este fundamentado na jurisprudência e nos precedentes como principais fontes do Direito. Ademais, referida concepção também é fruto de uma cultura/civilização fundada em valores bem definidos, cuja noção de “moralidade política” – que é, pode-se dizer, um tanto distante da realidade brasileira – encontra-se difundida e diariamente vivida pelas pessoas que lá convivem.

Por isso que Dworkin trata do Direito como integridade, como algo delicado e que deve equilibrar as mais diversas convicções políticas. E trata o Juiz “como um autor na cadeia do direito consuetudinário”, que considera as decisões de outros Juízes, em outros tempos, que “deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de

⁸⁷² OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 14, p. 172, 1993.

⁸⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 492.

⁸⁷⁴ Ao explicar o Juiz Hércules, Dworkin diz: “Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 165.

interpretar e continuar”, que compreende o Direito como integridade em que há mais perguntas que respostas, que é criterioso e metódico, enfim, um Juiz que admita

[...] na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios⁸⁷⁵.

Ost aborda os três modelos de juízes com a finalidade de caracterizar modelos de Direito. Afirma que o modelo jurídico clássico que continua sendo ensinado nas faculdades de Direito é o modelo de Direito Codificado, um Direito reduzido à simplicidade que se apresenta de forma hierarquizada e piramidal.

O Juiz desta “época” é o “Juiz Júpiter”, um Juiz que “representa o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto... esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e pelas Constituições modernas...”⁸⁷⁶.

El logro de las codificaciones no pasa sólo por cierta racionalización formal; implica también una simplificación radical del material jurídico concomitante para una nivelación del propio sistema social. Haciendo tabla rasa del pasado, inspirado en una nueva concepción de lo social, el codificador reescribe el Derecho restableciendo algunas categorías esenciales. Una coincidencia destacable se observa así entre las codificaciones conseguidas y el reforzamiento del poder político; se trata del triunfo de una forma de despotismo ilustrado, de un fenómeno de liberación nacional o del resultado de un proceso revolucionario⁸⁷⁷.

O “Juiz Hércules” de François Ost é um Juiz bastante diferente do Juiz jupiteriano, pois é um Juiz presente, que decide e aplica as normas como seu predecessor, porém, “en el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación

⁸⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo.. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 291.

⁸⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 338.

⁸⁷⁷ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 14, p. 174, 1993.

de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social”⁸⁷⁸.

Ao que parece, este “Juiz Hércules” de Ost seria o melhor, o mais recomendável modelo de Juiz, pois o Direito não mais seria um dever-ser, um conjunto de regras, mas um fenômeno fático complexo, formado pelos comportamentos das autoridades judiciais, alterando a perspectiva do Direito a uma pirâmide invertida, um funil.

Porém, é o próprio Ost que ataca este modelo afirmando ser absolutamente perigoso o movimento realista – referindo-se clara e especificamente ao Realismo Jurídico norte-americano – que coloca as decisões judiciais como a fonte mais importante do sistema jurídico.

Sua crítica, então, reside em que o “Juiz Hércules” deixa de se preocupar em se questionar qual seria o seu dever (jurídico, de aplicação da lei, do código) e passa a se questionar se haverá, por parte de alguma jurisdição superior, alguma espécie de sanção ao seu comportamento. Ou seja, Ost afirma que a regra jurídica nasce da decisão e não o contrário. É o que Streck chama de o “juiz monopolizador da jurisdição... em que o direito se reduz ao fato”⁸⁷⁹.

Tomemos el Derecho herculeano. Aquí la efectividad (la irrecusabilidad del hecho) es condición necesaria y suficiente para la validez; la legalidad de la regla y, *a fortiori*, su legitimidad no se toman en consideración. El Derecho se recude al hecho, a la indiscutible materialidad de la decisión... Tomemos el Derecho jupiterino. Aquí es la legalidad la que es condición necesaria y suficiente para la validez de la regla. Es suficiente, para una norma, haber sido dictada por la autoridad competente y según los procedimientos; las cuestiones anteriores de legitimidad y ulteriores de efectividad no son pertinentes a este respecto⁸⁸⁰.

Por fim, ainda com Ost, seu “Juiz Hermes” é o modelo que supera os anteriores Júpiter e Hércules, deixando de compreender o Direito como pirâmide (legalidade) ou como pirâmide invertida (funil; efetividade social). Este modelo é o resultado combinatório que se obtém ao considerá-lo como uma rede de informações, um verdadeiro banco de dados pelo qual é possível prever o sentido interpretativo de textos e de relações de força, eis que se está dentro da rede.

⁸⁷⁸ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 14, p. 177, 1993.

⁸⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 339.

⁸⁸⁰ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 14, p. 178-179, 1993.

Esta situación combinatoria – se podría decir, en un lenguaje más antropológico, <intersubjetiva> - reenvía a la ontología del Derecho, a eso que Paul Amselek llamaba recientemente <la peculiaridad ontológica del Derecho>. Signo lingüístico, el Derecho pide en efecto ser interpretado por sus destinatarios; manifestación de voluntad, el Derecho pide ser interiorizado y aceptado. A partir del momento en que los <sujeitos de Derecho> - que no son sujetos *del* Derecho, sino mejor sujetos *de* Derecho, es decir, todo a la vez, seres susceptibles de derechos y coautores del Derecho – reconstruyen mentalmente el mensaje que se les dirige y mediatizan su puesta en práctica con una operación de voluntad (que es también una manifestación de libertad), el Derecho se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y siempre relanzado, indefinidamente retomado en la mediación del cambio⁸⁸¹.

Walber Carneiro, na sua tese de doutoramento intitulada “Hermetica Jurídica Heterorreflexiva: limites e possibilidades de uma filosofia *no* direito”, diz que o “Juiz Hermes” vive em dois mundos, o mundo do direito institucionalizado e o mundo da vida, onde experimenta a presença cotidiana um do outro. E por conhecer esses dois mundos justamente por viver neles, Hermes é capaz de assumir uma postura rigorosa na sua prática interpretativa, refletindo e decidindo com base nesta moral-prática por ele conhecida e muito bem manejada.

[...] Ost apresenta um *tertius genus*, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide, nem um funil e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do direito. O juiz Hermes não é nem transcendência e nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra)⁸⁸².

Retornando a Dworkin e ao seu “Juiz Hércules”, sua integridade, equanimidade e consistência afastam qualquer possibilidade de subjetividades, de discricionariedade em seu sentido forte, pois o “Juiz Hércules” respeita a coerência e a integridade do Direito, conhecendo os fatos históricos, a história institucional, e sabendo das consequências futuras de sua decisão, ou seja, “Hércules começou suas conjecturas com a intenção não apenas de

⁸⁸¹ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 14, p. 183, 1993.

⁸⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 339.

reproduzir o que os outros juízes fazem, mas de fazer cumprir os direitos institucionais verdadeiros daqueles que procuraram o seu tribunal”⁸⁸³:

Sua teoria diz respeito ao que a lei ou o precedente exigem, embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas. Mas isso é muito diferente de supor que essas convicções têm alguma força independente no argumento, simplesmente pelo fato de serem suas convicções. ... A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas 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 pressupõem⁸⁸⁴.

Desse modo, se o Juiz possui o dever de responsabilidade exigido pela ideia central da “resposta constitucionalmente adequada/correta”, decidindo o litígio entre as partes, por certo que o Administrador Público, nos mesmos moldes, deve agir de forma concreta, dando diuturnamente respostas constitucionalmente adequadas/corretas, já que sua função é a de concretizar direitos fundamentais constitucionais.

Reconhecer a Constituição Federal como fonte de validade e legitimidade do sistema jurídico é o primeiro passo a ser dado por aquele que, como o Administrador Público, pretende agir de forma a garantir melhorias nas condições de vida das pessoas. Não se trata de meramente restringir a atividade interpretativa ao Juiz, uma vez que o Administrador Público também deverá “interpretar/aplicar/concretizar” o Direito, de modo que o empreendimento interpretativo a ambos – Juiz e Administrador – é bastante próximo.

Como se vive em um Estado Democrático de Direito, Juiz e Administrador Público possuem um caminho a ser seguido que lhes é dado de antemão, não cabendo a nenhum deles, simplesmente, seguir outro ou seguir aquele que melhor lhe convier. O Juiz deve seguir este caminho constitucionalmente trilhado para solucionar litígios entre as partes. Já o Administrador Público age/deve agir “de ofício”, ou seja, cabe ao Administrador Público desvelar seu caminho de gestor da coisa pública, contudo, sempre seguindo a trilha já previamente traçada pelo legislador, em especial, pelo legislador constituinte.

O Estado Democrático de Direito não admite que uma autoridade pública – Juiz ou Administrador Público – decida sem recorrer ao Direito, Direito este que já se encontra

⁸⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 192.

⁸⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 184 e 197.

positivado no texto constitucional, na legislação infraconstitucional, nas decisões judiciais e súmulas (vinculantes ou não), de modo que o Juiz e o Administrador Público não “criam novas regras”, mas encontram a solução nas regras existentes e as concretizam.

Perceba-se um mezinho exemplo de determinação absolutamente regradada pelo texto constitucional, porém, a solução não está previamente disposta no texto: o artigo 212 da Constituição Federal prevê que os Municípios aplicarão, anualmente, nunca menos de vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Pode-se afirmar que a regra constitucional é “clara”, pois determina expressamente a aplicação de, no mínimo, vinte e cinco por cento da receita municipal oriunda de impostos. Seria, portanto, prescindível interpretações do texto.

Ledo engano: ainda assim é necessário interpretar para concretizar, pois a solução não está disposta neste texto. Afinal, como aplicar os vinte e cinco por cento? Em quais situações de fato deve o Administrador Público aplicar os recursos em comento? Teria plena discricionariedade para “fazer o que quisesse” com o mesmo, desde que aplicasse na “manutenção e desenvolvimento do ensino”?

Certamente a resposta é negativa. O Administrador Público, neste caso, não possui discricionariedade no sentido de que pode agir da maneira que julgar conveniente. Não. Deve ele, justamente diante da amplitude que o texto lhe dá, extrair a solução constitucionalmente adequada, concretizando-a. **A concretização, portanto, deve considerar o Direito e as condições práticas envolvidas no caso concreto** (e estas “condições práticas envolvidas no caso concreto” somente serão conhecida/desveladas pelo Administrador Público quando planejadas suas ações). É neste “espaço de discricionariedade” que se espera do Administrador Público a melhor solução, a solução ótima, considerando-se o sistema jurídico como um todo, notadamente com os princípios jurídicos que o animam.

Fausto Santos de Moraes destaca que “o princípio jurídico teria vinculação com um valor político-jurídico importante para o sistema jurídico. Ou seja, um valor marcado na tradição história político-jurídico de uma determinada comunidade”, de modo que

A partir disso a concepção de princípios jurídicos como convicções necessárias de comportamento inscritas na história institucional, pensados a partir da noção de integridade e coerência requerida pela moralidade pública, acaba por colocá-los como razões públicas da comunidade político-jurídica. Com isso, vincula-se a apreciação dos princípios jurídicos sempre que um ato público seja praticado, permitindo que este ato tenha a sua validade condicionada ao cotejo da sua coerência com o conjunto de princípios

jurídicos institucionalizados na tradição (jurídica) de uma dada comunidade⁸⁸⁵.

Diante da importância dos princípios jurídicos – que conduzem à noção de moralidade pública, ou moralidade política – ao Direito é que estão excluídas as preferências pessoais, seja do Juiz, seja do Administrador Público, no momento de decidir. E isso é integridade do Direito, ou seja, não há espaço discricionário para que o Administrador Público encontre justificativas de cunho pessoal para decidir determinada questão, ou melhor, para fixar determinadas diretrizes administrativas.

A integridade serve como veículo para a “transformação orgânica” do conjunto de normas públicas presentes no sistema a partir do reconhecimento da importância dos princípios. “Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade”, já que “promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva”:

A integridade, pelo contrário, insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania⁸⁸⁶.

Essas características e capacidades do “Juiz Hércules” (que não julga com base em suas crenças; é criterioso, metódico, responsável) é o que se deseja sejam “transmitidas” ao “Administrador Público Hércules”, um Administrador Público criterioso, metódico, responsável, planejador, honesto, sábio, que implanta políticas públicas independentemente de suas próprias crenças, enfim, um Administrador Público hábil e comprometido com o fomentar da boa e digna vida.

É com essa visão/concepção que Luiz Henrique Cademartori simplifica a ideia de Dworkin no que diz respeito à resposta correta. Para o autor, a dimensão da moralidade política estabelece que “havendo duas justificativas igualmente boas com relação aos dados jurídicos apresentados, certamente uma delas oferecerá uma justificativa melhor que a outra

⁸⁸⁵ MORAIS, Fausto Santos de. A importância da resposta correta no direito: breve exposição das contribuições de Ronald Dworkin à teoria do direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 6, p. 281, 2010.

⁸⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 228 e 230.

se for superior enquanto teoria política ou moral, ou seja, se apreende melhor os direitos que as pessoas têm”⁸⁸⁷.

Ainda com Cademartori, levar o direito a sério, como diz Dworkin, é assumir “um posicionamento específico e claro dentro do instrumental teórico que um direito que transita pelo campo moral e político pode hoje oferecer”⁸⁸⁸, possibilitando-se com isso chegar a uma resposta correta, não a única, mas a melhor resposta que o caso comporta.

Rodolfo Arango trata do “método construtivo da coerência”, ou seja, em um sistema jurídico avançado, somente uma resposta entre as muitas possíveis mostra-se como a mais coerente. E relembra Dworkin ao resgatar a íntima relação entre Direito, Política e Moral para se obter a referida coerência e, como consequência, a resposta correta: “[...] la respuesta correcta es aquella no sólo coherente con el derecho positivo visto como un todo – justificación interna – sino con la mejor teoría política que subyace al mismo y con la moralidad institucional – justificación externa”⁸⁸⁹.

Fica evidente, portanto, que o Juiz deve cumprir com sua obrigação social de tratar a todos com igual consideração e respeito, de modo que tome decisões coerentes com o Direito visto como um todo⁸⁹⁰, enfatizando que, na linha de Dworkin, deve-se combater “a indeterminação ou vazio de resposta jurídica a ser dada e não uma pluralidade de respostas que possam ser discutidas”⁸⁹¹.

Dworkin construye su teoría de la adjudicación sobre el principio axiomático de igual consideración y respeto que caracteriza al derecho moderno. La integridad en el derecho depende de la coherencia de trato que el sistema jurídico brinda a cada uno de los miembros de la comunidad, de forma que cualquier cambio en su aplicación pueda y deba ser justificado. El derecho como integridad exige de los jueces la capacidad de justificar teóricamente

⁸⁸⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A tese da resposta correta na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções analíticas do direito: um provável mal-entendido. **Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 91, 2009. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 17 fev. 2015.

⁸⁸⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A tese da resposta correta na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções analíticas do direito: um provável mal-entendido. **Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 96, 2009. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 17 fev. 2015.

⁸⁸⁹ ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. p. 61.

⁸⁹⁰ ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. p. 85.

