

Emerson Gabardo

O JARDIM E A PRAÇA PARA ALÉM DO BEM E DO MAL

- uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social -

**Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito do Estado, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

Orientador:

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

**Curitiba
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

Emerson Gabardo

O JARDIM E A PRAÇA PARA ALÉM DO BEM E DO MAL

- uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social -

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: **Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Componentes: **Prof^a Dr^a Obdulia Taboadela Álvarez**
Departamento de Sociologia e Ciência Política da Administração
Universidad de La Coruña - Espanha

Prof. Dr. Carlos Ayres Britto
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Sergipe

Prof^a Dr^a Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Prof^a Dr^a Vera Karam de Chueiri
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 13 de fevereiro de 2009.

**Com carinho,
dedico este trabalho à minha família,
Ivanti, Edite, Marilse, Felipe, Andréa e Alexandre.**

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento destina-se a Romeu Felipe Bacellar Filho, grande incentivador da minha carreira acadêmica, mais que um orientador, um mestre que honra a academia paranaense e a atividade docente produzindo discípulos e marcando a história do Direito público brasileiro com o seu pensamento e, sobretudo, com as suas ações. Tenho plena convicção de que os trabalhos científicos que produzi, e principalmente a presente tese, jamais seriam os mesmos se não fosse o seu característico apoio à liberdade de pensamento e ao espírito crítico, que a mim implicaram num impulso quase temerário às incipientes proposições que lhe apresentei. Sua confiança e incondicional apoio, seja nas horas fáceis ou nas difíceis, somados ao exemplo de seriedade, honestidade e coerência, foram determinantes no meu amadurecimento intelectual, profissional e pessoal.

Tenho também uma dívida de gratidão com Guilherme de Salles Gonçalves. Seu apoio foi crucial para que esta tese conseguisse chegar ao termo. A recente convivência no escritório de advocacia ampliou o respeito e a admiração que sempre tive por este colega de quem me recordo desde o primeiro dia de aula no Curso de Direito da UFPR. Amigo de caráter obstinado, inteligência incomum e espírito leve, faz jus ao seu precoce sucesso profissional.

Meus agradecimentos também:

Ao professor Gustavo Henrique Justino de Oliveira, pela honra de ter sido meu avaliador na banca de qualificação de tese. Suas interessantes considerações e pertinentes críticas foram todas consideradas e, sem dúvida, contribuíram para uma melhoria considerável dos argumentos apresentados.

Aos meus amigos, professores Ozias Paese Neves e Valter Fernandes da Cunha Filho, pela revisão geral do texto e pelos comentários relativos ao conteúdo que concorreram para importantes e necessários aprimoramentos.

À professora Eneida Desiree Salgado, grande amiga e minha maior interlocutora; brilhante intelectual que hoje engrandece os quadros da Universidade Federal do Paraná. Sua análise minuciosa do trabalho propiciou a supressão de uma quantidade expressiva de equívocos.

Aos queridos amigos Ana Cláudia Finger, André Passos, Lígia Maria Melo de Casimiro e Tatyana S. Friedrich, por terem grande responsabilidade pelas tentativas de tornar-me um ser humano melhor.

Aos companheiros das minhas diversas atividades acadêmicas e profissionais, Adriana Schier, Raquel Dias da Silveira, Célio Heitor Guimarães, Edson Dallagassa, Paulo Motta, Cristiana Fortini, Fabrício Motta, Isabelle Bacellar, Laura Garbini Both, Vivian Cristina Lima López Valle, Tarso Cabral Violin, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, Luciane Moessa de Souza, Guilherme Amintas Pazzinato da Silva e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, que me prestigiam quotidianamente com sua importante amizade.

Ao professor Clèmerson Merlin Clève, a quem devo grandes lições não somente de Direito Constitucional, mas de vida profissional. A experiência que me oportunizou com o honroso convite para ocupar o cargo de Coordenador do Curso de Direito da UniBrasil tornou-se um inesquecível legado.

Ao Renato Andrade, a quem devo sempre os devidos agradecimentos pela oportunidade que me propiciou no início da carreira e pelo exemplo de profissional e ser humano que é.

À Célia Folda, pelo inestimável auxílio, e aos colegas de escritório Sascha Breckenfeld Reck e Nahima Peron Coelho Razuk, pela compreensão e pelo suporte que foram tão importantes neste conturbado período que é o de elaboração da tese.

Aos professores Celso Luiz Ludwig, Ricardo Marcelo Fonseca, Abili Lázaro Castro de Lima, Cesar Antônio Serbena e Katie Argüello, pelas lições que marcaram minha trajetória acadêmica e fomentaram muito do que há de positivo nesta tese.

Aos professores Marçal Justen Filho e Angela Cassia Costaldello, grandes jus-publicistas paranaenses que figuram como exemplos em meu horizonte.

Ao professor Jorge Reis Novais, que desde o primeiro contato tratou-me com imerecida distinção. Sua disponibilidade de receber-me em Portugal para o estágio de doutoramento, bem como sua cordialidade e simpatia, só não são superados pela grandiosidade de seu talento como docente e pesquisador.

Aos professores Antonello Tarzia, da *Università Commerciale Luigi Bocconi*, e Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, da *Universidad de La Coruña*, pelos inesquecíveis e produtivos períodos de pesquisa que me oportunizaram na Itália e na Espanha, com seu convite generoso e sua impecável atenção.

Aos ilustres professores membros da banca de avaliação da tese, cujos agradecimentos devidos serão realizados oportunamente.

Finalmente, agradeço ao colega professor Alexandre Pagliarini pela disponibilidade em me auxiliar durante a fase de idealização do projeto de investigação a ser realizado em Portugal. Ademais, cabe destacar que parte das pesquisas que propiciaram a elaboração da presente tese foi realizada com o apoio da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, que financiou meu estágio na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

*No jardim se acha a alma,
na praça, o espírito.*

Ludwig Klages

O JARDIM E A PRAÇA PARA ALÉM DO BEM E DO MAL

- uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social -

SUMÁRIO

RESUMO.....	x
ABSTRACT.....	xi
RESUMEN.....	xii
PRÓLOGO – A Situação da Praça em uma Tese como Antítese.....	01
INTRODUÇÃO – A Parte do Diabo no Jardim do Bem e do Mal.....	15

- PARTE I -

O ESTADO E A SOCIEDADE CIVIL NA ESFERA DAS MENTALIDADES

Primeira Proposição:

A mentalidade pós-moderna produz uma falsa representação da sociedade civil a partir de uma “imagem do bem” enquanto o Estado é traduzido como a “imagem do mal”..... 27

I – A mentalidade como noção operacional: uma análise meta-institucional da política; II – A normalização do mal na mentalidade pós-moderna; III – Sobre uma sociedade que possa ser chamada de civil; IV – A esfera política entre o bem e o mal.

Segunda Proposição:

É uma ficção histórico-cultural a premissa lógica de que o Estado está fora da sociedade e que, portanto, possui vícios típicos de uma mentalidade independente..... 61

I – Idéias publicistas e mentalidade privatista na formação de uma cultura jurídico-política brasileira; II – A instituição do Estado de Direito no Brasil na ausência de um “espírito público”; III – Breve história das idéias sobre o Estado e seus fins; IV – A imbricação política e cultural entre o Estado e a sociedade civil.

Terceira Proposição:

É uma ilusão a assertiva de que a sociedade civil é, a priori, boa prestadora de serviços, em razão do que a contemporaneidade vivencia um verdadeiro “mito do terceiro setor”..... 95

I – A reforma gerencial no Brasil e as políticas de descentralização; II – A construção de um espaço público, mas nem tanto; III – Os serviços públicos e os serviços sociais como atividades econômicas; IV – O repasse de atividades estatais para o terceiro setor;

- PARTE II -
O ESPÍRITO DO ESTADO SOCIAL E A NEGAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE

Quarta Proposição:

O “dever ser social” como espírito do Estado democrático é uma das mais importantes conquistas ético-civilizatórias da humanidade, apesar da forte contestação pragmatista contemporânea..... 138

I - Ascensão e queda da imagem do Estado social; II - O bem-estar social como espírito do Estado e a essência constitucional; III - Os fundamentos econômicos e éticos do Estado social contemporâneo; IV - A solidariedade e a tolerância como aspectos nucleares do Estado social; V - O pragmatismo como mentalidade oposta à ética do Estado social.

Quinta Proposição:

*A Constituição Federal Brasileira não prevê a subsidiariedade como princípio de atribuição de competências ao Estado, nem como critério para a promoção do desenvolvimento.....*188

I - Uma possível reflexão meta-classificatória quanto à categoria “princípio jurídico”; II - A subsidiariedade como princípio católico e liberal; III - A subsidiariedade como critério determinante dos fins sociais e econômicos do Estado; IV - O princípio da subsidiariedade na realidade européia contemporânea; V - O desenvolvimento como fundamento interventivo do Estado social brasileiro.