⁸⁹¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A tese da resposta correta na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções analíticas do direito: um provável mal-entendido. **Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 98, 2009. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 17 fev. 2015.

sus decisiones y, a la vez, un comportamiento acorde con los postulados políticos de la misma⁸⁹².

O “Administrador Público Hércules” é aquele capaz de agir de forma correta (a resposta correta, a resposta adequada à juridicidade contemporânea, enfim, a resposta adequada à Constituição), nos moldes propostos por Ronald Dworkin ao “Juiz Hércules”.

Planejar o atuar administrativo, normatizando-o por meio das leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual) e vinculando-se a elas como forma de garantir o controle administrativo e a participação popular, com vista a diminuir a discricionariedade administrativa, são os papéis deste “Administrador Público Hércules” que aqui se defende.

Como dito ao longo das laudas, a superação do estrito controle das formalidades no momento da emissão do ato administrativo (controle formal) pelo controle finalístico, ainda não se mostra suficiente à atuação eficiente, principalmente pelo fato de o controle finalístico não conseguir evitar a má aplicação dos recursos públicos.

Uma vez realizado o controle finalístico em alguma obra ou serviço público, tal empresa já ocorreu, ou seja, os recursos públicos já foram aplicados e, acaso se conclua pela ineficiência ou desvio de finalidade, os meios legais disponíveis (ação civil pública, ação de improbidade administrativa etc.) não são garantias de que o erário será integralmente ressarcido.

Desse modo, antes mesmo da emissão do ato administrativo – e, por óbvio, bastante antecipadamente ao controle finalístico – é imprescindível o planejamento das ações a serem realizadas, planejamento vinculante à Administração Pública eis que tornado lei.

Trata-se de um adensamento do controle finalístico, do controle de resultados, adido pelo planejamento estratégico, que resultará na administração estratégica. Carlos Alberto Sampaio de Freitas chama esse modelo de gerenciamento de *performance management*, ou seja, “um processo de gerenciamento resultante da reunião das práticas de mensuração de resultados que vinham se desenvolvendo (*performance measurement*) com as práticas governamentais de planejamento estratégico (*strategic management*)”⁸⁹³.

Infelizmente a realidade cotidiana mostra que não há planejamento criterioso (sequer há planejamento, nalgumas oportunidades) e, como consequência, os orçamentos públicos são confeccionados sem a seriedade e o comprometimento exigidos, o que leva os Poderes a que eles

⁸⁹² ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. p. 106-107.

⁸⁹³ FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. Auditoria de gestão e estratégia no setor público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 52, n. 4, p. 58, 2001.

deveriam estar vinculados a não o respeitarem (em especial, o Poder Executivo) e, acaso necessário, modificarem-nos também sem qualquer comprometimento. As leis orçamentárias são feitas abstratamente, ou melhor, para meros efeitos formais, sendo assim ainda vislumbradas⁸⁹⁴.

O questionamento “há direitos acima dos orçamentos?” é o que melhor traduz a importância de se “levar a sério os orçamentos públicos” (como Dworkin intitula uma de suas obras: “levando os direitos a sério”), em uma concepção conteudística, substancial, não bastando haver orçamentos para efeitos de cumprimento de regras de controle fiscal, mas utilizando-se séria e comprometidamente dos orçamentos aprovados pelo Poder Legislativo e que representam a “vontade geral”, fruto do processo democrático.

A concepção proposta do “Administrador Público Hércules” corresponde a um misto entre as correntes substancialista e procedimentalista voltadas ao Direito Administrativo (entendida a primeira como a que defende a concretização do texto constitucional pelo fato de ser constitucional e a segunda que defende ser necessário garantir o processo de participação popular na criação do ato administrativo), bem como a uma concepção garantista (entendida como um constitucionalismo rígido, um reforço ao positivismo jurídico alargado em razão de uma concepção substancial), sem esquecer a fenomenologia hermenêutica da facticidade na

⁸⁹⁴ Em recente artigo publicado no sítio eletrônico do Conjur (02/06/2015), José Maurício Conti afirma que o orçamento não pode mais ser uma peça de ficção. Avalia que a lei orçamentária já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como a mais importante depois da Constituição (Tribunal Pleno, ADI 4048 – Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 14/05/2008), mas que os constantes contingenciamentos tornaram-se praxe na Administração Pública e distanciam o orçamento aprovado pelo Poder Legislativo daquele efetivamente cumprido pelo Poder Executivo. Como resultado desse distanciamento e descumprimento, ter-se-ia excessiva discricionariedade exercida ao longo da execução orçamentária, mitigando sua credibilidade e aproximando-se a uma peça de ficção. “A lei orçamentária já foi muito criticada por ser esta “peça de ficção”, verdadeira “formalidade” a ser cumprida pelos entes federados, para a qual não se dava atenção e respeito... A estabilização da moeda e o aperfeiçoamento da legislação em matéria de finanças públicas mudaram esse quadro, e não há mais como reconhecer nem aceitar a lei orçamentária como uma peça de ficção. No entanto, ainda há muito o que fazer para que a lei orçamentária passe a ocupar legitimamente o papel que lhe cabe, e foi corretamente reconhecido, de lei mais importante do ordenamento jurídico depois da Constituição”. Segundo Conti, são necessários “alguns aperfeiçoamentos” para que as leis orçamentárias efetivamente ocupem um lugar de ainda maior destaque: em primeiro, que apresentem números confiáveis e representativos da realidade financeira, especialmente em termos de arrecadação; em segundo, que seja abandonada a técnica do “orçamento incremental”, pela qual os entes federados fazem previsões com base no orçamento executado no ano anterior, acrescido de algum valor a título de expectativas simplistas de provável aumento na arrecadação; a três, que se reconheça e se atribua efetivamente o caráter impositivo à lei orçamentária, abandonando a tese de que o orçamento é lei meramente formal, autorizativa, sem caráter mandatário ou impositivo, reconhecendo-se nele um caráter material de lei” (CONTI, José Maurício. Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção. **Boletim de Notícias Conjur**, São Paulo, 2 jun. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 fev. 2015). Essa abordagem também foi feita por Luiz Fernando Arantes Paulo, quando afirma ser o PPA “um documento burocrático de pouca utilidade”, um “instrumento de trabalho principalmente para os órgãos de controle, mas, para os planejadores e tomadores de decisão, limita-se a peça burocrática”. PAULO, Luiz Fernando Arantes. O PPA como instrumento de planejamento e gestão estratégica. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 2, p. 180, 2010.

análise dos fatos e das necessidades e na interpretação e aplicação do Direito (a fim de planejar e concretizar).

O professor italiano Giandomenico Majone lembra a tese proposta por Alfred Chandler, para quem “a estrutura acompanha a estratégia, e de que o tipo mais complexo de estrutura é o resultado da concatenação de várias estratégias básicas”. Explicando que a tese trata do desenvolvimento organizacional e das demandas administrativas da nova estratégia necessária à sobrevivência empresarial no mercado, havendo profundo impacto nos estudos da moderna empresa industrial e da organização dos negócios em geral, lamenta que “o mesmo não se verifica com relação ao estudo da política pública e da gestão pública”, não havendo a mesma evolução, o que evidencia a desídia do Administrador Público ao planejamento, às inovações em termos de administração estratégica⁸⁹⁵.

E assevera Majone que não foram poucas as novidades em matéria política nos últimos anos, principalmente no que diz respeito à existência do Estado e das constantes mudanças pelas quais tem passado, citando a ocorrência de privatizações, liberalização e desregulação do mercado, austeridade fiscal, integração econômica e monetária, enfim, várias novidades que afetam a gestão pública.

Já se disse aqui, em suma, que a complexidade, a instabilidade e a incerteza orbitam nas organizações privadas e públicas, exigindo de seus administradores o desenvolvimento de competências de ordem técnica, pessoal e social. Citou-se Maria do Socorro Macedo Vieira de Carvalho e seus questionamentos: “e na área pública? Como se coloca a questão gerencial? Até que ponto há consciência de que os quadros dirigentes da administração pública precisam ser formados e/ou desenvolvidos?”.

Vem se enfatizando ser necessário transmutar do modelo de “gerência tradicional” ao modelo de “gerência moderna”, no qual o Administrador Público passa a ser um verdadeiro “gerente” que, além de agir corretamente (gerência tradicional), espera-se dele não apenas que faça as coisas, mas, sim, que consiga que as coisas certas sejam feitas.

Também se disse aqui que esse novo modelo de gerência vem sendo conhecido como “administração pública gerencial”, cuja proposta básica é emprestar conceitos e práticas de sucesso no âmbito da gestão das empresas privadas, sem perder a característica específica da administração governamental, que tem o interesse público como seu elemento finalístico (e não o lucro).

No ensinar de Abreu e Gomes, são premissas da Administração Pública Gerencial:

⁸⁹⁵ MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 50, n. 1, jan./mar. 1999, p. 5, 2010.

* descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;* descentralização administrativa, por meio da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;* organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de piramidal;* pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;* controle por resultados, *a posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos;* administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida⁸⁹⁶.

Para tanto, mostra-se imprescindível à Administração Pública, ao Administrador Público, substituir o modelo mecanicista de administrar pelo modelo humanista, integrando as pessoas à tarefa e à organização por meio de mecanismos que levem à satisfação das necessidades do agente público, capacitando-o a elaborar uma agenda de decisões através da identificação das questões realmente estratégicas e, com isso, podendo criar uma rede de relações na qual se apoiará sua capacidade de implementação. Devido a isso tudo é que o Administrador deve desenvolver competências técnica, administrativa, interpessoal e política.

Administração Pública é, nesse contexto “uma prática, uma ação concreta, contínua, e o gestor é um ente de ação. O gestor é alguém que se baseia (idealmente) num máximo de saberes (científico ou tirados da reflexão sobre experiências) para melhor assentar sua percepção das situações e melhor fundar as instituições que guiarão no exercício, o mais adequado possível, de sua atividade”⁸⁹⁷.

Exige-se, portanto, um novo padrão de conduta pública, uma nova “cara” da Administração Pública, uma Administração Pública real e efetivamente voltada ao cidadão/usuário/administrado, fincada seriamente em um controle de resultados e em constante busca por eficiência e eficácia, porém, desde o ponto de partida, qual seja, o planejamento estratégico de suas ações.

Em linhas bastante amplas, “planejar” significa selecionar objetivos e definir os meios para atingi-los:

[...] entenda-se planejamento como o processo pelo qual um ator (pessoa ou organização) seleciona um curso de ação (conjunto de meios) para atingir seu fim, sendo considerado ‘bom planejamento aquele em que os meios propostos provavelmente atingem o fim, ou maximizam as chances de

⁸⁹⁶ ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 272, 2010.

⁸⁹⁷ SILVA, Gerson Gomes da. **Planejamento estratégico na administração pública**. p. 2. Artigo não publicado.

atingi-los. A melhor adaptação dos meios aos fins pode ser alcançada através de um processo de escolha racional⁸⁹⁸.

Hernan Contreras Alday mostra-se mais contundente com seu conceito de planejamento, pois agrega-lhe elementos valorativos de clareza, certeza e controle e diferencia o ato complexo de planejar do mais simples ato de projetar:

Planejar é a palavra apropriada para se projetar um conjunto de ações para atingir um resultado claramente definido, quando se tem plena certeza da situação em que as ações acontecerão e controle quase absoluto dos fatores que asseguram o sucesso no alcance dos resultados... É necessário um processo de raciocínio que seja explorador, e não determinístico... Enquanto projetar o futuro é um processo que envolve decidir como agir com base no que está ocorrendo no ambiente imediato e no futuro próximo, planejar é a tradução dessa decisão em ações gerenciáveis⁸⁹⁹.

Planejar é, no mínimo, concentrar-se em assuntos de relevância; é pinçar pontos em que se deve atuar; é focar em necessidades prementes; é, pelo menos, pensar no que é realmente importante à organização, seja privada ou pública. É, no dizer de Gileno Fernandes Marcelino, concentrar-se em atividades que permitam a “implementação de processos de racionalização de rotinas e procedimentos”⁹⁰⁰.

Em termos simples, planejar significa que a organização seleciona objetivos e determina os meios para atingi-los. Os planos visam a obter a melhor utilização dos recursos organizacionais num ambiente futuro e são também a base para o controle e a direção da organização pela gerência no seu ambiente atual... Todo planejamento inclui tomada de decisões... O cuidadoso planejamento estratégico é apenas o primeiro passo de uma série de atividades que levam a decisões sobre a execução de serviços governamentais⁹⁰¹.

O planejamento não é, por óbvio, algo estanque, intocável no espaço e no tempo, algo que não mais estaria sujeito a modificações (“uma vez planejado, até o fim”!). Não, pelo contrário, o planejamento é contingencial, ou seja, não há uma única e melhor maneira de planejar, de organizar e de administrar. Vem de Galbraith a ideia de que “não há um único

⁸⁹⁸ MOURA, Gilnei Luiz de. Planejamento estratégico e planejamento participativo na gestão municipal – o caso do Município de Porto Alegre – gestão 1989-93. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 27, 1997.

⁸⁹⁹ ALDAY, Hernan Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. **Revista FAE**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 12, 2000.

⁹⁰⁰ MARCELINO, Gileno Fernandes. Planejamento estratégico no setor público: uma experiência no Palácio do Planalto. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 53, n. 4, p. 110, 2002.

⁹⁰¹ GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zaharr, 1994. p. 42-43.

melhor caminho para organizar” e que “nem toda forma de organizar é igualmente eficiente”⁹⁰².

Chiavenato lembra que coube a Galbraith uma das maiores e melhores contribuições ao estudo das organizações, notadamente no que diz respeito ao planejamento estratégico. Para ele, as organizações são: “a) compostas de pessoas e de grupos de pessoas; b) a fim de alcançar algum propósito repartido; c) através de uma divisão do trabalho; d) integrada por processos de decisão baseados em informação; e) continuamente, através do tempo”:

Para Galbraith, o conceito de desenho organizacional resulta de uma combinação da definição de organização e do conceito de escolha estratégica: ‘O desenho organizacional é concebido como um processo de decisão que apresente uma coerência entre os objetivos ou propósitos para os quais a organização existe, os padrões de divisão do trabalho e coordenação inter-unidades e as pessoas que querem fazer o trabalho. A noção de escolha estratégica sugere que estas são escolhas de objetivos ou propósitos, escolhas de diferentes modos de organizar, e finalmente uma escolha de como objetivos, organizações, indivíduos, ou alguma combinação deles devem ser mudados a fim de se adaptar a mudanças no ambiente’⁹⁰³.

O planejamento é algo sempre em movimento, não significando menos importância. É pelo planejamento que se define a direção na qual se pretende caminhar, pois pelo planejamento se define um futuro a ser perseguido e a ser implementado pelo administrador, seja privado, seja público. Por isso é que o planejamento gera informações preliminares ao administrador, a fim de que este possa tomar decisões.

Planejar estrategicamente é adjetivar o ato de planejar, ou melhor, é adensar o planejamento por meio de um processo vinculador:

Define-se estratégia como plano, padrão, posição e perspectiva, e a formulação de estratégia como um processo de planejamento, idealizado ou apoiado por planejadores, a fim de produzir planos; ou seja, pode-se planejar (considerar seu futuro) sem se engajar em planejamento (procedimento formal), mesmo sem produzir planos (intenções explícitas). Alternativamente, existe a possibilidade de se engajar em planejamento (procedimento formalizado), apesar de não planejar⁹⁰⁴.

⁹⁰² SILVA, Gerson Gomes da. **Planejamento estratégico na administração pública**. p. 11. Artigo não publicado.

⁹⁰³ CHIAVENATO, Idalberto. Novas abordagens na teoria administrativa. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 19, n. 2, maio/jun. 1979.

⁹⁰⁴ ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 273, 2010.

O conceito de estratégia foi absorvido pela teoria das organizações para referir-se aos meios de que a organização se utiliza para atingir seus objetivos. Gestão, administração, objetivos e estratégias encontram-se intimamente conectados:

A palavra ‘gestão’ é sinônimo de administração e significa ação intencional orientada para a consecução de objetivos. Quando os objetivos a serem alcançados são objetivos de longo prazo, costumamos chamar esses objetivos de estratégicos. Os objetivos podem modificar-se em função das mudanças que se processam no meio ambiente. À medida que essas mudanças se tomam mais velozes, faz-se necessário um ajuste constante dos objetivos, de modo que a organização possa alcançar os resultados desejados. Isto é administração estratégica⁹⁰⁵.

A administração estratégica pressupõe planejamento estratégico. A administração estratégica amplia a noção e a aplicação de planejamento estratégico, pois conecta planejamento, administração e estratégia, vinculando-os. “O planejamento estratégico – processo contínuo⁹⁰⁶ que é – é o primeiro item a ser abordado pela administração estratégica, pois possibilita o planejamento do desenvolvimento e de mudanças organizacionais”⁹⁰⁷.

Para a organização, o planejamento estratégico permite que se desenvolvam um sentido de direção, um conceito do futuro e uma forma de controlar aspectos deste nos quais a organização tem interesse. Seja ou não utopia, o planejamento estratégico gera as informações preliminares com as quais se pode avançar no planejamento de longo prazo para decisões organizacionais. O planejamento estratégico oferece a possibilidade de melhorias significativas na administração e nos programas, mesmo sem elaborar um planejamento de longo prazo⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ CARVALHO, Maria do Socorro Macedo Vieira de. Gestão organizacional estratégica: a questão dos recursos humanos e do desenvolvimento gerencial. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n 1, p. 72, 1995. Vieira de Carvalho ensina, ainda, que “a expressão estratégia tem origem militar. Vem do grego *strátegus*, que significa ‘chefe do exército’. Lembra Motta (1991) que o *strátegus* ou estrategista era o comandante militar que formulava e projetava as mudanças necessárias à consecução de um fim específico. Na linguagem militar, a expressão estratégia aparece como o caminho, o meio, a forma pela qual se busca, uma vez definidos os objetivos de guerra, alcançar a vitória” (p. 71).

⁹⁰⁶ Wright, Kroll e Parnell chamam a atenção e dedicam um subcapítulo de sua obra à “administração estratégica: um processo contínuo”. Nas suas concepções, “uma vez que a estratégia planejada seja implementada, frequentemente irá requerer modificações à medida que as condições ambientais ou organizacionais modificam-se”. Diante disso, os autores diferenciam a estratégia pretendida (que a Administração originalmente planejou) e a estratégia realizada (o que a Administração implementou, na realidade, devido aos eventos ambientais e/ou organizacionais que provocam as mudanças na estratégia). WRIGHT, Peter; KROLL, Mark; PARNELL, John. **Administração estratégica: conceitos**. Tradução: Celso A. Rimoli e Lenita R. Esteves. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37-38.

⁹⁰⁷ FELIX, Rozelito; FELIX, Patrícia do Prado; TIMÓTEO, Rafael. Balanced Scorecard: adequação para a gestão estratégica nas organizações públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 62, n. 1, p. 53, jan./mar. 2011.

⁹⁰⁸ GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 53.

Estratégia é um conjunto de ações que necessitam ser realizadas para se atingir o melhor desempenho de uma organização, isto é, é um caminho pré-determinado a ser seguido para se obter eficiência organizacional. Gestão estratégica, ou administração estratégica, é o conjunto de decisões a serem tomadas e que determinam o desempenho da organização.

“A Administração Estratégica é definida como um processo contínuo e interativo que visa a manter uma organização como um conjunto apropriadamente integrado a seu ambiente”⁹⁰⁹. Wright, Kroll e Parnell seguem a mesma ideia: “administração estratégica consiste em decisões e ações administrativas que auxiliam a assegurar que a organização formula e mantém adaptações benéficas com seu ambiente”⁹¹⁰. Hitt, Ireland e Hoskisson, da mesma forma, abordam “estratégia”, porém, focada nas empresas privadas: “Uma estratégia é um conjunto integrado e coordenado de compromissos e ações definido para explorar competências essenciais e obter vantagem competitiva”⁹¹¹.

H. Igor Ansoff, na década de 1970, pioneiro na abordagem da Administração Estratégica, crê na necessidade de uma novo método, de uma nova postura organizacional-administrativa para encarar, superar e evoluir com organizações complexas em ambientes turbulentos. Fundamenta sua hipótese básica no sentido “de que uma organização se mostra bem-sucedida à medida que o ambiente, as respostas, a cultura e a capacitação sejam equivalentes”⁹¹².

Destaca Ansoff que o comportamento estratégico de uma organização pressupõe constante processo de interação com o ambiente, acompanhado de um processo que promova a modificação das configurações e dos aspectos dinâmicos internos, em evidente correlação entre os ambientes externo e interno da organização.

O principal benefício do planejamento é o estabelecimento de um futuro curso de ação que promova a coordenação dos recursos internos da organização com seus desafios políticos e externos... Um segundo benefício do planejamento é que ele ajuda os administradores públicos a tomar as decisões atuais que têm a melhor chance de produzir as consequências desejadas... Um terceiro benefício do planejamento provém da avaliação das condições futuras e presentes e do encorajamento e apoio aos administradores para tentarem estabelecer objetivos... Um quarto benefício do planejamento é que ele torna os administradores capazes de decidir de antemão o que fazer, como e quando fazê-lo e quem deve fazê-lo...

⁹⁰⁹ ALDAY, Hernan Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. **Revista FAE**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 13, 2000.

⁹¹⁰ WRIGHT, Peter; KROLL, Mark; PARNELL, John. **Administração estratégica**: conceitos. Tradução: Celso A. Rimoli e Lenita R. Esteves. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25.

⁹¹¹ HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Administração estratégica**: competitividade e globalização. Tradução: All Tasks. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 4.

⁹¹² ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 15.

Finalmente, o planejamento provê o controle organizacional através do estabelecimento de padrões de desempenho⁹¹³.

Peter Wright, Mark Kroll e John Parnell deixam bastante clara a conexão que há entre “estratégia” e “administração estratégica”, na mesma concepção adotada acima, pela qual “administração estratégica” é mais ampla e abrange a noção de “estratégia”:

Estratégia refere-se aos planos da alta administração para alcançar resultados consistentes com a missão e os objetivos gerais da organização. Pode-se encarar estratégia de três pontos de vantagem: (1) a formulação da estratégia (desenvolvimento da estratégia); (2) implementação da estratégia (colocar a estratégia em ação); e (3) controle estratégico (modificar ou a estratégia, ou sua implementação, para assegurar que os resultados desejados sejam alcançados). Administração estratégica é um termo mais amplo que abrange não somente a administração dos estágios já identificados, mas também os estágios iniciais de determinação da missão e os objetivos da organização no contexto de seus ambientes externo e interno. Desse modo, administração estratégica pode ser vista como uma série de passos em que a alta administração deve realizar as tarefas a seguir: 1. analisar oportunidades e ameaças ou limitações que existem no ambiente externo; 2. analisar os pontos fortes e fracos de seu ambiente interno; 3. estabelecer a missão organizacional e os objetivos gerais; 4. formular estratégias (no nível empresarial, no nível de unidades de negócios e no nível funcional) que permitam à organização combinar os pontos fortes e fracos da organização com as oportunidades e ameaças do ambiente; 5. implementar as estratégias; e 6. realizar atividades de controle estratégico para assegurar que os objetivos gerais da organização sejam atingidos⁹¹⁴.

Ansoff trabalha, então, com o que chama de “pedra fundamental” de sua teoria: as organizações a serviço do ambiente. O professor estadunidense – natural de Vladivostok, Rússia – trata das organizações “com fins lucrativos”, as empresas e indústrias, e das organizações “sem fins lucrativos”, no caso, o Estado, o governo, os setores governamentais, e afirma que atualmente esta distinção está se tornando cada vez mais vaga, pois

No setor público, à medida que a sociedade confronta novos problemas de educação, saúde, serviços sociais, transporte, ecologia, uso do espaço, as organizações sem fins lucrativos veem-se, cada vez mais, engajadas em tarefas empresariais voltadas para o ambiente, que, anteriormente, eram exclusivas da empresa de negócios. Ao mesmo tempo, à medida que os orçamentos governamentais aumentam e consomem uma parcela cada vez

⁹¹³ GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 72.

⁹¹⁴ WRIGHT, Peter; KROLL, Mark; PARNELL, John. **Administração estratégica: conceitos**. Tradução: Celso A. Rimoli e Lenita R. Esteves. São Paulo: Atlas, 2009. p. 24. Graham e Hays chegam a afirmar que “planejamento e administração são inseparáveis, pois as decisões de planejamento fornecem um referencial pelo qual se podem avaliar ações, realizações e realidades subsequentes e tomar então as medidas corretivas necessárias. GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 73.

maior do Produto Nacional Bruto, a ineficiência econômica inerente das entidades sem fins lucrativos se torna sobejamente óbvia. Como resultado, o setor privado vê-se submetido à crescente pressão no sentido de emular a eficiência da empresa de negócios⁹¹⁵.

Felix e Timóteo compactuam a ideia de Ansoff no sentido de que a administração estratégica pode ser utilizada na Administração Pública⁹¹⁶, desde que adaptado seu ponto fulcral: enquanto a iniciativa privada busca, por meio da administração estratégica, estratégias para aumentar sua lucratividade e superar os seus concorrentes, a Administração Pública visa à satisfação do cidadão por meio da implantação de políticas públicas.

Ao tratarem de um “modelo de gestão estratégica”, Felix e Timóteo admitem a utilização do modelo chamado *Balanced Scorecard* (BSC), que envolve três grupos de ações: ações estratégicas, ações operacionais e ações organizacionais. A filosofia do BSC é buscar

[...] viabilizar a realização de quatro processos gerenciais complexos: esclarecimento na tradução da visão e da estratégia; comunicação e associação dos objetivos às medidas estratégicas; estabelecimento das metas e alinhamento das iniciativas estratégicas; e melhoramento do nível de *feedback* e do aprendizado estratégico⁹¹⁷.

O *Balanced Scorecard* é utilizado para alcançar o entendimento da missão e da estratégia de unidade de negócio, transformando-as em objetivos e medidas tangíveis, adotável na gestão estratégica das organizações públicas, sendo necessário adaptar as perspectivas financeira e de clientela à realidade do setor público: a perspectiva “financeira” foi renomeada para “orçamentária”, e a perspectiva “clientes” foi desmembrada em “cidadão/sociedade” e “Administração Pública”. O quadro⁹¹⁸ abaixo permite comparar o setor privado e setor públicos nas perspectivas “financeira” e “clientes”:

⁹¹⁵ ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 20.

⁹¹⁶ Abreu e Gomes lembram que a “Administração Pública brasileira passa ser, a partir de 1990, classificada predominantemente como gerencial, influenciada pela tendência internacional de incluir características de administração de empresas na administração pública, como na questão colocada por Osborne e Gaebler: ‘por que não se pode governar como quem administra uma empresa?’”. ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 280, 2010.

⁹¹⁷ FELIX, Rozelito; FELIX, Patrícia do Prado; TIMÓTEO, Rafael. *Balanced Scorecard*: adequação para a gestão estratégica nas organizações públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 62, n. 1, p. 58, jan./mar. 2011.

⁹¹⁸ FELIX, Rozelito; FELIX, Patrícia do Prado; TIMÓTEO, Rafael. *Balanced Scorecard*: adequação para a gestão estratégica nas organizações públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 62, n. 1, p. 64, jan./mar. 2011.

Perspectiva Privado**Financeira**

1. As medidas financeiras são vistas como orientações de curto prazo voltadas para retorno do capital empregado, lucros por ação.
2. O melhor desempenho financeiro tem conexão direta com a gestão dos indicadores de desempenho relacionados com a melhoria das operações, o atendimento ao cliente e novos produtos, com a busca por maiores volumes de vendas e margens operacionais, rapidez no giro do ativo e redução dos custos operacionais.
3. O retorno financeiro é decorrente do serviço prestado ao cliente.
4. Deve conter metas principais e que sirvam de referência para as demais perspectivas, ou seja, devem ter objetivos estratégicos e medidas associadas à consecução de um ou mais objetivos.
5. Os vetores de desempenho são condicionados pelo setor de mercado e o ambiente competitivo.

6. Gera retorno para os investidores.

7. Os gastos não são limitados aos valores orçados.

Cientes

1. As medidas voltadas para os clientes são identificadas e concentradas para atender o mercado que se deseja competir e, muitas vezes, na personalização do cliente.
2. Oferece produtos ou serviços alinhados com a preferência dos clientes.

Público

1. Os recursos financeiros são destinados aos órgãos por meio do orçamento público e visam permitir a execução das políticas públicas.

2. A ênfase não está nos resultados financeiros e não se configura o lucro.

3. Não visa o retorno financeiro.

4. As metas principais, objetivos estratégicos e medidas associadas à consecução de um ou mais objetivos estão relacionados diretamente com o orçamento destinado a cada órgão.

5. Não visa competitividade com o mercado.

6. Não gera retorno para os investidores, mas deve prestar contas dos custos e investimentos realizados.

7. Os gastos são limitados aos valores orçados.

1. O público-alvo, que não é visto como um cliente, pode ser dividido em dois segmentos:

I – Administração Pública;

Deve ser tratada de forma diferenciada, pelo fato de receber orientações ou determinações dos

3. Satisfaz o cliente de acordo com o interesse da empresa. órgãos normativos e de controle.

4. O desempenho financeiro é obtido por meio de produtos e serviços valorizados pelos clientes.

II – Cidadão/Sociedade:

A satisfação do cidadão/sociedade é uma obrigação do Estado e os interesses são direcionados para a coletividade.

5. Ocorre a preferência de atuação em determinada população e potenciais clientes.

6. O mercado de clientes está de acordo com suas preferências, dimensões de preços, qualidade, funcionalidade, imagem, reputação, relacionamento e serviço.