Sexta Proposição:

*A subsidiariedade tem como princípio a prevalência da autonomia privada, ao contrário do que dispõe o regime jurídico-administrativo do Estado social, que tem como princípio a supremacia do interesse público.....*236

I - O sofisma das gêneses autoritárias do Direito administrativo e da supremacia do interesse público; II - Algumas críticas à idéia de supremacia do interesse público e suas possíveis refutações; III - A falácia da contraposição à supremacia do interesse público como princípio do Direito Administrativo; IV - O princípio da supremacia do interesse público: entre direitos e interesses; V - A impossibilidade da autonomia privada ser critério prioritário do Estado social.

Sétima Proposição:

A idéia de subsidiariedade estrutura-se numa noção mínima de dignidade, ao contrário dos fundamentos típicos do Estado social, que devem ter como base uma noção máxima: a felicidade..... 307

I - O desenvolvimento como felicidade: para além da subsidiariedade; II - O princípio da dignidade como ponto de partida do constitucionalismo social; III - A felicidade como fundamento político do Estado; IV - A felicidade como fim característico do Estado social contemporâneo; V - O ideal republicano e o humanismo constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS - *Cada vida tem, digamos assim, várias pertinências.....* 357

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO..... 365

RESUMO

O trabalho analisa as relações entre o Estado e a sociedade civil sob o ponto de vista da teoria do Estado e mediante uma metodologia interdisciplinar, com foco nas questões jurídicas subjacentes e mediante a utilização de algumas noções notadamente extraídas da historiografia. Trata da idéia de subsidiariedade com o objetivo de negar sua utilização como critério de definição dos fins do Estado social. Propugna pela manutenção e revalorização do interesse público como critério adequado ao modelo de bem-estar estabelecido pela Constituição Brasileira de 1988, bem como defende a noção de supremacia como característica do regime jurídico-administrativo, cuja gênese possui um respaldo liberal, apesar das peculiaridades de sentido inerentes aos diferentes períodos históricos. Para realizar tal sustentação elabora sete proposições fundamentais reciprocamente complementares: 1) A mentalidade pós-moderna produz uma falsa representação da sociedade civil a partir de uma “imagem do bem” enquanto o Estado é traduzido como a “imagem do mal”; 2) É uma ficção histórico-cultural a premissa lógica de que o Estado está fora da sociedade e que, portanto, possui vícios típicos de uma mentalidade independente; 3) É uma ilusão a assertiva de que a sociedade civil é, *a priori*, boa prestadora de serviços, em razão do que a contemporaneidade vivencia um verdadeiro “mito do terceiro setor”; 4) O “dever ser social” como espírito do Estado democrático é uma das mais importantes conquistas ético-civilizatórias da humanidade, apesar da forte contestação pragmatista contemporânea; 5) A Constituição Federal Brasileira não prevê a subsidiariedade como princípio de atribuição de competências ao Estado, nem como critério para a promoção do desenvolvimento; 6) A subsidiariedade tem como princípio a prevalência da autonomia privada, ao contrário do que dispõe o regime jurídico-administrativo do Estado social, que tem como princípio a supremacia do interesse público; 7) A idéia de subsidiariedade fundamenta-se numa noção mínima de dignidade, ao contrário dos fundamentos típicos do Estado social, que devem ter como base uma noção máxima: a felicidade. A conclusão final extraída da pesquisa realizada pode ser resumida na tese de que o Estado possui idêntico status de relevância em relação à sociedade, apesar de sua imagem negativa contemporânea, sendo incabível ao modelo de bem-estar social o critério de preferência subsidiária na alocação de seus fins, considerando que ambos são fruto de uma única mentalidade, sendo determinados pela mesma história e pelo mesmo indivíduo, ainda que consistam em instituições distintas, pois detentoras de fins e princípios típicos inconfundíveis, como a própria supremacia do interesse público (cujo fundamento ético-republicano está na dignidade e na felicidade).

ABSTRACT

This work analyzes the relations established between the State and the civil society under the light of the theory of the State according to multidisciplinary methods and focusing on underlying legal and juridical issues by using some concepts that have been markedly extracted from historiography. It deals with the notion of subsidiarity aiming to deny its use as a criterion for the definition of the Welfare State goals. It proposes the maintenance and revalorization of the public interest as the proper criterion to the welfare model defined by the 1988 Brazilian Constitution and it also defends the idea of supremacy - with a liberal-supported genesis - as a trait of the administrative-legal regime despite the peculiarities in meaning throughout different historical times. These affirmations have been sustained herein through seven reciprocally-complementary propositions: 1) the post-modern mentality produces a false representation of the civil society as a "picture of good" while the State is translated as the "picture of evil"; 2) It is historically and culturally fictional to adopt the logical premise that the State is outside the society and that, as such, has vices typical of an independent mentality; 3) The assertive that the civil society *a priori* renders good services is an illusion by virtue of what one experiments a real "third sector myth"; 4) The "social should-be" as the spirit of the democratic State is one of the most important ethical and citizen-like conquests of humanity despite the strong contemporary pragmatist voices to the contrary; 5) The Brazilian Federal Constitution neither establishes subsidiarity as a principle of attribution of competence to the State nor does it settle it as a criterion for the promotion of development; 6) Subsidiarity has as its principle the prevalence of the private autonomy, contrary to what the legal regime of the Welfare State settles, boasting the supremacy of the public interest as its principle; 7) The notion of subsidiarity is grounded on a minimum idea of dignity, opposite to the typical foundations of the Welfare State, which must have a maximum notion as its basis: the idea of happiness. The final conclusion extracted from this work can be summed up in the thesis that the State has an identical status of relevance regarding society despite its contemporary negative image, thus being it inadequate to the welfare role the criterion of subsidiary preference in the allocation of its goals, since both are the fruit of a sole mentality, being determined by the same history and the same individual - even if consisting of two distinct institutions, once they hold distinguished typical goals and principles, like the very supremacy of the public interest (whose ethical-republican foundation lies in dignity and happiness).

RESUMEN

Se analizan las relaciones entre el Estado y la sociedad civil bajo el punto de vista de la teoría del mismo y mediante una metodología interdisciplinaria, con atención en las cuestiones jurídicas subyacentes y mediante la utilización de algunos conceptos extraídos en la historiografía en forma de notas. Se trata la idea de subsidiaridad con el objetivo de negar su utilización como criterio de definición de los fines del Estado social. Lucha por la mantención y revalorización del interés público como criterio adecuado al modelo de bienestar establecido por la Constitución Brasileña de 1988, bien que defiende la noción de supremacía como característica del régimen jurídico-administrativo, cuyo génesis posee un respaldo del sector liberal, a pesar de las particularidades de sentido inherentes en los diferentes períodos históricos. Para realizar tal sustentación elabora siete propuestas fundamentales copulativas: 1) La mentalidad post-moderna produce una falsa idea o imagen de la sociedad civil como una “imagen del bien”, mientras el Estado es traducido como una “imagen del mal”; 2) Es un error histórico-cultural adoptar la premisa lógica de que el Estado está fuera de la sociedad y que, por lo tanto, posee vicios típicos de un ente independiente; 3) Es una ilusión la afirmación de que la sociedad civil es, a priori, buena prestadora de servicios, en razón de que actualmente se vive un verdadero “mito del tercer sector”; 4) El “deber ser social” como espíritu del Estado democrático es una de las más importantes conquistas ético-civilizadoras de la humanidad, a pesar de la fuerte respuesta pragmática contemporánea; 5) La Constitución Federal Brasileña de 1988 no prevé la subsidiaridad como principio de atribución de competencias al Estado, ni como criterio para la promoción del desarrollo; 6) La subsidiaridad tiene como principio la prevalencia de la autonomía privada, al contrario de lo que dispone el régimen jurídico del Estado Social, que tiene como principio la supremacía del interés público; 7) La idea de subsidiaridad se fundamenta en una noción mínima de dignidad, al contrario de los fundamentos típicos del Estado Social, que deben tener como base un fin máximo: la felicidad. La conclusión final extraída de la investigación realizada puede ser resumida en la tesis de que el Estado posee la misma importancia que la sociedad, a pesar de la imagen negativa de éste en la actualidad, no teniendo cabida en el modelo de bienestar social el criterio de preferencia subsidiaria para lograr sus fines, considerando que ambos son fruto de una única mentalidad, siendo determinados por la misma historia y por el mismo individuo, aunque sean instituciones distintas, son detentoras de fines y principios típicos inconfundibles, como la propia supremacía del interés público (cuyo fundamento ético-republicano está en la dignidad y la felicidad).



¹ WATTERSON, Bill. **O mundo é mágico: as aventuras de Calvin & Haroldo**. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2007, p. 50.

PRÓLOGO

A Situação da Praça em uma Tese como Antítese

Quem é o Estado?

Pergunta difícil. Solução complexa. Todavia, como bem destaca José Luis Bolzan de MORAIS, o que não se deve é, a partir desta questão inaugural, ser retirada uma perspectiva equivocada de “autarquização”. Ou seja, o Estado não é, nem deve ser, uma mera estrutura de funções e instâncias que acabam alocando-se de forma estanque e dissociada da realidade circundante, promovendo um perene olhar para si mesmo.¹

Em geral o Estado é tomado somente como uma entidade desprovida de identificação subjetiva. Quem é o responsável pelo Estado? A metodologia de pesquisa tipicamente moderna, mesmo no tocante às questões de conteúdo, pende drasticamente para outra pergunta: “o que é?” quando em foco as instituições. Diferentemente ocorre com o indivíduo, que muito rapidamente é especificado em seu aspecto subjetivo. Friedrich MÜLLER parece ter sido o primeiro a conferir a devida importância à questão quando entabulou a sua pergunta crucial “quem é o povo?”.²

O paradigma contemporâneo propugna por uma sociedade identificada com o indivíduo e que, por assim ser, apresenta-se fortemente separada do Estado. Visão esta que, diga-se de passagem, levou a ex-ministra Margaret Thatcher ao extremo de afirmar textualmente que “não existe essa coisa chamada sociedade”.³ Para o liberalismo clássico, a sociedade nada mais é do que a soma dos indivíduos e, nestes termos, não passa de uma expressão social do espaço individual. É este o sentido da expressão que vem sendo recuperado atualmente no imaginário popular (ainda que

¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; _____.; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 151 et seq.

² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

³ BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 37.

inconscientemente), ou seja, acredita-se em uma sociedade que, na realidade, não pode ser identificada coletivamente. É o retorno a uma autêntica sociedade de indivíduos, porém, dentro de contornos diferenciados, como é típico de cada época, e destacadamente da nossa, em que a evolução civilizatória, capitaneada pelo desenvolvimento tecnológico, acaba sendo inserida em um patamar geométrico de progressão das mudanças. Neste momento é que temos a novidade do termo, pois o indivíduo não é mais o mesmo, embora sua subjetividade esteja indissociavelmente presente tanto no espírito da sociedade quanto no do Estado. E digo espírito quando poderia talvez dizer “caráter” ou “filosofia”, para que seja priorizada a questão mental.⁴

O presente trabalho procura criar condições favoráveis para a contestação de um ideário que está atacando categorias e princípios a partir do anúncio de um “novo Direito administrativo”, que na realidade nem é tão novo, nem tão diferente assim. A verdadeira alteração não é aparente nem específica do Direito administrativo; está incrustada no substrato mental de um novo tempo. Um tempo que não mais é propício para alguns signos tradicionalmente aceitos. Alguns teóricos, por exemplo, com o objetivo manifesto de culpar o princípio da supremacia do interesse público pelas mazelas da atuação estatal contemporânea, vão em busca de certo “pecado original” pelo qual o Estado deve quotidianamente ser declarado culpado, cabendo-lhe como redenção apenas a recorrência ao interesse privado ou à ponderação (esta última a palavra mágica do novo século).

Tais críticas pontuais em grande medida nada mais são do que frutos de uma nova mentalidade que faz com que alguns indivíduos sintam a necessidade de propor mudanças e outros indivíduos aceitem muito facilmente tais propostas. Aliás, a própria facilidade de acomodação destas novas idéias acaba sendo o seu mote propulsor, pois sempre é mais difícil e incômodo defender assertivas contraparádigmáticas.

Contudo não são somente estas as questões colocadas. Se num primeiro momento as raízes da identificação do Estado derivaram de diferentes fontes que podem ser sintetizadas de forma harmônica em uma definição ideal, na atualidade, cada vez mais as partes da noção são fragmentadas a ponto de ser temerário apontar

⁴ Outro sentido também consonante ao utilizado no trabalho é o de Marçal Justen Filho, quando trata do espírito que chama de “filosofia” do Direito Administrativo. Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n° 26, 1999, p. 133.

qualquer precisão conceitual. Nunca se discutiu tanto a contraposição entre liberalismo e direitos fundamentais; entre democracia e república; entre liberalismo e democracia; entre universalismo de direitos e relativismo cultural; tudo nos contornos do constitucionalismo. Creio ser impossível tratar verticalizada e seriamente de qualquer assunto teórico-jurídico sem ter-se em vista tais dicotomias, mesmo que de forma tangencial. Um contato efetivo com os comunitaristas e republicanistas e a discussão a respeito das relações entre o bem e o mal na filosofia política e na teoria moral a partir de autores como Alasdair Macintyre, Michael Walzer, Philip Pettit e Chantal Mouffe, ou mesmo, e por que não principalmente, Charles Taylor e Michael Sandel,⁵ ficam para outra oportunidade. Até porque o trabalho procurou centrar-se na teoria do Estado e não na filosofia, ainda que esta distinção nem sempre seja rigorosa. Desse modo, seu foco acabou levado à distinta direção, mais próxima do Direito e das teses diretamente ligadas à relação entre mais intervenção e menos intervenção do Estado na sociedade civil sob o ponto de vista da interpretação constitucional.

O princípio da legalidade, que sempre foi tomado como fundamento da idéia típica de Estado de Direito, vem sendo contestado como critério de identificação do Direito válido. A justiça está deixando de ser um ideal consensual, sendo cada vez mais substituída pelas considerações de competência funcional do Estado. O conteúdo do Estado de Direito, que antes tinha seus contornos bem delimitados, inobstante problemáticos, passa a depender fortemente da posição política que a ele dá sentido. A conjuntura jurídico-política altera-se a ponto de serem verificadas as seguintes tendências: a) desenvolvimento de um Direito jurisprudencial; b) redução significativa da capacidade reguladora da lei; c) forte restrição da soberania ao Estado nacional; d) reconhecimento da perda de unidade e coerência das fontes do Direito; e) convivência ou superposição de ordenamentos concorrentes. A mudança paradigmática afeta o princípio da legalidade de tal forma que ocorre um paradoxo: há uma forte inflação legislativa, ao mesmo tempo em que as próprias leis são desvalorizadas em face desta tendência. A situação afeta o próprio papel de garantia do Estado de Direito

⁵ Conferir: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Tradução de Jussara Simões. Bauru: Editora da EDUSC, 2001; WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003; PETTIT, Philip. **Republicanism: uma teoria sobre la libertad y el gobierno**. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999; MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996; TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 2005; SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

constitucional, essencialmente se considerarmos a dificuldade de manutenção da soberania interna e externa. Com a perda de sentido cada vez maior da idéia alemã de uma “reserva de lei” e com a freqüente utilização da força em nível internacional, a tentativa de manutenção de sistemas jurídicos com base em princípios republicanos tem sido uma tarefa complexa, por vezes inglória. A mentalidade da sociedade contemporânea, que Gilles LIPOVETSKY chama de “pós-moralista”, em vez de efetuar a síntese entre ordem e liberdade, acaba contrapondo a liberdade à ordem.⁶

Discussões estas que põem em xeque a possibilidade de um significado de Estado que possa ser compartilhado pela sociedade, em consonância com a regulamentação jurídica existente. Conseqüentemente, a insistência na compreensão do Estado como um efetivo ente de bem-estar social depende não só da afirmação do ordenamento positivo ou da defesa de determinadas idéias. É importante imergir na cultura e na história em busca de uma crítica do significado que o Estado tem para o seu tempo e espaço, pois a possibilidade de um consenso ideológico parece absolutamente retórica; o que, aliás, é totalmente desejável, pois a política se realiza por meio do dissenso e da tolerância.

A radicalização liberal contemporânea, característica do individualismo pós-moderno, acaba pervertendo a ordem legal do Estado em função de um princípio da subjetividade. O Direito público passa a ser determinado pelos casos particulares, prevalecendo a lógica empírica do pragmatismo jurídico-político (ora como antiformalismo jurídico, ora como militantismo antipolítico).⁷

Neste dilema encontra-se a dicotomia entre democracia liberal e direitos fundamentais republicanos. É possível a adoção de direitos fundamentais que se oponham à vontade da maioria? De que lugar surge a legitimidade de um princípio jurídico para se contrapor à vontade geral do povo? É justificável impor um dever estipulado pela maioria a uma minoria que não o reconhece? Até que ponto a garantia da ordem pode se opor à minha liberdade individual? Até que ponto eu devo me sacrificar em prol de uma coletividade com a qual eu não me identifico? Ou mais, é possível a existência de direitos que, por princípio, não possam ser contestados pela vontade popular? Qual seria o fundamento de legitimidade para que o Estado encampe

⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Tradução de Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2005.

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 353.

determinadas atividades como suas e não minhas? Quem titulariza o interesse público se não é o próprio povo? Seria o Estado um ente subjetivo abstrato e não reconhecido pela própria sociedade em que está inserido? Afinal, quem é o povo? – retomando a pergunta fundamental de Friedrich Müller. Enfim, quem é o Estado, se ele não é o que nós somos?