7. Os fornecedores podem sugerir novas formas de negócios.

8. Ocorre a mensuração da intensidade com que atrai ou conquista novos clientes ou negócios.

Mintzberg, Ahlstrand e Lampel, na obra “Safári de estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico”, ensinam que há dez escolas ou dez pontos de vista distintos acerca de estratégia, sendo que três delas são de natureza prescritiva (preocupadas em como as estratégias devem ser formuladas) e as outras de natureza descritiva (têm-se preocupado menos com a prescrição do comportamento estratégico ideal do que com a descrição de como as estratégias são, de fato, formuladas)⁹¹⁹.

⁹¹⁹ Martins Filho, ao resenhar a obra de Mintzberg, Ahlstrand e Lampel, afirma que os autores saíram as escolas em três grupos: o primeiro é o das escolas de natureza prescritiva, “que estão mais preocupadas em como as estratégias devem ser formuladas do que em como são efetivamente formuladas”. O segundo, das escolas de natureza descritiva, no qual o foco é a “descrição de como as estratégias são, de fato, e como se desdobram”. O terceiro é composto por uma única escola – a de configuração – “e reúne duas facetas fundamentais [...]: uma descreve estados da organização e dos contextos que a cercam; a segunda descreve o processo de geração de estratégias”. MARTINS FILHO, Edison de Oliveira. Resenha bibliográfica: Safári de estratégia. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 179, 2001.

Natureza	Nome da Escola	Síntese
Prescritiva	Escola do Design	Formulação de estratégia como um processo de concepção
	Escola do Planejamento	Formulação de estratégia como um processo formal
	Escola do Posicionamento	Formulação de estratégia como um processo analítico
Descritiva	Escola Empreendedora	Formulação de estratégia como um processo visionário
	Escola Cognitiva	Formulação de estratégia como um processo mental
	Escola de Aprendizado	Formulação de estratégia como um processo emergente
	Escola do Poder	Formulação de estratégia como um processo de negociação
	Escola Cultural	Formulação de estratégia como um processo coletivo
	Escola Ambiental	Formulação de estratégia como um processo reativo
	Escola de Configuração	Formulação de estratégia como um processo de transformação ⁹²⁰

Antes de adentrar rápida e especificamente em cada escola, Mintzberg, Ahlstrand e Lampel lembram que o termo “estratégia” pode ser definido de quatro modos diversos: estratégia como plano e padrão (ou seja, como coerência em comportamento ao longo do tempo; planos para seu futuro), estratégia como algo deliberado e emergente (isto é, exercício de controle, fomentando o aprendizado), estratégia como posições e perspectiva (como localização de determinados produtos em determinados mercados; como maneira fundamental de uma organização fazer as coisas) e estratégia como um truque (uma manobra específica para enganar um concorrente)⁹²¹.

Tais concepções de “estratégia” perpassam as *escolas*⁹²² mencionadas pelos professores Mintzberg, Ahlstrand e Lampel, sendo que cada uma delas realiza abordagens

⁹²⁰ Este quadro foi extraído da obra MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. 2. ed. Tradução: Lene Belon Ribeiro. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 20.

⁹²¹ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25-29.

⁹²² A obra de Mintzberg, Ahlstrand e Lampel é, de fato, a mais completa a respeito das escolas. Sergio Proença Leitão e Sergio Jurandyr Machado, em artigo publicado na Revista de Administração Pública de

diferentes e, ao fim e ao cabo, complementam-se e permitem um ganho formal e conteudístico no pensar e no materializar a estratégia.

Então, nos ensinamentos de Mintzberg, Ahlstrand e Lampel, da obra “Safári de estratégia”, a Escola do Design opera com a noção de SWOT: a avaliação dos pontos fortes (*Strengths*) e dos pontos fracos (*Weaknesses*) da organização à luz das oportunidades (*Opportunities*) e das ameaças (*Threats*) em seu ambiente. Propõe, portanto, um modelo de formulação de estratégia que busca atingir uma adequação entre as capacidades internas e as possibilidades externas⁹²³

A Escola do Planejamento data da década de 1970, onde se passou a exaltar o “planejamento estratégico” e a necessidade de implantar nas mentes dos gerentes, dos gestores, dos administradores, uma espécie de imperativo a respeito do processo de planejamento. “As mensagens centrais da escola de planejamento sintonizavam perfeitamente com toda a tendência em ensino de administração e com a prática empresarial e governamental: procedimento formal, treinamento formal, análise formal, muitos números”.⁹²⁴

O planejamento estratégico coadunava-se com a Escola do Design, tendo esta como ideia básica: “tome o modelo SWOT, divida-o em etapas claramente delineadas, articule cada uma destas com muitas listas de verificação e técnicas e dê atenção especial à fixação de objetivos no início e à elaboração de orçamentos e planos operacionais no final”⁹²⁵. Ansoff foi seu grande pensador.

Com relação à Escola do Posicionamento, pode-se dizer que aceita “a maior parte das premissas subjacentes às escolas do design e de planejamento”, porém acrescentou dois itens fundamentais:

[...] no sentido literal, enfatizou a importância das próprias estratégias, e não apenas do processo pelo qual elas foram formuladas; e acrescentou

novembro/dezembro de 2004, mencionam os autores em comento, porém, de uma forma bastante superficial, pois agrupam os modelos de gestão estratégica no que chamam de “três categorias: escola de planejamento, escola de posicionamento e *resource-based school*. A primeira, capitaneada pelo trabalho de Ansoff (1965), foi concebida para impor estabilidade à organização. A segunda, a do posicionamento, preconiza a existência de três tipos básicos de estratégias genéricas: diferenciação, enfoque, ou liderança no custo total. Por último, o *resource-based school* considera a administração estratégica um processo de aprendizado organizacional”. Destacam os escritores brasileiros que as três categorias informadas possuem natureza essencialmente formalista, mostrando-se ineficientes por se concentrarem “no trinômio formalização, previsão e controle”. LEITÃO, Sergio Proença; MACHADO, Sergio Jurandyr. Gestão estratégica e mudança: problemas e possibilidades. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 38, p. 1046, 2004.

⁹²³ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.

⁹²⁴ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 58.

⁹²⁵ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 59.

substância: depois de todos esses anos de pronunciamentos genéricos da escola de planejamento e da repetição do modelo da escola do design, a escola de posicionamento, ao focalizar o conteúdo das estratégias, abriu o lado prescritivo da área a investigações substanciais⁹²⁶. Michael Porter era seu defensor.

A principal característica da Escola Empreendedora é a centralização na pessoa de um líder único, intuitivo, sábio, experiente, justo, criterioso.

A escola do design [...] levou a sério a liderança formal, enraizando a formulação de estratégias nos processos mentais do executivo principal [...] ao salientar a necessidade de uma estrutura conceitual e desprezar a intuição, ela buscou especificamente evitar os elementos mais intangíveis, personalizados e idiossincráticos da liderança.

Já a Escola Empreendedora fez justamente o contrário: “ela não só focalizou o processo de formulação de estratégia exclusivamente no líder único, mas também enfatizou o mais inato dos estados e processos...”⁹²⁷

Se estamos realmente falando sério a respeito de compreender a visão estratégica e também de como as estratégias se formam sob outras circunstâncias, então precisamos sondar a mente do estrategista. Este é o trabalho da escola cognitiva: chegar ao que este processo significa na esfera da cognição humana, utilizando, em especial, o campo da psicologia cognitiva⁹²⁸

Os defensores da Escola de Aprendizado acreditam que os estrategistas aprendem ao longo do tempo, de modo que “[...] as estratégias emergem quando as pessoas, algumas vezes atuando individualmente, mas na maioria dos casos coletivamente, aprendem a respeito de uma situação tanto quanto a capacidade da sua organização de lidar com ela”⁹²⁹

Concebendo a política como sinônimo de exploração do poder de maneira que não seja puramente econômico, a Escola do Poder “[...] caracteriza a formulação de estratégia como um processo aberto de influência, enfatizando o uso de poder e política para negociar

⁹²⁶ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 90.

⁹²⁷ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 128.

⁹²⁸ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 150.

⁹²⁹ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 176.

estratégias favoráveis a determinados interesses”. *Poder* é utilizado para descrever o exercício de influência além da esfera puramente econômica⁹³⁰

A Escola Cultural concebe a estratégia como uma “[...] cultura que junta uma coleção de indivíduos em uma entidade integrada chamada organização”, apostando no foco do interesse comum, em uma ideologia organizacional, em interpretações comuns aos membros de uma organização⁹³¹

Enquanto as escolas até aqui analisadas centram-se no planejador, no cérebro, na organização, a Escola Ambiental foca no conjunto de forças fora da organização, o ambiente.

Os autores que defendem esta visão tendem a considerar a organização passiva algo que passa seu tempo reagindo a um ambiente que estabelece a pauta [...] esta escola ajuda a colocar em equilíbrio a visão global da formulação de estratégia, posicionando o ambiente como uma das três forças centrais no processo, ao lado de liderança e organização⁹³²

Por fim, Mintzberg, Ahlstrand e Lampel imputam à Escola de Configuração o papel de “reconciliação, uma maneira de integrar as mensagens das outras escolas”, *configurando*, ou seja, descrevendo estados da organização e do contexto que a cerca, e *transformando*, gerando a estratégia.

Trata-se de dois lados da mesma moeda: se uma organização adota estados de ser, então a geração de estratégia torna-se um processo de saltar de um estado para outro. Em outras palavras, a transformação é uma consequência inevitável da configuração. Há um tempo para coerência e um tempo para mudar⁹³³

A obra refere origens, modelos básicos, premissas, vantagens, desvantagens, viabilidade, pontos positivos e negativos de cada Escola, elementos estes que não merecem aprofundamento neste trabalho, uma vez que não será “escolhida” uma ou outra Escola para fundamentar a necessidade planejar a atuação administrativa, notadamente a Administração Pública.

Porém, é certo que o “Safári de estratégia” conduz à certeza de não ser possível planejar sem combinar vários aspectos das diferentes escolas:

⁹³⁰ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 224.

⁹³¹ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 252.

⁹³² MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 276.

⁹³³ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 290.

Será que alguém pode imaginar a geração de estratégia em qualquer organização séria sem aspectos mentais e sociais, sem as demandas do ambiente, a energia da liderança e as forças da organização, sem concessões entre o incremental e o revolucionário? E será que qualquer processo estratégico pode ser seguido de forma realista como puramente deliberado ou puramente emergente? Negar o aprendido é tão tolo quanto negar o controle⁹³⁴.

Essa espécie de “simbiose” entre as Escolas fica bastante evidente quando se analisa o “processo de planejamento”, ou seja, o meio pelo qual as organizações se estruturam e estruturam suas estratégias existenciais. O mesmo se diga com relação às etapas do processo de planejamento, procedimento inserto no processo e considerado como as fases a serem observadas e obedecidas para se chegar às respostas organizacionais.

Daniel Luiz de Souza, em sua monografia apresentada à Universidade Gama Filho, refere-se ao processo de planejamento das organizações com os seguintes enfoques:

a) Estabelecer foco e prioridades: assim elas – as organizações – conseguem otimizar a alocação de recursos nos pontos que são realmente importantes e que vão resultar em maiores agregações de valor; b) Identificar oportunidades de melhoria: para poder corrigir rumos, e quando possível implementar soluções; c) Buscar sinergia organizacional: envolver todos os colaboradores da organização; d) Alcançar a visão de futuro: com isso atender a expectativa do cliente, o que garantirá a perpetuação da organização⁹³⁵.

A partir dessas premissas do processo de planejamento, chega-se à conclusão de Gerson Gomes da Silva, para quem o principal benefício do planejamento é o estabelecimento de um curso que permita a coordenação da organização. “O processo de planejamento integra as funções da organização com seus recursos voltados para a finalidade de alcançar seus objetivos”⁹³⁶.

E, de fato, analisando-se as etapas do processo de planejamento, percebe-se que organizar é algo predeterminante ao planejar. Hernan Contreras Alday é quem aponta cinco etapas do processo de administração estratégica, estando a primeira ligada ao conhecimento do ambiente (interno e externo); a segunda, à fixação de meta/missão; a terceira, voltada à definição das ações que garantam o alcance dos objetivos traçados; a quarta, na qual colocam-se as ações estratégicas em prática; e a quinta que diz respeito ao controle:

⁹³⁴ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia**: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Tradução: Lene Belon Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 343.

⁹³⁵ SOUZA, Daniel Luiz de. **Planejamento estratégico em organizações públicas**: planejamento de longo prazo em organizações públicas com a utilização do *Balanced Scorecard* e de cenários prospectivos. Brasília, DF, 2010. p. 20.

⁹³⁶ SILVA, Gerson Gomes da. **Planejamento estratégico na administração pública**. Artigo não publicado. p. 7.

Etapa 1 – Execução de uma análise do ambiente – O processo de administração estratégica tem início com a análise do ambiente, isto é, com o processo de monitorar o ambiente organizacional para identificar os riscos e as oportunidades presentes e futuras. Etapa 2 – Estabelecimento de uma diretriz organizacional – [...] determinação da meta da organização. Há dois indicadores principais de direção para os quais uma organização é levada: a missão e os objetivos organizacionais [...] Há outros dois indicadores [...]: a visão, que é o que as empresas aspiram a ser ou se tornar, e os valores, que expressam a filosofia que norteia [...]. Etapa 3 – Formulação de uma estratégia organizacional – [...] Esta é definida como um curso de ação com vistas a garantir que a organização alcance seus objetivos. Formular estratégias é projetar e selecionar estratégias que levem à realização dos objetivos organizacionais. Etapa 4 – Implementação da estratégia organizacional – Nesta quarta etapa colocam-se em ação as estratégias desenvolvidas logicamente que emergiram de etapas anteriores ao processo de administração estratégica. Etapa 5 – Controle estratégico – O controle estratégico é um tipo especial de controle organizacional que se concentra na monitoração e avaliação do processo de administração estratégica no sentido de melhorá-lo e assegurar um funcionamento adequado⁹³⁷.

Mesmo que se utilize da ferramenta mencionada anteriormente (*Balanced Scorecard* – BSC), os passos indicados não sofrem profundas modificações, inclusive podendo-se apontar perspectivas alcançáveis com a implementação do planejamento estratégico na Administração Pública: traduzir a estratégia em objetivos estratégicos; estabelecer metas para cada perspectiva; articular e manter relações governamentais intra e entre os órgãos das diversas esferas de governo; destacar os processos mais críticos para obtenção de desempenho superior no atendimento ao cidadão/sociedade; investir na reciclagem de servidores e colaboradores e, finalmente, estabelecer claramente as metas orçamentárias para sustentar a execução dos objetivos estratégicos. Com isso, alcançar-se-á as seis perspectivas buscadas: “aprendizado e crescimento, relações governamentais, processos internos, Administração Pública, cidadão/sociedade e a orçamentária, que está na base do modelo para suportar as demais perspectivas”⁹³⁸.

Afirma-se, então, que o processo de planejamento/administração estratégico está intimamente relacionado com o resultado final obtido/a ser obtido, sendo imprescindível constante reavaliação de todos os elementos que o compõem. Não há planejamento estratégico fixo, imutável, de modo que sua característica probabilística mostra-se mais aceitável, do ponto de vista de materialização/concretização, do que do ponto de vista determinístico.