A contemporânea teoria política possui um sem número de respostas. Todavia, não tenho dúvida que a ideologia tendencialmente predominante é a liberal, mesmo se considerados os fatos recentes (relativos à crise econômica de 2008), em face dos quais volta a ser palatável a intervenção direta do Estado em setores até pouco tempo impensáveis.⁸ E penso assim na medida em que a mentalidade social não é algo afetável apenas pela conjuntura. O predomínio do liberalismo é natural considerando o substrato mental da sociedade hodierna. Mesmo podendo ser observado um forte desconforto na ideologia liberal decorrente da crise econômica vivenciada, não se vislumbra uma real quebra no que já se tornou um “quase-consenso”: a afirmação de que o Estado de Direito do futuro não será necessariamente um Estado social, mas obrigatoriamente um Estado “radicalmente democrático e pluralista”, ou seja, um Estado que preconize a vontade dos sujeitos autônomos. É interessante como a democracia assumiu, sub-repticiamente, uma posição refratária ao Estado e paradoxalmente oposta ao espírito republicano.

Segundo o “quase-consenso” atual, esta nova democracia deve se manifestar por intermédio de uma cada vez maior participação da sociedade civil na atividade pública, atuando também dentro do Estado (proposta indiscutível, embora de difícil concretização – a democracia direta), mas prioritariamente fora do Estado, substituindo-o. Em resumo, a essência do Estado de Direito parece que será reconduzida às suas origens, refletindo uma estrutura necessariamente subsidiária. Ou seja, a resposta de maior poder de convencimento da atualidade é: *o Estado nacional deve*

⁸ A doutrina utilitarista-economicista norte-americana sempre proclamou que o melhor competidor deve vencer e que o Estado não deve se intrometer nesta disputa. Todavia, na prática, esta regra não é aplicada a todos. Dependendo de quem perde, o Estado passa a ter o dever de ajudar. Nada mais pragmático e menos republicano. O critério do mérito parece que só funciona para o mercado quando não são os grandes detentores do capital os perdedores. Sobre o assunto, é interessante a análise do jornal alemão “Der Spiegel”, nos seguintes termos: “Estados Unidos da América: o país onde o fracasso é recompensado – na atual crise financeira, o modelo de capitalismo dos Estados Unidos implodiu com um grande estrondo. Mas o governo Bush está tentando extinguir as chamas com mais combustível, em vez de água, e quer que os apostadores de Wall Street sejam recompensados pelo fracasso”. Ou seja, aplica-se ao caso a velha máxima mercadológica de que um bom negociante é aquele que “capitaliza os lucros e socializa os prejuízos”. Conferir: STEINGART, Gabor. **Der Spiegel**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel>. Acesso em: 1 out. 2008.

deixar que a sociedade civil e o mercado resolvam seus próprios problemas; somente no caso excepcionalíssimo de a sociedade ou o mercado não conseguirem resolver os seus problemas é que o Estado deve atuar; assim, seriam garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos, cada vez mais próximos das liberdades do século XIX, e não correríamos o perigo de uma intervenção que contraria nossa autonomia e nossa capacidade de deliberação. Ou seja, cada vez mais assumimos que o Estado é só um “mal necessário”.

Esta é uma análise de realidade conjuntural, tomando-se com peculiaridade o substrato das representações sociais em vigência. Ou seja, seu foco não está na esfera das idéias e instituições, mas das mentalidades. O que não significa uma clivagem entre as perspectivas (o que seria além de totalmente inútil, um verdadeiro elemento prejudicial à apresentação das proposições). Mas o fato é que as respostas às perguntas antes formuladas exigem uma escapada das formulações tradicionais do Direito ou da teoria do Estado quanto à relação entre Estado e sociedade. Se não fosse por meio desta metodologia, creio que restaria presente um nível de dificuldade maior para ser negado um princípio de aceitação quase pacífica pelo ideário jurídico-político contemporâneo: a subsidiariedade.

A partir destas considerações teóricas preliminares é que imaginei ser interessante o estudo de uma matéria que a princípio já se encontra muitíssimo tratada. O difícil foi estabelecer um método ideal para isso. Demorei pra encontrá-lo e em certa medida ele não existe, pois o processo de pesquisa foi auto-identificando os seus pressupostos, que agora, em fase de publicização das conclusões, tornam-se mais fáceis de ser reconhecidos (admito, portanto, que boa parte da tese se fez mais por inferência intuitiva do que por qualquer sistemática voluntariamente escolhida). Talvez o único *a priori* que se apresentou sempre claro foi a busca por um afastamento da teoria pura, especialmente nos aspectos hermenêuticos e semiológicos ou lingüísticos que poderiam ser suscitados quando da análise dos problemas apresentados. O trabalho retrata uma proposta aplicada, seja de filosofia política ou constitucional, seja de teoria do Estado ou de Direito administrativo. Com este escopo procurei seguir os passos metodológicos de Renato Janine RIBEIRO, quando afirma que “sem a ação no horizonte, não há filosofia política”. Em política, a filosofia tem que ser mais imaginativa que a ciência, pois esta vive em um “presente ideal”, quando aquela “tem uma história de longo percurso”; a filosofia nunca renega a história, pois tudo o que se produz sempre tem

validade. O desafio é justamente estar ligado à ação e ao presente, sem que se perca o elo com o passado.⁹ É com este espírito que o trabalho inicia suavemente indutivo e encerra-se fortemente dedutivo, apesar de certa pretensão de imbricação circular, pois não seria difícil alterar a ordem dos capítulos sem que isso produzisse efeito significativo no resultado final (e esta pode ser uma característica para o bem ou para mal).

A utilização de algumas noções-chave da historiografia (como a de mentalidade) e da filosofia política (como a moral objetiva) foi importante para a formatação conceitual do conteúdo pesquisado, ainda que tenha indicado uma perigosa abertura transdisciplinar. Ademais, o uso de algumas metáforas, às vezes por uma intenção predominantemente estética (uso pouco original da praça e do jardim)¹⁰ e em outros momentos pelo interesse em sua carga de representação simbólica (como é o caso da noção de felicidade, que poderia ter sido substituída por um signo menos polêmico sem prejuízo aparente de conteúdo), retrata uma tentativa de ultrapassar as barreiras da dogmática e do tradicional cientificismo formalista da academia jurídica. E antes que seja questionado, antecipo que o caso particular do título “para além do bem e do mal” nenhum vínculo de conteúdo possui com a obra de Friedrich NIETZSCHE,¹¹ bem como a expressão “espírito do Estado” em nada procura referir-se à teoria hegeliana.¹² Sendo assim, advirto: qualquer semelhança é mera coincidência.

Uma possível aparência de apego à metafísica idealista ou jusnaturalista, no máximo, decorre de algumas incursões kantianas e tal, de forma marginal e descompromissada, para que pudessem ser extraídas as conclusões para o plano do realismo utópico (e normativo) que em certa medida obrigou-me a uma brecha forçada no texto. E não me assusto com isso, pois concordo com Vera Karam de CHUEIRI que “na vala da metafísica, entre divindades falidas encontram-se enterradas (e não menos carcomidas) as teorias jusnaturalistas cujos fantasmas assombram a teoria do direito,

⁹ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10-12.

¹⁰ Uma referência que já foi utilizada por outros administrativistas, como Thiago Lima Breus. Cf.: BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹¹ NIETZSCHE, Friedrich W. **Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Lisboa: Guimarães Editores, 1996.

¹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 4. ed. Tradução de Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2007.

embora só assustem os mais desatentos e desavisados”.¹³ Daí a necessidade de outro ponto de vista – que não precisa, todavia, cair no relativismo.¹⁴

Por outro lado, tenho que reconhecer: assim como Paolo COMANDUCCI, sempre nutri certa simpatia envergonhada pelo imperativo meta-científico weberiano.¹⁵ Se não para aceitar o rigor positivista de Max Weber na sustentação na neutralidade científica (com exclusão dos julgamentos de valor e convicções), ao menos para concordar com a sinceridade típica da linha de conduta sugerida. Ou seja, se não podemos nos despir suficientemente de nossas convicções e pressupostos, ao menos devemos admiti-los. Todo cientista deve cumprir com simplicidade a sua tarefa, declarando seus pontos de partida e não ignorando os fatos desagradáveis e as posições contrárias.¹⁶

É importante salientar que procurei desenvolver nesta tese um enfoque tanto “teórico” como “político”, segundo a sutil distinção de COMANDUCCI, pois procuro tratar tanto da esfera do ser (teórico-positivo), quanto do dever ser (político-normativo).¹⁷ Seria difícil dividir a análise, preferindo apenas uma das possibilidades, e creio que isso se vê quando do estudo de conteúdo. Desse modo, proponho uma análise da teoria política que não pode “mover-se por completo no campo do que é político e manter-se isenta das controvérsias filosóficas remanescentes”.¹⁸

A temática central é cindida em temas correlatos e interdisciplinares, complementares e suplementares, cuja relação recíproca em que pese nem sempre possa ser determinada de forma direta e imediata pareceu-me ser indispensável à confirmação da hipótese principal. Assim, forjou-se uma tese que está fortemente influenciada pelo apego à modernidade, acompanhado de uma elevada crença no Estado ainda como um meio viável (senão indispensável) de realização de uma sociedade econômica e moralmente igualitária, apesar de todos os seus reconhecidos fracassos.