Imprescindível, também, conhecimento profundo da realidade organizacional, do ambiente, para que se possa construir cenários de ações, de atuações, visualizando-se um

⁹³⁷ ALDAY, Hernan Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. **Revista FAE**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 14-15, 2000.

⁹³⁸ FELIX, Rozelito; FELIX, Patrícia do Prado; TIMÓTEO, Rafael. Balanced Scorecard: adequação para a gestão estratégica nas organizações públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 62, n. 1, p. 66 e 69, jan./mar. 2011.

futuro possível e desejado, principalmente pensando-se nos meios para se chegar lá.

Carlos Manuel Pedroso Neves Cristo, partindo da consideração de que o Estado tem sido, nas últimas décadas, chamado a prover uma gama cada vez maior de situações, afirma ser imperioso que este Estado seja forte, “com governança – considerada aqui como a capacidade técnica de implementar políticas públicas – e, claro, governabilidade”⁹³⁹.

Para Neves Cristo, a prospectiva estratégica (prospectiva como visualização do futuro, quando este não pode ser visto como simples extrapolação do passado, mas como conjunto de futuros possíveis, cada um em um cenário diferente) aparece como ferramenta que possibilita “‘visões de futuro’ que permitirão a elaboração de políticas públicas que visem à construção de futuro desejável”, partindo da premissa de que “somente o conhecimento e a análise do passado e do presente, de forma profunda e consistente, possibilitarão a realização de estudos prospectivos ou de futuro”⁹⁴⁰.

As novas demandas sociais a que se refere Neves Cristo foram alvo de análise por Ansoff, que revelou o deslocamento da “quantidade para a qualidade de vida”, chegando a afetar a própria busca pelo lucro, pois:

[...] as nações desenvolvidas voltam sua atenção para os problemas sociais que permaneceram sem solução durante o tempo em que a focalização das energias das nações se concentrava no crescimento econômico: injustiça social, pobreza, habitação, educação, transportes públicos, poluição ambiental, desequilíbrio ecológico. As novas demandas por serviços sociais criaram novos mercados em potencial: porém, frequentemente, os mesmos não podem ser atendidos por comportamento condicionado à busca do lucro⁹⁴¹.

Isso tudo fez com que o Estado passasse a assumir papel diretivo no contexto atual (e parece que isso ainda não foi percebido pela Administração Pública que, nalgumas oportunidades, insiste em agir como se fosse aquela de outrora).

Merece destaque a aguçada leitura de Ansoff sobre o novo papel que ao Estado foi proposto, especialmente diante da mudança do ambiente externo, o que impactou no seu planejamento organizacional e lhe exigiu o atendimento de novos itens até bem pouco tempo atrás inexistentes, sem se olvidar da resistência em mudar/se adaptar:

⁹³⁹ CRISTO, Carlos Manuel Pedroso Neves. Prospectiva estratégica: instrumento para a construção do futuro e para a elaboração de políticas públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 54, n. 1, p. 63, 2003.

⁹⁴⁰ CRISTO, Carlos Manuel Pedroso Neves. Prospectiva estratégica: instrumento para a construção do futuro e para a elaboração de políticas públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 54, n. 1, p. 64, 2003.

⁹⁴¹ ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 36-37.

O crescimento explosivo das despesas com o governo e com o bem-estar social alcançou tal nível que não se pode mais tolerar a ineficiência. Como resultado, as organizações sem fins lucrativos encontram-se sujeitas à crescente pressão no sentido de emular a eficiência das firmas comerciais. Os empreendimentos do governo em novas áreas de necessidade social – saúde pública, exploração do espaço, transportes públicos, preservação do ambiente – estão forçando as organizações sem fins lucrativos a executar atividades de natureza empresarial e de criação de produtos e mercados que, anteriormente, eram de exclusividade da firma... Assim sendo, em um curto espaço de tempo, o ambiente historicamente quiescente das organizações sem fins lucrativos tornou-se violentamente turbulento... Os hábitos burocráticos encontram-se tão entrincheirados e a resistência à mudança é tão pertinaz que, de maneira típica, se faz necessário uma crise de sobrevivência iminente ou efetiva para que uma organização aceite as novas realidades ambientais⁹⁴².

Há, sim, uma grande resistência no âmbito da CONSCIENTIZAÇÃO do Administrador Público, dos agente públicos, enfim, da própria sociedade (os *stakeholders*, como se verá adiante) com relação ao papel do Estado, ou seja, a análise do ambiente (interno e externo) já evidencia o tamanho do desafio daquele que pretende planejar estrategicamente e, principalmente, colocar o planejamento em prática.

“Compromissos, decisões e ações”⁹⁴³ formam o conjunto do **processo de administração estratégica** que, **a partir de informações estratégicas** (ambiente externo, ambiente interno⁹⁴⁴, visão/missão), **passa-se às ações estratégicas** (formulação da estratégia, implementação da estratégia) para, ao final do processo, **analisar-se a eficiência/eficácia das ações** (resultados estratégicos), **realimentando todo o sistema** (pois parte-se de um novo ambiente externo/interno, fixando-se nova visão/missão...).

Não há um consenso das etapas de elaboração do plano estratégico⁹⁴⁵. Porém, pode-se adotar as seguintes etapas: 1) definição da missão, da visão e dos valores institucionais; 2)

⁹⁴² ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 39.

⁹⁴³ HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Administração estratégica: competitividade e globalização**. Tradução: All Tasks. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 5.

⁹⁴⁴ Preconiza Ansoff que “a liderança estratégica preocupa-se com a sintonização do comportamento estratégico com as possibilidades e ameaças relacionadas com o ambiente. A qualidade desta sintonização é limitada pela qualidade da informação com que é alimentada. Por conseguinte, uma das funções críticas da administração estratégica é a sondagem do ambiente a fim de detectar as mudanças e tendências e interpretá-las em termo do potencial de desempenho de que dispõe a organização. Isto constitui um processo complexo, baseado em elementos tanto objetivos como subjetivos. O resultado é uma percepção administrativa da realidade objetiva que existe no ambiente, um conjunto de crenças a respeito do que está por acontecer à organização”. ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 140.

⁹⁴⁵ Apenas para melhor argumentar acerca das diferentes formas de indicar etapas do processo de planejamento estratégico, sem se distanciar da essência de todos, Sampaio de Freitas indica sete “componentes básicos: estratégia, missão, objetivos estratégicos, metas, indicadores de desempenho, monitoramento e ações corretivas” (FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. Auditoria de gestão e estratégia no setor público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 52, n. 4, p. 59, 2001). Graham Jr. e Hays apontam “quatro etapas essenciais para um processo racional de planejamento e administração”. Primeiro, define-se as metas; em segundo, identificam-se as alternativas em termos dos caminhos para atingir essas metas e se estimam custos e benefícios para cada alternativa; em terceiro lugar, “faz-se a escolha das alternativas com a proporção mais favorável de benefícios em

análise dos ambientes interno e externo; 3) fixação do futuro desejado (cenário); 4) definição dos objetivos estratégicos; 5) definição das ações estratégicas e 6) avaliação da estratégia.

Gilnei Luiz de Moura menciona Bryson e Matus como desenvolvedores de um modelo de planejamento para organizações públicas que consiste em sete passos:

a) chegar a um acordo e iniciar um processo de planejamento estratégico (tomadores de decisão internos e talvez externos com líderes de opinião); b) identificar os mandatos da organização (delimitar as atribuições e competências da organização); c) clarificar a missão e os valores da organização (definir os propósitos maiores da organização/identificar *stakeholders*); d) fazer a análise Swot – do ambiente externo (identificação das oportunidades e das ameaças); do ambiente interno (identificação dos pontos fracos e pontos fortes da organização); e) identificar as questões estratégicas com as quais a organização se defronta; f) formular estratégias para gerenciar as questões estratégicas (ações estratégicas a curto, médio e longo prazos); g) estabelecer uma visão organizacional efetiva para o futuro⁹⁴⁶.

Hitt, Ireland e Hoskisson prosseguem com suas propostas de administração estratégica afirmando ser necessário ter “flexibilidade estratégica”⁹⁴⁷, pois a organização necessita adaptar-se constantemente às incertezas que circundam qualquer atividade, não sendo admissível a inércia organizacional.

Os professores norte-americanos em comento asseguram que a qualidade das ações estratégicas está diretamente ligada à qualidade do planejamento estratégico, sendo necessária *capacitação* (condição de um conjunto de recursos de executar uma tarefa ou atividade de forma integrada) e *competências essenciais* (recursos e capacidades que servem de fonte de vantagem competitiva para uma empresa em relação aos seus concorrentes) para, analisados os ambientes externo e interno⁹⁴⁸, formar-se uma visão e uma missão organizacional (p. 16).

Há um centro de preocupação estratégica que “é a análise da viabilidade do ‘dever-ser’, mas esse cálculo é, ao mesmo tempo, análise de viabilidade do ‘fazer’ – o momento

relação a custos que se possa encontrar. Em quarto lugar, as alternativas escolhidas são traduzidas em enunciados claros, operacionais ou no que anteriormente se classificou como objetivos”. GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 45.

⁹⁴⁶ MOURA, Gilnei Luiz de. Planejamento estratégico e planejamento participativo na gestão municipal – o caso do Município de Porto Alegre – gestão 1989-93. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 27, 1997.

⁹⁴⁷ HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Administração estratégica: competitividade e globalização**. Tradução: All Tasks. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 12.

⁹⁴⁸ A estratégia é uma ferramenta utilizada para auxiliar a organização a executar o seu melhor trabalho, para focalizar sua energia em busca de objetivos estratégicos, “disciplinando as decisões fundamentais e as ações que a guiam com foco no futuro [...] qualquer plano estratégico no setor público deve partir da análise do AMBIENTE EXTERNO, buscando oportunidades e ameaças não para a existência da organização, mas sim para a realização de sua missão e para a geração de valor público, bem como do AMBIENTE INTERNO, identificando os pontos fortes e fracos da organização”. FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. Auditoria de gestão e estratégia no setor público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 52, n. 4, p. 61, 2001.

tático-operacional”, de modo que certas restrições deverão ser sempre consideradas: “as – restrições – de recursos de poder político, as de recursos econômicos e as de capacidades organizativas e institucionais”⁹⁴⁹.

É, na verdade, uma escolha política vinculada, não discricionária, já que a Constituição Federal prevê as linhas-mestras da atuação administrativa, cujo modo de fazer, a ação em si, é que deve ser adaptada à consecução e concretização de direitos fundamentais constitucionais.

A visão é um retrato daquilo que a organização – a Administração Pública, no caso deste trabalho – pretende ser, do que pretende realizar. É a direção que pretende tomar. É o “sentir” o que deve ser feito. A visão é a base da missão, pois esta – a missão⁹⁵⁰ – especifica o que a organização vai fazer, no que vai atuar, pois a missão é mais concreta que a visão. “Juntas, a visão e a missão formam a base que a empresa precisa para selecionar e implantar uma ou mais estratégias”⁹⁵¹.

As pessoas que afetam o processo de planejamento estratégico e que serão afetadas pelos resultados estratégicos são chamadas de *stakeholders*, ou “partes interessadas” em uma tradução livre. Estes interessados, no caso da Administração Pública, são os administradores públicos, os agentes públicos⁹⁵² e, por óbvio, os administrados, os cidadãos. Por certo que os *stakeholders* esperam que os líderes estrategistas tomem decisões estratégicas de sucesso, para que alcancem os objetivos traçados.

Certamente na Administração Pública as maiores dificuldades de se planejar estrategicamente e de se administrar estrategicamente encontram-se nos *stakeholders*, principalmente nos administradores e nos próprios agente públicos (servidores públicos), que

⁹⁴⁹ MOURA, Gilnei Luiz de. Planejamento estratégico e planejamento participativo na gestão municipal – o caso do Município de Porto Alegre – gestão 1989-93. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 26-27, 1997.

⁹⁵⁰ “Missão é composta pelo propósito e pelos valores básicos da organização, bem como seu escopo de operações. Constitui a declaração básica da razão da existência da organização”. FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. Auditoria de gestão e estratégia no setor público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 52, n. 4, p. 60, 2001.

⁹⁵¹ HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Administração estratégica: competitividade e globalização**. Tradução: All Tasks. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 18.

⁹⁵² “[...] em uma organização, são as pessoas que executam as tarefas, elaboram a estratégia, fornecem os serviços etc. A dimensão dos recursos humanos é bastante ampla, envolvendo aspectos de motivação, liderança, cultura etc.”. À implementação da estratégia e dos objetivos organizacionais, questiona Carlos Freitas se os recursos humanos são suficientes, se estão capacitados, se o sistema de recompensas favorece a implementação da estratégia e se o ferramental de mensuração de resultados é entendido como um auxílio ao trabalho ou, ao contrário, uma tarefa a mais a ser cumprida ou, ainda, um simples aparato de controle?. FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. Auditoria de gestão e estratégia no setor público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 52, n. 4, p. 67-68, 2001.

naturalmente são burocratas “introvertidos, resistentes à mudança, procurando isolarem-se do ambiente”⁹⁵³.

Os líderes estratégicos – figuras escassas⁹⁵⁴ na Administração Pública – são aquelas pessoas que, independentemente do cargo que ocupam, são e estão comprometidas com a organização, com a sua missão, com os objetivos e ações estratégicas, pois desejosos pelos resultados estratégicos positivos.

Na iniciativa privada, o líder estratégico é conhecido como *chief executive officer*, ou simplesmente CEO. É ele o responsável final pela administração estratégica, contando com vários outros indivíduos que o assessoram, obtendo e alocando recursos de ordem humana, organizacional e física⁹⁵⁵. É o CEO quem planta – ou dá o pontapé inicial para se obter – a *cultura organizacional*, “conjunto complexo de ideologias, símbolos e valores essenciais que é compartilhado [...]”⁹⁵⁶ por todos e que influencia a maneira de como se conduz as ações da organização.

Vê-se que, logo de início, a Administração Pública é desestimulada a exercer a atividade estratégica, pois além da dificuldade de se encontrar líderes estratégicos (em havendo estes, por suas vezes, encontram séria dificuldade política de gerir os *stakeholders* – o que se chama de “gestão de pessoas”), a ausência de finalidade lucrativa e a disponibilidade de recursos econômicos independentes da eficácia comercial⁹⁵⁷, conduzem-na a uma estagnação e, por consequência, a um círculo vicioso de ineficiência.

O Administrador Público Hércules conhece todas essas vicissitudes, porém, enfrenta-as. O Administrador Público Hércules é esse “líder estratégico” que “escaneia”, que monitora, que prevê, que avalia o ambiente e dele extrai as informações estratégicas dos ambientes externo e interno; que define a missão, a visão e os valores institucionais, juntamente e

⁹⁵³ ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 77.