¹³ CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995, p. 67.

¹⁴ Sobre o assunto, conferir a excelente resenha de Plínio J. Smith. SMITH, Plínio Junqueira. Para além do relativismo e do absolutismo. **Revista de Sociologia Política: dossiê ideologias políticas**. Curitiba: Editora da UFPR, n° 03, 1994, p. 135-143.

¹⁵ COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminación del derecho. **Revista Doxa**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 21, v. 2, 1998, p. 89.

¹⁶ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 61 et seq.

¹⁷ COMANDUCCI, Paolo. **Princípios jurídicos e indeterminación del derecho**. Op. cit., p. 89.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 2. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 95.

Tive a intenção de indicar hipóteses em que a escolha das fontes, “tanto intensiva quanto extensivamente”, obedeceu a um critério que não foi o de verticalização tópico-analítica. Por conseguinte, não tive pretensão de ser exaustivo em minhas considerações.¹⁹ E tendo em vista o universo dos temas tratados, qualquer tentativa neste sentido seria obviamente infrutífera, podendo recair em artificial densificação, além de ser desnecessária, pois este trabalho não é uma dissertação, cujo objetivo particulariza-se por pressupor uma efetiva revisão bibliográfica sobre os assuntos tratados. Aceito a idéia de que em uma tese o objetivo fundamental deve ser o de convencimento em relação às proposições e não o de demonstração de conhecimento geral das matérias. Ou seja, procurei apenas denotar um raciocínio fundamentado, como ensinam Orides MEZZARROBA e Cláudia S. MONTEIRO ao proporem que a tese deve “examinar de forma crítica as teorias que envolvem o objeto, analisar seus resultados e, por fim, apresentar conclusão a partir de argumentos lógicos consistentes”.²⁰

Tenho ciência que adoto por vezes uma postura temerariamente crítica, sem a pretensão seja de ditar qualquer ponto final, seja de depreciar qualquer teoria ou autor. Como o pensamento pós-cartesiano vem demonstrando há algum tempo, não existe uma interpretação única ou verdadeira das idéias, sendo útil e adequado à perspectiva científica o confronto de posições. Nestes termos, procurei somente utilizar como fonte aqueles autores cuja respeitabilidade e qualidade intelectual são notórias (seja para concordar ou para discordar). A intenção é promover uma adequada postura crítica, tomando-se em consideração que só merece este qualificativo quando “suscitando o que não é visível, para explicar o visível, ela se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível”.²¹ Assim, também espero com despreendimento e certa ansiedade as críticas que seguramente minhas proposições poderão suscitar.

Quanto à metodologia empregada, como já asserido, não tomo como objetivo principal o estudo da natureza das idéias, mas sim do seu conteúdo, ou seja, das conseqüências no plano real que elas trazem e o pensamento que a partir delas é

¹⁹ Como propõe Jessé Souza. Cf.: SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 16.

²⁰ MEZZARROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 133.

²¹ E continua o autor afirmando que a realidade está em movimento, ou seja: “qualquer coisa para ser apreendida e analisada tem de o ser no seu movimento interno; não se pode, pois, abusivamente, reduzir o real a uma das suas manifestações, a uma das suas fases. Cf.: MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Imprensa Universitária, 1994, p. 22.

produzido. Assim, não busco analisar epistemologicamente as teorias e autores (ou seja, verificar sua pertinência ou coerência lógica interna ou seu maior ou menor grau de adequação científica/classificatória). Não penso em discutir ou explicar como esta ou aquela teoria vê o mundo, mas sim utilizar as proposições como ponto de partida de outra construção teórica. Desta forma, não tenho um compromisso com a sistematização das idéias dos autores ou com a natureza das categorias e sua relação epistêmica de sentido. Abandona-se, assim, uma postura descritivista (mesmo aquela comparativo-descritiva). Isso significa que não assumo a tarefa de resolver problemas semânticos de categorias quaisquer, nem de fornecer interpretações de teorias que sejam coerentes com o seu todo. Busco, na feliz descrição de Danilo ZOLO, uma análise “seletiva e construtiva”, o que amplia a discricionariedade e reforça a responsabilidade.²² Além, é claro, de correr o risco típico das interpretações parciais que fazem, às vezes, uma inconveniente deturpação do pensamento original totalizado. Mas, enfim, esse é um risco que vale a pena ser corrido quando se tem como escopo a defesa de uma tese que se pretende como antítese.

O fato é que nunca consegui esquecer o que li num livro de Richard RORTY ainda no início do curso de doutorado. Conta o autor que quando era um jovem professor, então filósofo analítico clássico, ouviu uma descrição feita por um professor já reverenciado e bem mais experiente (Stuart Hampshire) sobre uma conferência internacional “cheia de estrelas e sobre um tema vasto e pretensioso” e que teria que resumir ao final da sessão: “Não há segredos”, explicou Hampshire, “para um velho sincrético picareta como eu”. E conclui RORTY: “Naquele momento descobri o que eu queria ser quando crescesse.”²³

Parafraseando KANT, também acredito que o ridículo alcança com mais justiça o pedante rigorismo técnico que a pretensiosa criação, ainda que fragmentada.²⁴ Reconheço, contudo, que ambos podem conduzir a algum afastamento da exatidão e da completude. Mas fato é que os próprios autores, por vezes, não têm a exata compreensão da extensão do seu pensamento. O que se dirá então, das inúmeras interpretações que um mesmo texto pode suscitar em diferentes leitores? Deve-se reconhecer que “a linguagem pretensamente mais neutra está destinada a desaparecer

²² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; _____. (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9.

²³ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Tradução de Denise R. Salles. Barueri: Manole, 2005, p. XVIII.

²⁴ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 17.

assim que a leitura ingênua a leva a entrar no jogo social, como uma tomada de posição no próprio debate que ela tenta apenas objetivar”.²⁵

Buscar uma razão ontológica, que afirme a verdade de um discurso a partir de sua completa sistematização não tende a ser a melhor metodologia para se estudar questões típicas do que se vem chamando de pós-modernidade, ou mesmo para relações complexas e interdisciplinares como é o caso da existente entre Estado e sociedade. Se o estudo das questões lógicas é importante, também deve ser relevado que a pesquisa aplicada possui uma grande necessidade de identificar “as variedades de imperativos por referência a situações sociais de contexto.”²⁶ Faço questão de ressaltar, portanto, que não possuo qualquer marco teórico (no sentido de autores, correntes de pensamento ou escolas), bem como tenho ciência de algumas idas e vindas argumentativas que o texto contém. As citações realizadas, para além de um apoio confirmador dos argumentos destacados, prestam-se ao não cometimento de injustiças com a originalidade das fontes; afinal, “a reflexão científica não parte nunca do nada; não existe ponto zero do conhecimento”.²⁷ Não podemos nos fazer de surdos para com o que já foi escrito de forma precedente. Deve ser efetuada a real consideração dos argumentos, análises e, por vezes, até expressões, combinações ou metáforas que foram marcadas de forma original. Seja para discordar, seja para concordar, espero que os autores mencionados entendam sua recorrência como uma justa homenagem não somente científica mas, sobretudo, ética. Até porque, não tenho a menor pretensão de escrever “melhor” que eles. Seria de todo ridículo pensar de outra forma ou fazer qualquer comparação nestes termos. Como RORTY, reconheço a “diferença entre ser original e ser eclético” – e admito que talvez esteja mais próximo do segundo do que do primeiro.²⁸

Tenho convicção de que se fosse possível dividir a tese em partes e subpartes até atomizá-la em seus menores fundamentos, pouco haveria de novo. E espero sinceramente que este não seja um demérito, pois o pressuposto metodológico do projeto era o desenvolvimento de uma pesquisa cujas conclusões indicassem uma nova proposta de compreensão científica do fenômeno-objeto. E neste passo desejo ter

²⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 3. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 291.

²⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 259.

²⁷ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Op. cit., p. 23.

²⁸ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Op. cit., p. XVIII.

atingido o objetivo de propor uma antítese, porque refuta o consenso estabelecido a respeito de um princípio que na realidade não existe, pois se existisse implicaria a afirmação de uma relação entre o Estado e a sociedade inadequada ética e politicamente. Para tanto, reconheço que isolei algumas variáveis em detrimento de outras de igual pertinência, mas que por um critério de seleção pessoal não couberam no tempo disponível para a elaboração do texto.