⁹⁵⁴ “O conceito de liderança estratégica manteve-se ausente tanto da educação como da cultura das organizações sem fins lucrativos. [...] Embora haja ausência de liderança estratégica, a influência política é generalizada nas organizações sem fins lucrativos. Isto torna-se possível pela estrutura típica de poder distribuído, que proporciona um escape alternativo para a energia dos tecnocratas e administradores, cujas tarefas não oferecem estímulo, faltando-lhes um propósito comum e um comprometimento pessoal no que se refere ao sucesso da instituição. [...] A diferença principal entre a influência política e a liderança estratégica reside no fato de que a primeira requer, primordialmente, o exercício de habilidades políticas a favor de uma região eleitoral, ao passo que a última, além das habilidades políticas, requer uma clara percepção dos propósitos comuns de uma organização e das maneiras de os alcançar”. Mais adiante, Ansoff lembra que na Administração Pública, por não haver recompensas associadas a qualquer tipo de desempenho, “OS ADMINISTRADORES NÃO LIDERAM” (grifo do grupo). ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 127-128 e 137.

⁹⁵⁵ WRIGHT, Peter; KROLL, Mark; PARNELL, John. **Administração estratégica: conceitos**. Tradução: Celso A. Rimoli e Lenita R. Esteves. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33-34.

⁹⁵⁶ HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Administração estratégica: competitividade e globalização**. Tradução: All Tasks. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 22.

⁹⁵⁷ ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 48.

habilmente com os *stakeholders*; que fixa o futuro desejado, define os objetivos estratégicos e coloca em prática as ações estratégicas, avaliando a eficiência e eficácia de tais ações.

O Administrador Público Hércules é quem incute em todos os *stakeholders* os valores de comprometimento, de zelo, da necessidade de agir estrategicamente seguindo o planejamento estratégico à risca, porém, sem se olvidar das mudanças ambientais e da necessidade de, algumas vezes, “retardar a resposta até que todas as informações essenciais se tornem disponíveis”⁹⁵⁸.

É o Administrador Público Hércules que, por haver planejado estrategicamente, antecipa-se às necessidades de novas capacitações e competências essenciais, já que possui a habilidade e a capacidade de “administrar o intelecto humano – e transformá-lo em produtos e serviços úteis”. São o conhecimento, a confiança, as capacitações, as ideias, a capacidade de inovar, a reputação, os “recursos intangíveis”⁹⁵⁹.

O Administrador Público Hércules percebe que o planejamento estratégico é um meio e não um fim em si mesmo, avaliando e reorientando as estratégias à medida em que vão sendo implementadas e avaliadas⁹⁶⁰. Essa reorientação deve ser criteriosa, pois a responsabilidade estratégica da Administração deve estar “pronta a responder ao ambiente imediato, a fim de identificar e compreender, rapidamente, as implicações da mudança, no sentido de determinar os tipos de ação a serem adotados e para orientar sua implementação”⁹⁶¹.

Os critérios de avaliação sugeridos por Gilnei de Moura são dois: “a) critérios relacionados com a ética (equidade e pluralismo) e os princípios democráticos (representatividade, legitimidade e responsabilidade); b) critérios relacionados com eficiência (racionalidade e previsibilidade) e eficácia (continuidade e progressividade)”⁹⁶².

Sabe, o Administrador Público Hércules, que o processo de planejamento é muito mais do que um processo direto, racional, mecânico: concebe-o como um processo dinâmico, de e em constante adaptação a mudanças no ambiente interno e externo da organização; vê-o

⁹⁵⁸ ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 59.

⁹⁵⁹ HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Administração estratégica: competitividade e globalização**. Tradução: All Tasks. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 75.

⁹⁶⁰ “As metas e os indicadores de desempenho fornecem o instrumental para a mensuração do desempenho da organização (em diversos níveis) ou programa... As medidas de desempenho devem derivar da declaração de missão e da estratégia organizacional, instrumentalizando o monitoramento dessa última em todos os níveis e demonstrando aos seus membros como o seu trabalho e desempenho são importantes para o sucesso da organização”. FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. Auditoria de gestão e estratégia no setor público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 63, n. 4, p. 58, 2001.

⁹⁶¹ ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 88.

⁹⁶² MOURA, Gilnei Luiz de. Planejamento estratégico e planejamento participativo na gestão municipal – o caso do Município de Porto Alegre – gestão 1989-93. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 30, 1997.

como um processo político dentro do qual forças econômicas, políticas e sociais, a todo instante, exigirão dele confrontações e soluções⁹⁶³.

O Administrador Público Hércules é um líder, um líder que reúne informações, aptidões intelectuais, habilidades de solução de problemas e criatividade para o desenvolvimento de linhas de ação estratégica, além de reunir energia para motivar a empreender⁹⁶⁴, a fazer, pois os resultados não ocorrem espontaneamente.

Possui, o Administrador Público Hércules, “uma visão intuitiva e um aprendizado emergente”, que formula a estratégia de modo a transformar, mas também a perpetuar; sabe ele que a formulação da estratégia depende de sua cognição individual, mas também da interação social, cooperação e conflito; na formulação da estratégia, ele analisa antes e programa depois, bem como negocia durante⁹⁶⁵.

O Administrador Público Hércules compreende que todo o processo de planejamento estratégico é o seu “plano de operações” e que este “plano de operações é expresso por meio do orçamento, no caso brasileiro, nas leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual):

O controle organizacional através de informações de relatórios e orçamentos disponíveis a estranhos é importante para uma sociedade democrática, pois é a maneira como as organizações públicas podem ser levadas a se mostrar mais responsáveis para com a legislatura, os executivos e o público em geral. Relatórios e orçamentos revelam o que está acontecendo nas grandes burocracias e ajudam a informar a população quanto a questões políticas e burocráticas. Assim, relatórios e orçamentos são instrumentos através dos quais os cidadãos e atores políticos obtêm as informações de que necessitam para exercer o controle sobre as organizações públicas⁹⁶⁶.

Bem: que as palavras aqui lançadas cheguem a quem deve delas conhecer, aqueles que desejam se lançar no mundo da “vida pública”, da “vida política”, principalmente àqueles que vislumbram a “política” como mero modo de “ganhar a vida”, a fim de que se conscientizem que o (in)sucesso de um povo e de um País está em suas mãos.

⁹⁶³ GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 46 e 49.

⁹⁶⁴ ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 136.

⁹⁶⁵ MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia: um roteiro pela selva do planejamento estratégico**. 2. ed. Tradução: Lene Belon Ribeiro. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 355.

⁹⁶⁶ GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 206-207. Para o administrador, orçamento significa planejamento fiscal, prestação de contas do dinheiro gasto e monitorização dos custos para assegurar que ele seja gasto para as finalidades pretendidas. “Os orçamentos constituem importante ferramenta de controle organizacional para os administradores. Os orçamentos expressam os recursos organizacionais e os resultados esperados em termos de rendimentos e despesas especificados. Os orçamentos estabelecem relações entre decisões de planejamento, pessoas, organização e exposição com a autoridade exercida nos vários níveis da organização” (p. 214).

6 CONCLUSÃO

A busca por um Estado eficiente passa pela redefinição do papel do Estado e também pela redefinição do papel e da postura dos Administradores Públicos. Concentrar-se em atividades essenciais ao desenvolvimento da sociedade é medida que se impõe e, no caso brasileiro, já tarda.

Vive-se em um momento em que o Estado não mais atende às demandas sociais, não se comunica com a sociedade e as suas estruturas burocráticas tradicionais não conseguem dar respostas eficazes aos problemas emergentes. Se isso não bastasse, o cidadão, o administrado, passou a exigir cada vez mais qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos, seja pelo acesso mais facilitado aos meios de comunicação, seja pela percepção da necessidade de atuação estatal, seja pelas dificuldades cada vez maiores da população (não apenas a marginalizada, pobre, mas todos acabam sendo afetados pelas atuações estatais, notadamente na área econômica), seja pelo “preço” (leia-se tributos) que se paga para manter este Estado.

O fato é que receber serviços públicos de qualidade é direito constitucional do cidadão/administrado, cabendo à Administração Pública concretizar o papel do Estado e agir de forma a alavancar a evolução social e a qualidade de vida de todos.

É evidente, também, infelizmente, que há uma certa dispersão de esforços impedindo a adequação, modernidade, qualidade e eficiência dos serviços públicos prestados, de modo que se tem uma clara noção e sentimento de que a Administração Pública tem negligenciado em suas funções, deixando de definir prioridades e tentando fazer tudo e ao mesmo tempo. Há questões e setores mais importantes que mereceriam atenção e atuação prioritária.

A sociedade, a cada dia, sente-se impaciente e impotente diante dessa costumeira incapacidade governamental de oferecer respostas corretas, eficientes e eficazes as suas carências mais básicas, cujos equívocos administrativo-gerenciais são resultantes de erros de concepção e de abordagem estatais.

Da “conservação do principado” à “arte de governar”, do “súdito” ao “cidadão”, muitos séculos se passaram e deveriam servir para mostrar que o poder do Estado, que o poder do Administrador Público, não mais é um fim em si mesmo, mas um meio para se buscar uma relação equilibrada entre Estado, Governo e Sociedade.

Claro que o Estado institucionalizava e ainda institucionaliza o monopólio do poder, da força, da coerção, da violência, do Direito. Porém, quando se passa a perceber e a se utilizar do Direito como fenômeno capaz de limitar o poder e o uso da força, da violência; quando o Direito passa a limitar o Estado e a forçá-lo a agir em prol do cidadão, do

administrado, a concepção de Estado transmuda-se profundamente, eis que se começa a exigir legitimidade deste atuar do Estado, por sua Administração, por seus Administradores.

Quer-se dizer que Política, Direito, Estado e Sociedade passam a “caminhar” juntos e a se constituir para tratar e lidar com o tema poder, já que este não mais se encontra ilimitado como outrora. Por mais que se acredite que algumas pessoas simplesmente são dominadas por outras, o Estado é quem deve limitar esta dominação, inclusive com relação aos seus próprios domínios.

A partir da ideia de poder, chega-se à burocracia weberiana compreendida como estruturação, organização, obediência às regras racionais estatuídas, o agir racional, o poder legalizado, limitado. Logo, a burocracia mostra-se como elemento importante na organização do Estado e da sociedade.

Contudo, esse cientificismo ordenador burocrático restou confundido com *complicação*, com *morosidade*, com *ausência de organização*, com *desmotivação* e *despreparo*, com algo ruim. E, efetiva e realmente, a burocracia passou a impregnar a Administração Pública de modo a fazer com que esta passasse a exigir documentos, assinaturas, *iter* processuais até mesmo não previstos em qualquer normativa.

A máquina estatal passou a emperrar pelo excesso de burocracia, não a burocracia pensada e trabalhada por Weber, mas por uma burocracia da precariedade, da exigência descabida, da a (des)organização asfixiante, do requerimento do requerimento, do chefe do setor que necessita da anuência do gerente da unidade que só age após manifestação do superintendente regional e assim por diante.

É necessário e urgente liberar o Estado, a Administração Pública, desse emperro burocrático e restabelecer o respeito pela dignidade de quem financia toda atividade administrativa, o usuário do serviço público, o cidadão.

Não se trata de extirpar a burocracia da Administração Pública: trata-se de compreendê-la como imprescindível à operacionalização da Administração, desde que harmonizada, dominada e colocada a serviço do bem, da qualidade, do respeito ao cidadão e da eficiência/eficácia administrativa.

No Brasil, parece, salvo melhor juízo, que todo o tempo que passou não foi suficiente para se desligar completamente daquele “estado de natureza” hobbesiano e implantar definitivamente o “estado civil”, o Estado no qual o “cidadão é o Rei” e para ele tudo deve ocorrer de forma organizada, célere, eficiente, solucionando-se as mazelas.

Parece que as consequências jurídico-político-sociais da Revolução Francesa não aportaram por aqui; o Estado Moderno que se seguiu à queda do *ancien régime*, se chegou até

terrae brasilis, chegou de modo diverso, de uma forma um tanto descaracterizada, quem sabe “adaptada à realidade brasileira”.

O Estado de Direito e o “governo das leis”, e a racionalização do poder, e a limitação do exercício do poder, expressam-se na Constituição. O Estado de Direito é um Estado Constitucional, cuja vinculação de tudo e todos é exigida diuturnamente. Trata-se de um verdadeiro exercício mental e prático diários na luta pela concretização do que a Lei Maior estatui.

Mas para se chegar a este Estado Constitucional contemporâneo, imprescindível lembrar que há um caminho a ser seguido. Sim, não basta um texto constitucional afirmar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito se o caminho percorrido até aqui não restou devidamente trilhado.

Fala-se que o Estado de Direito Liberal foi o primeiro modelo que surgiu com o fim do Estado Absoluto, o primeiro que se fundou e se fundamentou nesse *nouveau régime* do início do Século XIX. Caracterizou-se pelas ideias/princípios de legalidade e de liberdade, pelos quais nenhum poder estatal é incondicionado.

Nesse modelo, destacou-se o trabalho do Poder Legislativo, já que se atribuía ao ordenamento jurídico a tarefa de garantir os direitos individuais e refrear a tendência do poder político a expandir-se e a operar de forma arbitrária, coube ao Legislativa criar esse ordenamento, focando os direitos fundamentais, a liberdade, a democracia e a separação de poderes.

Como o Estado Liberal prestigiava o mínimo de atuação estatal, a abstenção do Estado justamente para proteger o cidadão de eventuais arbitrariedades e permitir à sociedade o gozo das liberdades, sua concepção de “Estado mínimo” mostrou-se incompatível com as novas realidades pelas quais a sociedade e o próprio Estado estavam por passar no Século XX.

O absentéismo do Estado Liberal mostrou-se falível diante do desenvolvimento econômico, da concentração do capital, do fortalecimento dos movimento sindicais e do agravamento das questões sociais que, após as duas Grandes Guerras, chegaram ao seu limite da dignidade.

Com isso, o Estado foi chamado a agir em áreas até bem pouco tempo intocáveis pela Administração. O Estado Social exigiu do Poder Executivo, da Administração Pública, uma reengenharia existencial, até porque o fundamento de legalidade até então vigente no Estado Liberal teve que se adaptar à nova realidade. A Administração Pública deixava de ser absolutamente discricionária em seu agir e passava a agir nos exatos moldes legais.

A legalidade material ganha importância à medida em que ao Estado de Direito, em sua vertente Social, é jungido o fundamento de bem-estar e de desenvolvimento social, ou seja, o Estado deve fomentar e promover a realização de programas sociais capazes de reduzir desigualdades e de garantir um mínimo (o mínimo existencial).

A Administração Pública, a partir deste momento, é desafiada a atuar nas áreas sociais, garantindo saúde, educação, alimentação, moradia, enfim, realizar “justiça social” aos mais necessitados, uma vez que a existência do Estado é questionada. O papel do Estado foi redefinido: onde antes se ausentava, agora, deve ser o ator principal.

Conta a Ciência Política que nos Países em que o Estado Social se desenvolveu de forma plena, a partir da década de 1980 o Estado Democrático de Direito tomou o seu lugar, pois o *plus* performativo incluiu participação popular e a atuação em áreas ainda mais específicas do bem-viver, como em relação ao ambiente equilibrado, biotecnologia e afins.

O texto constitucional, no Estado Democrático de Direito, ganhou contornos de força normativa plena, de função dirigente a todos os Poderes do Estado, de modo que o polo de tensão foi lançado ao Poder Judiciário, a quem compete, desde então, aprovar ou reprová-las as ações da Administração Pública, afastando práticas ilegítimas e forçando a atuar em situações omissas.

O mérito do ato administrativo, até bem pouco tempo considerado como algo não sindicável, de total conveniência e oportunidade da Administração, impassível de intervenções externas, perde tal característica e passa a ser atacado em seu demérito, ou seja, o controle externo da Administração Pública torna-se realidade à medida que controla o ato administrativo, da emissão até mesmo depois de sua consecução/conclusão, com fins à obtenção da eficiência/eficácia administrativa.

Isso somente é possível porque no Estado Democrático de Direito o Estado encontra-se totalmente vinculado, submetido ao Direito e à Política, pois os direitos dos cidadãos passam a ser dever da autoridade pública de assegurá-los, promovê-los e concretizá-los.

O adensamento nos papéis da Administração Pública exigiu desta uma nova reestruturação, adequada às novas dinâmicas sociais, aos novos problemas sociais que surgem a cada dia, de modo que a Administração e a própria estrutura do Estado mereceram um repensar contitudinal.

A efetivação da Constituição, a fundamentalização dos direitos não mais no aspecto meramente formal, mas no aspecto material, concreto, são o novo alvo a ser atingido pela atuação administrativa, vinculada que está à concretização dos direitos fundamentais constitucionais.

A Constituição inaugurou um novo momento, o momento da juridicidade material, substancial, que se sobrepôs à legalidade formal. A lei cedeu espaço ao Direito, porém, sem perder sua importância. A Administração Pública deve obediência à lei, mas acima de tudo, deve concretizar os mandamentos constitucionais, aquilo que Lênio Streck chama de materializar as “promessas tardias da modernidade”.

Entretanto, as reminiscências históricas do Brasil ainda se apresentam como entraves ao progresso. Diz-se que, em que pese a Constituição em vigor mencionar expressamente que a República brasileira é um Estado Democrático de Direito, o Brasil ainda age – as vezes luta contra – como Estado Absoluto; há dias em que se vive em um Brasil liberal, noutro, totalitário; há dias em que o Estado se reveste e apresenta soluções Democráticas de Direito e, noutros, ausenta-se; há momentos em que os direitos sociais são o bastião das decisões administrativas, noutros, atrapalham-na.

A Administração Pública titubeia, não age como deveria, perde-se no campo de batalha e ataca situações de menor importância ou até mesmo desnecessárias. Com isso, perde tempo e recursos, deixando a população à mercê da boa vontade do, quem sabe, próximo Administrador.

Ainda hoje, a Administração Pública brasileira falha, omite-se, elege prioridades – quando elege – que, a bem da verdade, são prioridades eleitoreiras e não reais; o gasto com dinheiro público se dá muito mais com o pagamento da folha do que com investimentos; e quando a arrecadação diminui, a Administração opta por diminuir os orçamentos destinados à saúde, educação e segurança. Insano não?!

Crê-se que essas faltas de foco, de sensatez e de competência, sejam fruto de uma história jurídica-política-estatal-administrativa falha, tão falha quanto ainda hoje tais figuras o são.

O Brasil foi criado “de cima para baixo”, ou seja, primeiro se pensou no Estado brasileiro para, depois, pensar-se em sua base, a população. Primeiro se construiu o telhado para, somente depois, fazer-se a estrutura que o sustenta. E o resultado desse trágico projeto político-institucional está aí, todos os dias.

De 1808 em diante, dependência política e econômica foram as marcas deste País. Deu-se mais importância à aparência – a boa aparência – do que à realidade. O “homem bom” brasileiro destacou-se logo de início como dependente do Estado, do Governo, do Império. Os cargos públicos foram a forma utilizada pelo Imperador para alocar os vários portugueses que com eles fugiram para o Brasil, bem como para garantir seu poder ao longo dos anos.

O estamento burocrático nasce aí, em 1808, pelo qual o brasileiro percebe que aumentar o seu patrimônio e seus bens exige demais, exige trabalho, de modo que o “contato” com o setor público lhe garantia vida mais tranquila e digna. O patrimonialismo – este sentimento de pertencimento do público que não é público, mas sim é privado, o público é “meu” – arraiga-se e desenvolve a ideologia de que o poder político deveria ser utilizado em causa própria, sem diferir a esfera pública da esfera particular na vida pública.

Enquanto a Europa vivia um novo regime no Século XIX, Dom Pedro I e a Constituição de 1824 mantinham sérias restrições no recém-formado Estado brasileiro, que iam desde a manutenção das benesses régias, até a ordem social escravocrata. De uma proposta democrática de Constituição, rapidamente transmutou-se em Carta outorgada, já que a perda de poder total não interessava ao Imperador.

Havia Constituição para efeitos formais, a não ser pela inclusão do Poder Moderador em seu texto, o que ia de encontro aos ventos liberais que sopravam da e na Europa. Os direitos fundamentais constavam no texto – e apenas no texto – pois alguns somente foram realmente implantados com a Carta de 1888 (e alguns ainda a implantar).

Dom Pedro II resistiu quase sessenta anos no poder, contudo, sua inexperiência e desconhecimento de todas as “forças” que orbitavam no Brasil do Século XIX fê-lo presenciar a chegada do republicanismo pelas mãos dos militares, insatisfeitos com o papel que desempenhavam e desempenharam ao longo do período monárquico.

Em termos administrativos, de Administração Pública, do Brasil Imperial (Dom João VI, Dom Pedro I e Dom Pedro II), passando pelo Governo Provisório, pela implantação do Estado republicano (de forma artificial) de Deodoro da Fonseca, da Constituição de 1891, de Floriano Peixoto, do primeiro presidente civil Prudente de Moraes, até o fim da República Velha (1930 e o “novo Brasil” de Getúlio Vargas), pouco foi feito.

Pouco feito no sentido de atendimento às mazelas populacionais, de políticas públicas inclusivas, de ataque à pobreza, à marginalização, enfim, o período de 1808 a 1930 serviu aos embates que envolviam poder, o poder pelo poder, nada mais. Burocracia, patrimonialismo e estamento, no dizer de Faoro, marcaram indelevelmente a história brasileira – e deixaram frutos.

A partir de 1930 o quadro se altera. O novo Estado voltou-se à economia, à atuação social, à industrialização, aos direitos dos trabalhadores. O intervencionismo estatal fomentou o crescimento em todas as áreas. A Administração Pública começou a se organizar, fortemente centralizada, atuando diretamente pelas mãos de Vargas.

O Poder Executivo era o centro de toda atuação estatal, em todos os níveis. A Constituição de 1934 confirmou esta centralização junto à União e democratizou o País, restabelecendo direitos e garantias aos cidadãos, o que perdurou até a outorga da Carta de 1937, que deu início ao Estado Novo e o franco combate ao comunismo.

Mesmo em regime ditatorial, a Administração Pública getulista atuou fortemente nos problemas sociais, tentando controlar a economia, promovendo uma alavancagem industrial e racionalizando o serviço público por meio da padronização, normatização e implantação de mecanismos de controle.

Tem-se a criação, em julho de 1938, do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), cuja atuação focava na melhoria da qualidade dos funcionários públicos, na institucionalização da função orçamentária e na simplificação, padronização e aquisição racional de material. Tratou-se, na história do Brasil, da primeira atitude tomada em prol da organização administrativa: pela primeira vez, percebeu-se ser necessária a organização do Governo, a mencionada – até hoje – reforma administrativa.

Foi a partir dos trabalhos do DASP que se introduziu a noção de eficiência na Administração Pública, a preocupação com o sistema de mérito para ingresso no serviço público, a concepção de orçamento como plano de trabalho, a institucionalização do treinamento e do aperfeiçoamento do pessoal, enfim, uma boa e forte noção de organização administrativa.

Com a Constituição de 1946 e com o Governo Dutra é que o Brasil sentiu o gosto de um governo liberal, que acreditava no desenvolvimento do País baseado na liberdade dos mercados e da livre importação de bens. A diminuição da intervenção estatal era o mote.

Retornando ao poder, Vargas deu continuidade à reforma e reorganização administrativas, focadas na centralização da orientação superior no Presidente da República; na descentralização da gestão em todos os níveis, com fortalecimento do primeiro nível de gestão – os Ministros de Estado; no planejamento e coordenação; na reforma de base da Administração Federal, reagrupando-se ministérios e vinculando-se a eles as várias autarquias e os órgãos existentes; na introdução de modificações simplificadoras e modernizadoras no funcionamento (normas e métodos), em especial na administração financeira, contábil e orçamentária.

Dando sequência ao projeto de Vargas, o Presidente Kubitschek insistiu nos estudos reformadores da Administração Pública, criando a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA) e a Comissão de Simplificação Burocrática (COSB). O hábito de planejar foi regrado juridicamente.

Com vista a melhorias na Administração Pública, seguiu-se com a criação da Comissão Amaral Peixoto, pelo Presidente Goulart, que apresentou o “Anteprojeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal” em 1963. Em 1964, como se sabe, com a intervenção militar, o Presidente Castelo Branco lançou o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG) e perseguiu a reorganização administrativa.

Para intensificar os estudos do reaparelhamento administrativo, Castelo Branco tomou os resultados obtidos pela Comissão Amaral Peixoto e criou a Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa – COMESTRA – a qual redigiu o ainda em vigor Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal e efetivou a reforma administrativa.

Planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, fundamentos científicos da Administração, trabalhados por Smith, Taylor, Weber e Fayol, passaram a ser obrigação jurídica da Administração Pública, realçando a importância do orçamento público, normatizado pela Lei 4.320, de 17 de março de 1964 – a lei da contabilidade pública – ainda em vigor.

A reorganização e reestruturação da Administração Pública estiveram sempre no centro das atenções dos governos militares. Extremamente organizados, por seus treinamentos e estudos, os militares perceberam a grandiosidade e a complexidade da Administração Pública, de modo que o Presidente Costa e Silva deu continuidade aos estudos e implantações de mudanças com a criação do Escritório da Reforma Administrativa – ERA – e da Comissão Central da Reforma Administrativa Federal – CERAF.

Treinamentos, simpósios, oficinas com servidores públicos foram a tônica da época, com o que se consolidou a “administração para o desenvolvimento”. As tratativas não pararam: na década de 1970, foram criadas a Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa – SEMOR – a Secretaria de Articulação com Estados e Municípios – SAREM – e a Comissão da Reforma Administrativa do Pessoal Civil.

O Presidente Figueiredo, já na década de 1980, focou na dinamização e na simplificação da Administração Pública por meio do Programa Nacional de Desburocratização, instituído pelo Decreto 83.740, com vários pontos de trabalho, dos quais se pode destacar a atenção ao usuário do serviço público, o cidadão.

Com o Presidente Sarney deu-se continuidade às tratativas de melhorias da Administração Pública, seja com a criação da Secretaria de Administração Pública (SEDAP) e da Fundação Centro de Formação do Servidor Público (FUNCEP). Tem-se, também, Comissão Geral da Reforma, a qual idealizou três diretrizes estratégicas da reforma

administrativa: racionalização das estruturas administrativas, formulação de uma política de recursos humanos e contenção de gastos públicos. Como de praxe, as “boas intenções” permaneceram no plano das ideias, não tendo chegado à concretização e efetivação.

O Governo Collor marcou a Administração Pública de forma negativa, eis que sua plataforma governamental de implantação de um Estado Mínimo sem planejamento detalhado, sem estrutura e sem condições jurídico-políticas a tanto, gerou desagregação nos agentes públicos. Fernando Henrique Cardoso chegou a afirmar, quando assumiu o governo, que se governava às cegas e na absoluta desordem.

No Governo FHC, seu Ministro Bresser-Pereira foi quem confeccionou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado – PDRAE – pelo qual identificou pontos em que deveria agir e fixou os princípios fundamentais do projeto, dentre eles o de dar maior abrangência a políticas sociais e a reformar o aparelho do Estado para aumentar sua governança e, com isso, sua capacidade de implementação eficiente de políticas públicas.

Foi pelo PDRAE que se defendeu um novo tipo de Administração Pública, não mais a conhecida Administração burocrática, rígida e ineficiente, mas uma nova Administração Pública gerencial, flexível, eficiente, voltada para o cidadão.

Partindo das noções de Administração Pública patrimonialista (pela qual não se distingue a coisa pública da coisa do governante) de Administração Pública burocrática (que apostava na profissionalização, na hierarquia, na impessoalidade, no formalismo e no controle), a Administração Pública gerencial tem como mote a eficiência administrativa, reduzindo custos e aumentando a qualidade dos serviços postos à disposição dos administrados.

A redução das desigualdades sociais, a reorganização das finanças previstas no PDRAE, segundo o próprio Bresser-Pereira, dependiam de uma mudança da cultura administrativa do País, cultura essa que, pelo que parece, ainda não foi devidamente compreendida e muito menos implementada em todos os rincões deste imenso Estado que é o Brasil.

Esta constatação resta clara quando se percebe um aumento significativo de ações civis públicas, ações de improbidade administrativa e ações populares junto ao Poder Judiciário. Já se disse que o Estado Democrático de Direito e seu *plus* normativo modificaram o polo de tensão das transformações estatais, “engordando” a máquina judiciária na busca da concretização de direitos.

Isso só foi possível porque, além da ampliação da compreensão acerca da força normativa da Constituição e do novel princípio da juridicidade (que perpassa a legalidade

formal e o procedimento em busca de legitimidade, de resultados), o controle da Administração foi alargado a esta juridicidade finalística, de resultado, pelo qual se passou a buscar, no resultado da ação/atuação administrativa, a eficiência/eficácia da Administração.

Evidenciou-se que o Administrador Público não está absolutamente livre, de que possui absoluta discricionariedade; vislumbrou-se que o binômio “conveniência e oportunidade” tem dado lugar à obrigatoriedade de concretização de direitos fundamentais constitucionais, eis que a ideologia da “Constituição que administra” conduz à certeza de que não há discricionariedade total, pelo contrário, há uma discricionariedade vinculada, uma discricionariedade parcial, tudo ligado ao texto constitucional e à imperiosa ordem de se concretizar as promessas constitucionais.

Ou seja, a Administração Pública, o Administrador, encontram-se cada vez mais sujeitos às regras e princípios constitucionais, submetidos aos deveres de transparência e de confiança em prol da sociedade cada vez mais exigente e necessitada. É, portanto, a atividade administrativa infra-legal, sub-legal.

Ao atuar, aguarda-se da Administração o comportamento ótimo, o agir ótimo, a melhor solução, a concretização da conduta ideal, o acerto, a providência excelente, a materialização da boa administração com o atingimento do resultado ótimo que é o verdadeiro interesse público.

Esta “decisão correta” esperada do atuar administrativo somente será possível quando o Administrador “levar a sério o texto constitucional”, quando se der conta de que a Administração Pública encontra-se “constitucionalizada” e se aperceber que sua função é a de concretizar os direitos fundamentais constitucionais.

Para se chegar a isso, ao resultado ótimo, à boa administração, eficiente e eficaz, faz-se necessário mais do que obedecer às formalidades legais ligadas à edição do ato; faz-se necessário mais que realizar um sério e amplo controle finalístico, de resultado. Deve-se planejar a atuação administrativa, planejamento estratégico que servirá para uma administração estratégica.