As pessoas raramente se apercebem que existe uma mentalidade que as impulsiona. São condicionantes que estão em múltiplos discursos e ao mesmo tempo não estão em nenhum concretamente. A própria tão na moda idéia de consenso centra-se na razão. Contudo nem sempre é a razão que determina o discurso. As pessoas querem resolver as situações em concreto a partir da racionalidade específica das questões de causa e efeito do problema em foco. Ocorre que as respostas possíveis e prováveis comumente só restam incluídas dentro de tal limite de possibilidade porque o indivíduo está convencido das suas respectivas fronteiras. Há a construção de uma realidade própria que consiste num conjunto de representações, ou seja, no imaginário coletivo. Isso não significa que o ideário contemporâneo esteja imerso em uma visão de mundo mística ou abstraída da realidade; pelo contrário, é impressionante como o sujeito moderno é bem realista e racional ao acreditar no que acredita.²⁹ E neste ponto é importante ressaltar que a análise mental proposta em momento nenhum trata (e nem precisa tratar) de qualquer questão psicológica ou psicanalítica, pois se reporta prioritariamente ao terreno da sociologia, da ética e da política; ou ainda, é possível que aqui se trate da tentativa de estabelecimento de uma “história do tempo presente”.³⁰

Caminhando para o encerramento deste ensaio inicial, faço justiça reconhecendo que a inspiração desta antítese à mentalidade anti-estatista caracterizada pela subsidiariedade veio de Albert HIRSCHMAN que reconheceu serem seus livros “muitas vezes escritos de modo a provar que alguém mais estava – ou estivera – errado.”³¹ Isso limita a nossa liberdade, mas é um interessante elemento motivador, pois “o descontentamento é o motor de toda mudança”.³²

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Em defesa da política**. Op. cit., p. 9.

³⁰ ARRUDA, José Jobson de Andrade. Prefácio. In: VOVELLE, Michel (Org.). **Jacobinos e jacobinismo**. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: Editora da EDUSC, 2000, p. 11.

³¹ HIRSCHMAN, Albert. **As paixões e os interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução de Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 19.

³² GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 162.

Destaco, a título de advertência, que utilizei a língua espanhola como a portuguesa, tanto dentro do texto como nas notas de rodapé. Desde o meu ingresso no Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul da Universidade Federal do Paraná (há mais de dez anos) e a partir do momento em que comecei a participar de reuniões acadêmicas e congressos da Associação de Direito Público do Mercosul, adotei as lições de Romeu Felipe Bacellar Filho sobre a necessidade de utilização indistinta das duas línguas como forma de amadurecimento das relações entre os países latino-americanos, como bem propugna a nossa Constituição no parágrafo único do seu artigo quarto.³³

E reconhecendo o caráter em certa medida fragmentado das proposições, destaco minha preferência por não utilizar a forma comum das obras científicas a partir de capítulos e sub-capítulos. Reuni vários temas dentro de um mesmo texto contínuo, a partir da tentativa de justificar tal liame mediante a demonstração da própria assertiva. E, ainda, é preciso explicar que após algumas citações literais de texto (entre aspas) não há imediatamente a menção à fonte. Quando isso ocorrer, significa que o texto construído logo em seguida à citação consiste em paráfrase do próprio autor original. Para não ser necessária a repetição da fonte, nos casos em que a citação direta e a indireta possuem idêntica referência, foi registrada apenas uma indicação ao final da totalidade do pensamento do autor (unindo-se, portanto, transcrição e paráfrase). Estas opções formais possuem seus inconvenientes, porém me pareceram interessantes à proposta acadêmica formulada.

Feitas as respectivas explicações e ressalvas, concluo asseverando que da reunião fragmentada das proposições tenho a sincera esperança de ser possível apresentar ao fim uma única tese: *a de que o Estado possui idêntico status de relevância em relação à sociedade, apesar de sua imagem negativa contemporânea, sendo incabível ao modelo de bem-estar social o critério de preferência subsidiária na alocação de seus fins, considerando que ambos são fruto de uma única mentalidade, sendo determinados pela mesma história e pelo mesmo indivíduo, ainda que consistam em instituições distintas, pois detentoras de fins e princípios típicos inconfundíveis, como a própria supremacia do interesse público (cujo fundamento ético-republicano está na dignidade e na felicidade).*

³³ “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

Conforme ensina BACELLAR FILHO, do ponto de vista institucional “o Estado Democrático de Direito é um Estado que não absorve a sociedade e nem com ela se confunde: este é o princípio norteador do poder político legítimo bem como o pressuposto para efetivação da participação popular”.³⁴ Entretanto, o olhar sobre as relações entre Estado e sociedade não pode reduzir-se ao aspecto institucional, o que requer o reconhecimento do seu espaço de imbricação.

No mais, tenho ciência de que nenhum modelo é verdadeiro em sentido estrito ou corresponde de forma idêntica à realidade modelada, não obstante alguns sejam mais convenientes que outros.³⁵ Resta-me, então, torcer para que esta antítese, para além de ser simplesmente compatível com a realidade, não seja uma má teoria ou, pelo menos, não seja pior do que a oposta.

³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 127.

³⁵ GUIBOURG, Ricardo A. Hart, Bulygin y Ruiz Manero: três enfoques para un modelo. **Revista Doxa**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 14, 1993, p. 432; e HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 165.

INTRODUÇÃO

A Parte do Diabo no Jardim do Bem e do Mal

As pessoas realizam um julgamento de suas ações e intenções como “boas” ou “más” a partir de sentimentos que exprimem implicitamente juízos e, portanto, correspondem a determinações morais ou valorações.³⁶ Tais juízos forjam os diferentes modelos normativos compartilhados, segundo o habitat dos sujeitos e seu papel no mundo. Na contemporaneidade, o ser humano está vivendo um período de “privatização da utopia e dos modelos do bem”. Época esta que se desfaz em uma liquidez de princípios e valores, o que faz lembrar Hannah Arendt, quando prenunciou que o melhor amigo do mal é a banalidade.³⁷ Para ilustrar esta tese, Zygmunt BAUMAN recorre a um caso interessante em que pôde observar a existência de um “movimento civil” contra a pedofilia nos Estados Unidos, decorrente do caso Sidney Cooke.³⁸ Movimento este muito mais voltado ao extravasamento de uma catarse coletiva típica do tempo contemporâneo do que, efetivamente, uma preocupação com “o outro”. Trata-se da demonstração concreta da mentalidade pós-moderna, em que os indivíduos parecem sempre estar na busca de alguma “questão do bem contra o mal”.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro ...** Op. cit., p. 15.

³⁷ A lembrança da pensadora alemã neste contexto é de Zygmunt Bauman. Cf.: BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Op. cit., p. 15.

³⁸ Este caso foi brilhantemente analisado pelo jornalista Decca Aitkenhead. Aitkenhead focalizou uma das cidades em que se desenvolveu o movimento, “onde viu uma eclética multidão de avós, adolescentes e mulheres de negócio que raramente, se é que alguma vez, expressaram qualquer desejo de se engajar numa ação política montando cerco à delegacia local, não tendo sequer certeza de que Cooke estava lá. A ignorância que tinham dos fatos só perdia para sua determinação de fazer algo a respeito e serem vistos fazendo; e a determinação aumentava enormemente com a nebulosidade dos fatos. Pessoas que a vida toda ficaram longe dos protestos públicos vinham agora participar do assédio à delegacia e gritar ‘matem o bastardo’, preparadas para a vigília pelo tempo que fosse. Por quê? Estavam atrás de alguma outra coisa além do confinamento seguro de um inimigo público a quem nunca viram e de cujo paradeiro não tinham certeza alguma? Aitkenhead tem uma resposta para essa desconcertante questão, uma resposta convincente: ‘O que Cooke oferece, onde quer que esteja, é uma rara oportunidade de realmente odiar alguém, em voz alta, publicamente e com absoluta impunidade. É uma questão do bem contra o mal...e portanto um gesto contra Cooke define você como decente. As pessoas e grupos que ainda se podem respeitavelmente odiar são pouquíssimos. Os pedófilos encaixam-se como uma luva.’” Cf.: BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Op. cit., p. 17.