Este é o “Administrador público Hércules”, o Administrador que está ciente e consciente de todos os seus papéis e afazeres, que planeja sua atuação administrativa, normatizando-a por meio das leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual) e vinculando-se a elas, permitindo ao cidadão controlar o ato administrativo e, principalmente, participar da sua formação.

O planejamento estratégico consiste em selecionar objetivos, concentra-se em assuntos relevantes, determinar necessidades prementes, pensar naquilo que realmente seja importante

e definir os meios para atingi-los. Porém, não basta planejar: é necessário vincular-se ao planejamento para que, a partir dele, administre-se estrategicamente.

O ato de planejar permite desenvolver o sentido de direção, de futuro, pois exige de quem planeja que fixe, a partir do conhecimento do ambiente externo e do ambiente interno, a visão/missão da organização, passando-se à formulação e implantação das ações estratégicas para, ao final do processo, analisar-se a eficiência e a eficácia das ações, realimentando o sistema.

Juntamente ao planejar estrategicamente está a Administração Estratégica, que consiste em um processo contínuo e interativo da organização com o ambiente, permitindo constante adaptação do planejamento à obtenção dos resultados positivos objetivados e vantajosos.

O “Administrador Público Hércules” é esse administrador público líder, que monitora, que avalia, que gerencia, que define objetivos, que incute valores aos seus subordinados e deles e com eles ouve e divide experiências, reorientando-se criteriosamente a cada dia, a fim de atuar de modo a atender os anseios da sociedade por uma vida melhor e digna.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABREU, Welles Matias; GOMES, Ricardo Corrêa. Orçamento público: análise da formulação de estratégias sob a perspectiva do planejamento emancipatório e desenvolvimentista. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 3. p. 269-286, 2010.
- ALDAY, Hernan Contreras. O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica. **Revista FAE**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 9-16, 2000.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL FILHO, Marcos J. T. Limites ao exercício do poder discricionário em face do princípio da segurança jurídica. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 275-283.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-101.
- ANANIAS, Patrus. Gestão pública: desassombrando nossa história. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, p. 337-344, out./dez. 2010. 2010.
- ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ANDRADE, Nilton de Aquino (Org.). **Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983. p. 140.
- ANSOFF, H. Igor. **Administração estratégica**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1983.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- AQUINO, Tomás de (Santo). **Political writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria geral dos atos administrativos – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 37-70.

ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2013.

ARENDRT, Hannah. **O que é política?** Tradução: Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. **Processo legislativo e orçamento público: função de controle do parlamento**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 129-136.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-103, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 325-343.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101-120, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução: João Ferreira. 4. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberdade e democracia**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república: livro sexto**. Tradução: José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAZIL. Constituição (1824). **Constituição de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995. p. 11.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O empresário industrial e a revolução brasileira. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 11-27, 1963.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do Estado. **Perspectivas – Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, p. 13-51, 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Seis interpretações sobre o Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 269-306, 1982.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2006.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Sequencia**, Florianópolis, n. 53, p. 145-162, 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A tese da resposta correta na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções analíticas do direito: um provável mal-entendido. **Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 89-101, 2009. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 17 fev. 2015.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariiedade administrativa: no Estado Constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALOGERAS, João Pandiá. **A política exterior do Império: o Primeiro Reinado**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 2.

CALOGERAS, João Pandiá. **A política exterior do Império: da Regência à queda de Rosas**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Tradução: Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPOBIANGO, Ronan Pereira et al. Reformas administrativas no Brasil: uma abordagem teórica e crítica. **REGE Revista de Gestão**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 61-78, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTR, 1998.

CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: a história que vivi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHO, Maria do Socorro Macedo Vieira de. Desenvolvimento gerencial no setor público: velhas questões e novos desafios. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 31-32, 1995.

CARVALHO, Maria do Socorro Macedo Vieira de. Desenvolvimento gerencial no setor público: velhas questões e novos desafios. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 27-37, 1995.

CARVALHO, Maria do Socorro Macedo Vieira de. Gestão organizacional estratégica: a questão dos recursos humanos e do desenvolvimento gerencial. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, p. 70-77, 1995.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional**. [S.l.], 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 91-111, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 9. ed. São Paulo: Manole, 2014.

CHIAVENATO, Idalberto. Novas abordagens na teoria administrativa. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 27-42, maio/jun. 1979.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 75-98.

CONTI, José Maurício. Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção. **Boletim de Notícias Conjur**, São Paulo, 2 jun. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. [Acesso em: 17 fev. 2015.](#)

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Nicklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COSTA, Frederico Lustosa da. Prefácio a uma história da administração pública brasileira. In: EnANPAD – ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. **Anais...** Rio de Janeiro: 2008. p. 7.

COSTA, Frederico, Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 829-874, 2008.

COSTA, Frederico, Lustosa da. História das reformas administrativas no Brasil: narrativas, teorizações e representações. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF. v. 59, n. 3, p. 271-288, jul./set. 2008.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria e crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

CRISTO, Carlos Manuel Pedroso Neves. Prospectiva estratégica: instrumento para a construção do futuro e para a elaboração de políticas públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 54, n. 1, p. 63-78, 2003.

CUNHA, Adriano Sérgio et. al. Planejamento estratégico: mapeamento das publicações no período de 2000 a 2010. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 55-65, 2011.

DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança sustentável: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: uma história dos costumes**. 2. ed. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. v. 1.

ELIAS, Norbert. **Os alemães: a luta pelo poder e a evolução dos habitus nos séculos XIX e XX**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 1.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. v. 2.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil: história do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias**. São Paulo: Edusp, 1996.

FELIX, Rozelito; FELIX, Patrícia do Prado; TIMÓTEO, Rafael. **Balanced Scorecard: adequação para a gestão estratégica nas organizações públicas**. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 62, n. 1, p. 51-74, jan./mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia: teoria del diritto**. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia: teoria della democrazia**. Bari, Itália: Editori Laterza, 2007. v. 2.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo: una conversación.** Madrid: Trotta, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia.** São Paulo: Atlas, 1989.

FORERO, Rosalba Durán. El individualismo metodológico y perspectivas de un proyecto democrático. In: RODAS, Francisco Cortés; SOLÓRZABO, Alfonso Monsalve (Org.). **Liberalismo y comunitarismo, derechos humanos y democracia, política y sociedad.** 17. Encuentro de Medellín. Valencia: Ediciones Alfons el Magnànm, 1996.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder.** Versão eletrônica. 2011.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica.** Tradução: Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. Auditoria de gestão e estratégia no setor público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 52, n. 4, p. 57-70, 2001.

FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos: e os princípios fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I.** Petrópolis: Vozes, 2004.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II.** Petrópolis: Vozes, 2002.

GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?** Tradução: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración.** 6. ed. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas.** Navarra, Espanha: Editorial Aranzadi, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del derecho público al comienzo de siglo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GOMES, Laurentino. **1808**. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2013.

GOMES, Laurentino. **1822**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 1.

GOVERDE, Henri; HAUGAARD, Mark; CERNY, Philip G. **Power in contemporary politics**: theories, practices, globalizations. London: Sage, 2000.

GRAHAM JR., Cole Blease; HAYS, Steven W. **Para administrar a organização pública**. Rio de Janeiro: Jorge Zaharr, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUEDES, Néviton. Professor Canotilho e sua Constituição dirigente. **Consultor Jurídico – CONJUR**, São Paulo, 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12 nov. 2012.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUIMARÃES, André Sathler et al. Gestão estratégica no Poder Legislativo: o caso da Câmara dos Deputados. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 63, n. 1, p. 25-42, 2012.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

HART, Herbet. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**: os iluminismos britânico, francês e americano. São Paulo: Realizações, 2011.

HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Administração estratégica**: competitividade e globalização. Tradução: All Tasks. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução: Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos. Tradução: Francis Petra Janssen. 5. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos. São Paulo: Cosacnaify, 2010.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; ALVES, Fernando de Brito. O orçamento participativo como forma de exercício dos direitos políticos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 417-436, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais, Porto Alegre, n. 3, 2005.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEITÃO, Sergio Proença; MACHADO, Sergio Jurandyr. Gestão estratégica e mudança: problemas e possibilidades. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 38, p. 1041-1064, 2004.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Clássicos do pensamento político).

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. 3.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**: versão eletrônica 5.0. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. [S.l.], 13 jan. 2003.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad del Mexico: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariedade**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

LYNCH, Christian Edward Cyril. A formação do Estado moderno e o lugar da excepcionalidade na filosofia política clássica: a ditadura em Maquiavel e a prerrogativa de Locke. In: LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 131-150.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 50, n. 1, jan./mar. 1999, p. 5-36, 2010.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução: Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MARCELINO, Gileno Fernandes. A nova estratégia da reforma do Estado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, p. 54-61, 1990.

MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 641-659, 2003.

MARCELINO, Gileno Fernandes. Planejamento estratégico no setor público: uma experiência no Palácio do Planalto. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 53, n. 4, p. 107-124, 2002.

MARIANO, Magali Silveira B. **Teoria geral da administração**. São Paulo: Interciencia, 1979.

MARINOFF, Lou. **Mais Platão, menos Prozac**: filosofia aplicada ao cotidiano. Tradução: Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

MARTINS FILHO, Edison de Oliveira. Resenha bibliográfica: Safári de estratégia. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 177-181, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri, SP: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELERO ALONSO, Eduardo. La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los Juristas: un acercamiento desde el derecho público. **Revista de Ciencias Sociales** – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Chile, n. 51, p. 13-53, 2006.

MELLO JUNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Líder, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, Orides; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Crise da justiça e democratização do direito**. Joaçaba: Editora Unoesc, 1999.

MINTZBERG, Henry; AHLSTRAND, Bruce; LAMPEL, Joseph. **Safári de estratégia: um roteiro pela selva do planejamento estratégico**. 2. ed. Tradução: Lene Belon Ribeiro. Porto Alegre: Bookman, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada: e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle judicial da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 18.

MORAIS, Fausto Santos de. A importância da resposta correta no direito: breve exposição das contribuições de Ronald Dworkin à teoria do direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 6, p. 271-293, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOURA, Bruno de Oliveira. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, [S.l.] n. 9, p. 8-25, jul./dez. 2009.

MOURA, Gilnei Luiz de. Planejamento estratégico e planejamento participativo na gestão municipal – o caso do Município de Porto Alegre – gestão 1989-93. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 23-41, 1997.

NARLOCH, Leandro. **Guia politicamente incorreto da história do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Leay, 2011

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIÑO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 4, p. 79-88, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1987.

OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O direito constitucional e o castelo de cartas da política. **Consultor Jurídico – CONJUR**, São Paulo, 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2014.

OLSSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades**. Ijuí-RS: Editora Unijuí, 2007.

OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Élcio Fernandes. Bauru-SP: Edusc, 2005.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2011.

PAULO, Luiz Fernando Arantes. O PPA como instrumento de planejamento e gestão estratégica. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 61, n. 2, p. 171-187, 2010.

PEIXOTO, Afrânio. **História do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1944.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Os fundamentos actuaes do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Publicações Technicas, 1932.

PORTER, Michael E. **Estrategia competitiva**: técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia. México: Compañía Editorial Continental, 1997.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: Colônia e Império. 13. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1983.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 43. ed. Brasília, DF: Editora Brasiliense, 2012.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do desvio do poder em direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**: versão eletrônica. Tradução: Jacy de Souza Mendonça. [S.l.], 1965.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

ROCHA NETO, Luiz Henrique da. A formação do estado brasileiro: patrimonialismo, burocracia e corrupção. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 204-230, 2008.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

ROMPATTO, Maurílio. A formação do estado nacional brasileiro. **Revista Unipar**, Umuarama - PR, v. 9, n. 4, p. 185-195, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a law&economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SALDANHA, Gustavo Segabinazzi; PEIXOTO, Frederico Brider; ESTRADA, Rolando Juan Soliz. Planejamento estratégico na administração pública municipal. In: SLADE BRASIL/2006 – ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE ESTRATÉGIA, Balneário Camboriú, 2006. **Anais...** Balneário Camboriú-SC: Univali/Slade, 2006.

SANCHES, Oswaldo Maldonado. O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, p. 54-76, 1993.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 5. ed. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTANNA, Gustavo. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

SANTOS, Marlene de Jesus Silva. Da reforma democrática à reversão neoliberal: mudanças na estrutura administrativa brasileira e as potencialidades da crise econômica. **SER Social**, Brasília, DF, v. 12, n. 26, p. 88-115, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369, 2009.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

SIDEKUM, Antônio. **Ética e alteridade: a subjetividade ferida**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001.

SILVA, Alberto Costa e. O Brasil, a África e o Atlântico no século XIX. **Revista de Estudos Avançados do IEA**, São Paulo, n. 8, p. 21-42, 1994.

SILVA, Gerson Gomes da. **Planejamento estratégico na administração pública**. Artigo não publicado.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Lílian França da; SARAIVA, Luiz Fernando. Os atos do Poder Legislativo no Império brasileiro (1826-1889). **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 5-32, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. In: Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado ROCHA, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA, Daniel Luiz de. **Planejamento estratégico em organizações públicas**: planejamento de longo prazo em organizações públicas com a utilização do *Balanced Scorecard* e de cenários prospectivos. Brasília, DF, 2010.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí-RS: Editora Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Filosofia**. 2. ed. Ijuí-RS: Unijuí, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos, ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Unisinos 2003**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência política & Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Liliam Cristina de Souza. O papel do juiz no estado democrático de direito– por uma perspectiva garantista no julgamento do caso da interrupção da gestação do concepto anencefálico submetido à jurisdição constitucional. **Revista de Direito Público**, Londrina, 2002.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti

(Org.). **Direitos fundamentais** – orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRENS, Haradja. **Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70-83.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TZU, Sun. **A arte da guerra**. Tradução: Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: LPM Editores, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. **Código Europeu da boa conduta administrativa**. Belgium, 2001. Disponível em: <www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#/page/5>. Acesso em: 27 fev. 2015.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução: Márcia Valéria Martínez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAHR WAHRLICH, Beatriz. Desburocratização e desestatização: novas considerações sobre as prioridades brasileiras de reforma administrativa na década de 80. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 72-87, 1984.

WAHRLICH, Beatriz M. De Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 27-75, 1974.

WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas: uma apreciação geral. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 49-59, 1984.

WAHRLICH, Beatriz. Desburocratização e desestatização: novas considerações sobre as prioridades brasileiras de reforma administrativa na década de 80. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 72-87, 1984.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2.

WEHLING, Arno. Ilustração e política estatal no Brasil, 1750-1808. **Humanidades**: Revista de la Universidad de Montevideo, Montevideo, ano 1, n. 1, p. 61-86, 2001.

WERHAN, Keith. **Principles of administrative law**. St. Paul: Thomson/West, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

WRIGHT, Peter; KROLL, Mark; PARNELL, John. **Administração estratégica: conceitos**. Tradução: Celso A. Rimoli e Lenita R. Esteves. São Paulo: Atlas, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.