Isso ocorre, pois o indivíduo contemporâneo está perdendo a típica segurança moderna que afirmava com vigor dicotomias permeadoras do bem e do mal, como decorrência do caráter ideológico (como a “guerra fria” e seu combate ao comunismo) ou do caráter cultural (como as diferenças de raça ou crença religiosa) dos modelos. De forma mais intensa, tornam-se complexos e fluidos alguns aspectos econômicos da vida, como os inerentes à idéia de categoria social, que aparenta ser cada vez menos impactante na realidade contemporânea. A própria clivagem entre a ação coletiva e a identificação do grupo a partir da sua classe é um edificante exemplo deste fenômeno, como demonstra a teoria social de Obdulia Taboadela ÁLVAREZ.³⁹

É típico das crenças morais fazer com que os homens busquem incansavelmente “ou encontrar um bem por natureza ou fugir de um mal por natureza”. Platão ressaltava em sua análise dos mitos do período clássico a presença inafastável aos seres humanos dos dois pólos, “o bem e o mal”, que juntos conduziam o mundo para um ou outro lado.⁴⁰ Para Hans KELSEN esta análise conduz ao reconhecimento de que “o mal, tanto quanto o bem, é aí pensado como realmente existente no tempo, ambos simbolizados pelas duas direções opostas em que o mundo se move.”⁴¹ O bem e o mal representam, portanto, uma dicotomia dotada de historicidade, ou seja, é típica da realidade histórica mental do ser humano.⁴²

A doutrina cristã retomou a questão do bem e do mal a utilizando como um dos fundamentos básicos de sua dogmática subjetivista.⁴³ Marilena CHAUI aponta que o cristianismo promove a destruição do campo político, pois a salvação é obtida no ser humano isolado. O ideário cristão “articula liberdade e vontade e apresenta esta última como essencialmente dividida entre o bem e o mal”. A liberdade surge como uma divisão interior entre eu e eu mesmo; “entre meu querer bem e querer mal”.⁴⁴ Em trilha semelhante, Michel MAFFESOLI aponta que o messianismo judaico-cristão

³⁹ ÁLVAREZ, Obdulia Taboadela. Clases sociales y acción colectiva. **Reis: Revista Española de investigaciones sociológicas**. n° 63, 1993, p. 71-98.

⁴⁰ Segundo aponta Plínio J. Smith. Cf.: SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo filosófico**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000, p. 25.

⁴¹ KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 440.

⁴² GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Del Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 126.

⁴³ A tratativa deste assunto decorre de pesquisas anteriores. Ver: GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade de alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 29.

⁴⁴ CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 349.

“decretou” um “dever ser” pautado no “bem universal” como valor absoluto, tendo esta visão de mundo determinado não só a mentalidade medieval, mas também, e de forma tão importante quanto, a moderna.⁴⁵

A partir de uma visão moderna (e hobbesiana), Emmanuel KANT afirmou a dicotomia entre bem e mal como sendo típica da natureza do homem e de sua dificuldade em conciliar a tensão entre viver em sociedade e o desejo de isolamento para dar livre vazão à sua vontade. Na visão kantiana a natureza humana é má, e é justo que assim seja.⁴⁶ “O homem está obrigado a ser um bom cidadão, embora não esteja obrigado a ser moralmente um homem bom”. Desse modo, as motivações naturais seriam as “fontes da insociabilidade e da resistência geral de que brotam tantos males, mas que impelem também, repetidamente, a novas tensões das forças, por conseguinte, a novos desenvolvimentos das disposições naturais.”⁴⁷

Entretanto, esta não é a única ótica presente na modernidade. Conforme lembram Michel HARDT e Antonio NEGRI, outra é a imagem que se desenvolveu a partir do espírito da revolução francesa, notadamente devido à contribuição de Jean-Jacques Rousseau ao propor que “a primeira pessoa que desejou um pedaço da natureza como sua possessão exclusiva, e a transformou na forma transcendente da propriedade privada, foi quem inventou o mal. O bem, ao contrário, é aquilo que é de todos”.⁴⁸ De acordo com ROUSSEAU, no estado de natureza o homem não é bom nem mal, pois a ausência de bondade não implica a presença de maldade. Nesse sentido, o erro de Hobbes “deve-se a ter levado em consideração necessidades tardias para julgar o estado original do homem. Ora, o homem primitivo não poderia ser mau, uma vez que não sabia o que era bom e mau”.⁴⁹ Esta perspectiva, embora tão moderna quanto, é distinta da de KANT.⁵⁰ Se para este autor a sociabilidade racional típica da cidadania elimina os efeitos da maldade natural, para ROUSSEAU ocorre justamente o

⁴⁵ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo: resumo da subversão pós-moderna**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 12.

⁴⁶ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 133.

⁴⁷ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 146 e p. 27.

⁴⁸ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Império**. 7. ed. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 324.

⁴⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 17.

⁵⁰ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 146.

contrário.⁵¹

Ainda que sensivelmente distintas, ambas as perspectivas modernas comungam de uma proposta tipicamente evolucionista, que acabou influenciando todo o paradigma ocidental de orientação ideológica, fundado na crença de um progresso histórico regular e linear das sociedades organizadas; idéia esta que de há muito vem sendo contestada pela historiografia contemporânea.⁵² Mas o fato é a que modernidade não conseguiu superar este modelo e isso ultrapassa em muito a questão jurídica ou política subjacente. Mesmo perspectivas pós-iluministas como a habermasiana acabam por supor que quanto mais racional é o homem maior é sua “bondade moral”, o que é uma perspectiva bastante criticável, pois a racionalidade tanto pode trazer a civilização quanto a barbárie.⁵³ A dependência da razão moderna de um modelo disciplinar que oscila entre o negativo e o positivo denota um modo promocional de determinação do agir humano. Este paradigma acaba por estabelecer “uma qualificação de comportamentos que podem variar entre o ‘bem’ e o ‘mal’, as atitudes benfazejas e as malfazejas, as boas notas e as más notas”. Assim se estabelece uma dicotomia entre pena e prêmio.⁵⁴ Ou seja, a racionalização típica desta mentalidade acabou promovendo uma intensificação da “dicotomização do mundo”, o que, aliás, é coerente com a perspectiva universalista.

Perspectiva esta que foi fortemente criticada por Michel FOUCAULT ao acusar a tradição moderna de promover uma inversão no eixo explicativo da história para tentar afirmar uma racionalidade essencial vinculada ao “justo e ao bem”. E o autor vai adiante, propondo que esta razão tipicamente kantiana é frágil e transitória, além de estar “sempre comprometida com a ilusão e a maldade e vinculada a elas”. A racionalidade moderna seria típica do que denomina de “partes altas” da sociedade; partes estas que são perenemente favorecidas por uma relação de dominação. Afinal, diz o autor: “a razão está do lado da quimera, da astúcia, dos maldosos”. Todavia, paradoxalmente, a perspectiva crítica de FOUCAULT é interessante exemplo

⁵¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203 et seq.

⁵² Uma crítica da “Teoria do progresso linear” pode ser verificada em: HESPANHA, Antônio Manoel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 29.

⁵³ ARGÜELLO, Katie. As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 107.

⁵⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de Direito à sujeição jurídica**. São Paulo: Ltr, 2002, p. 110.

justamente da dicotomização do pensamento quando procura firmar a maldade moderna em contraposição a uma bondade, ligada à verdade, que estaria na base da sociedade a partir de uma “irracionalidade fundamental e permanente”.⁵⁵ A crença atualmente disseminada indica não haver mais espaço para “idéias” que defendam a existência de um fio condutor *a priori* de uma história universal,⁵⁶ muito menos que há “um certo e um errado”, “um verdadeiro e um falso” ou mesmo “um bem e um mal”; o que não implica o abandono da “mentalidade” dicotomista, sob novos contornos, pois como no caso Sidney Cooke, a tendência pós-moderna é o reconhecimento de uma ligação orgânica entre o bem e o mal.⁵⁷

O entendimento iluminista de que a razão é única e igual para todos os indivíduos pensantes ainda é um fator presente na contemporaneidade,⁵⁸ apesar das teorias críticas (algumas delas com forte tendência relativista).⁵⁹ Esta realidade não inibe o fenômeno de germinação do que Michel MAFFESOLI denomina de “revolta silenciosa”: um processo em que a mentalidade subjacente tende a não mais aderir a princípios que estejam em qualquer grau afastados da vida concreta de cada um. E nesta fase de mutação, o grande desafio é reconhecer “o que cabe ao diabo”, sabendo-se dar bom uso a esta parte. Ou seja, não é possível ignorar a mudança de mentalidade e é preciso posicionar-se quanto a este fato.

Contudo, ao contrário do que defende o pensador francês, esta “parte do diabo” não pode conduzir à rejeição da ação humana e da política como fundamento do viver em sociedade. A postura intensamente realista do autor é adequada apenas como uma legítima descrição do momento presente,⁶⁰ mas se equivoca ao recusar a

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Mara Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 65.

⁵⁶ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 37.

⁵⁷ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo ...** Op. cit., p. 20.

⁵⁸ CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1994, p. 23.

⁵⁹ Uma ótima descrição das teorias críticas da modernidade é feita por Celso Luiz Ludwig com base em Enrique Dussel. Elenca o autor as seguintes correntes: a) Martin Heidegger (baseado na falta de compreensão radical do ser típica da modernidade), b) Escola de Frankfurt (crítica à razão instrumental); c) Derrida/Lyotard (crítica da universalidade abstrata desde a subjetividade afirmada na diferença); e) Richard Rorty e comunitaristas como Taylor e McIntyre (crítica da pretensão universalista e fundacionista); f) Michel Foucault (crítica à formatação do sujeito típica da modernidade); g) Jürgen Habermas/Karl-Otto Apel (crítica da racionalidade subjetiva a partir do discurso). Segundo Ludwig, tais posturas críticas podem ser encontradas desde Nietzsche. Cf.: LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 284.

⁶⁰ “O princípio da realidade aqui faz sentido, pois nos lembra que a força do que ‘é’ não se dobra, ou só dificilmente, às boas intenções que determinam abstratamente o que ‘deveria ser’.” Cf.: MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo ...** Op. cit., p. 73.

possibilidade de um afastamento desta condição, pois se entrega a um fatalismo que nega a capacidade de interferência de um “dever ser” tanto decorrente da “ação humana” particularizada,⁶¹ quanto dentro das instituições sociais e, com destaque, do Estado. Nestes termos é que tende a ser viável defender uma proposta ainda estruturalista, embora que coloque dúvidas sobre a razão, criticando o evolucionismo. Esta visão procura impor restrições à metafísica moderna, com vistas a uma verificação da sociedade mais próxima do real. O modelo certamente pode ser criticado como sendo paradoxalmente racionalista, na medida em que prestigia um tipo de conhecimento em certa medida objetivo e até mesmo conceitual (quase idealista),⁶² mas aparenta ser útil e interessante enquanto teoria crítico-normativa da modernidade.

Como propõe Zygmunt BAUMAN a chance de conversão desta realidade pós-moderna depende da retomada da *Ágora* (um *locus* nem só público nem só privado).⁶³ As bases da democracia grega antiga foram assentadas na idéia de valorização da esfera pública. Mas não de uma simples esfera pública social e sim de uma esfera pública política, realizada na praça. A *Ágora* consistia na instituição configuradora da condição de possibilidade desta esfera. Com a vitória da Macedônia (IV a.C) foi destruída a democracia grega e, por conseqüência, paulatinamente foi tornando-se desimportante a política (mais que isso, perde importância o discurso político). Simbolicamente, pode-se afirmar a existência de uma passagem de Péricles a Epicuro, da moral aristotélica ao relativismo, que logo é transformado em ceticismo.⁶⁴ A análise desta realidade como uma espécie de analogia metafórica é interessante. O momento de transição paradigmática atualmente vivenciado assemelha-se tanto no abandono da política, quanto no avanço da visão relativista e do seu conseqüente ceticismo social. Justifica-se, então, a necessidade de que sejam criados espaços onde surjam idéias como o “bem público” e a “sociedade justa”; ou ainda, onde se desenvolvam “valores partilhados” e não apenas que se destinem à busca de prazeres narcisísticos. Um espaço no qual se verifica que “não existe nem um *nós* único, do qual

⁶¹ “Ação humana” no sentido em que propugna Hannah Arendt ao entender que o homem sempre está apto a impor um “novo começo”. Cf.: ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 9.

⁶² REIS, José Carlos. **História & Teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade.** Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2003, p. 68 et seq.

⁶³ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Op. cit., p. 11.

⁶⁴ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p. 20.

se poderia partir, nem um *para nós* igualmente único, ao qual o fazer o bem se refira”.⁶⁵ Isso significa que “a verdadeira libertação requer hoje mais, e não menos, da esfera pública e do poder público”.⁶⁶

Talvez a *Ágora* contemporânea tenha que ser uma utópica mistura entre a praça e o jardim. Na tradicional metáfora de Nelson SALDANHA, o jardim é um espaço organicamente ligado à casa (portanto, delimitado e privado); já a praça é um espaço organicamente ligado à cidade (portanto, aberto e público). Segundo o autor, as formas de uso do espaço correspondem a “dimensões do viver” (no sentido de planos e de níveis), em geral demarcadas e hierarquizadas. E, dessa forma, seria possível efetuar uma distinção entre “viver comigo mesmo” (com meus familiares/pessoas íntimas) e “viver com os outros” (com todos os demais). Dentro desta distinção, para o privado “a sala, o banho, o punhal, os tapetes, os cosméticos, o leito de morte”; para o público, “o mercado, o fórum, a espada, os códigos, as estradas, os templos”.⁶⁷ Mas será que realmente há uma ética para o jardim radicalmente distinta da ética para a praça? Ou ainda, é possível escolher entre estes espaços um *ethos* bom e um *ethos* mal, por princípio? E do ponto de vista pragmático, qual das duas esferas retrata a bondade ou a maldade seja dos sujeitos universais, seja das tribos locais? Até que ponto seria possível ou mesmo desejável segurar apenas de um lado o pêndulo histórico que aproxima e afasta o sujeitos no espaço entre o *domus* e a *civita*?

A resposta para estas perguntas não surgirá da espontaneidade das trocas econômicas; ela também não brotará das raízes de um individualismo narcisístico. Se no presente não cabe uma determinação do bem como na metafísica de Platão (a partir de sua equivalência à verdade), também não fundamentará a resposta um pretenso consenso pragmático que recuse a possibilidade de qualquer fundamentação metafísica,⁶⁸ sob pena de não ser possível mais encontrar qualquer garantia efetiva aos sujeitos.⁶⁹ Uma nova proposta reside no entorno de um espaço ético de ação política com base em princípios. Isso conduz a uma superação dos preconceitos tradicionais em face da possibilidade de aglutinação entre a política e a moral.

⁶⁵ A Reflexão é de Ernst Tugendat. Cf.: TUGENDAHT, Ernst. A controvérsia sobre direitos humanos. In: _____. **Não somos de arame rígido: conferências apresentadas no Brasil em 2001**. Canoas: ULBRA, 2002, p. 34.

⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 62.

⁶⁷ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**. Op. cit., p. 11-15.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro ...** Op. cit., p. 109.

⁶⁹ ARGÜELLO, Katie. **As aporias da democracia ...** Op. cit., p. 105.

De acordo com Ernest TUGENDHAT, a palavra “moral” compreende as “regularidades no agir que dependem da pressão social”. A moralidade é uma esfera que “restringe os espaços de liberdade daqueles que se consideram submetidos a ela”. Reporta-se a um sentimento de dever, decorrente de uma obrigação que se descumprida gera indignação e culpa. Seu caráter é, portanto, necessariamente intersubjetivo.⁷⁰ Esta noção está longe de ser pacífica, mas é um ponto de partida para a análise do tema proposto, ao passo que interessa para uma perspectiva política. Por outra via, a teoria kantiana reconhece que, diferentemente da moral, a política equivale a uma “teoria geral da prudência”, pois promove a escolha dos “meios mais adequados aos propósitos, avaliados segundo a sua vantagem”. Apesar disso, não parece haver, para KANT, uma oposição entre moral e política. Basta que seja diferenciado o “político moral” do “moralista político”. Este último é apenas um oportunista que forja uma moral útil às conveniências do homem de Estado. A verdadeira política deve render-se à moral, não havendo conflito necessário de caráter objetivo entre ambas (embora possa existir do ponto de vista subjetivo).⁷¹ Trata-se, porém, de uma moral conduzida por princípios e não por finalidades determinadas a partir de necessidades decorrentes do interesse (e, principalmente, do interesse econômico).

Mas Kant não foi o único que possibilitou uma explicação sobre as questões morais no ambiente moderno. É preciso também destacar a importância da filosofia moral utilitarista.⁷² O utilitarismo defende um agir correto do ponto de vista moral na medida em que propõe a necessidade do homem agir de forma tal que produza mais bem do que mal. Isso implica uma consideração de que “o bem” é uma noção auto-evidente e reporta-se à idéia de que não se deve causar prejuízo aos demais membros da sociedade. Nesse sentido, não se diferencia a idéia negativa de “não prejudicar” da idéia positiva de “auxiliar”.⁷³

A conclusão é problemática. Embora seja reforçado o caráter intersubjetivo da noção, coloca-se no mesmo patamar o “fazer o bem” e o “não fazer o mal”. Ademais, o bom está justificado em relação a um “nós” (não a “todos”). Disso resulta que no utilitarismo há o predomínio de uma “moral fática” quando na realidade

⁷⁰ TUGENDAHT, Ernst. **A controvérsia sobre direitos humanos**. Op. cit., p. 27.

⁷¹ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 151 e 163.

⁷² O destaque é sugerido por Tugendaht. Cf.: TUGENDAHT, Ernst. **A controvérsia sobre os direitos humanos**. Op. cit., p. 32.

⁷³ Segundo o autor, um dos principais precursores da filosofia utilitarista foi Hume. TUGENDAHT, Ernest. **A controvérsia sobre os direitos humanos**. Op. cit., p. 33.

seria importante identificar a “moral desejada” intersubjetivamente a partir de exigências recíprocas.⁷⁴ O desejo, segundo KANT, é o que fornece causa para os objetos do imaginário humano por intermédio das próprias representações operadas na vida, vindo sempre acompanhado de um “sentimento” que seria a capacidade de experimentar prazer ou desprazer em face do objeto desejado. É desta relação que surgem as noções de “interesse” e “vontade”, que se determinados pela razão (e nem sempre o são) constituem o livre-arbítrio.⁷⁵

Por certo esta doutrina metafísica pura não mais é compatível com a mentalidade contemporânea e o ideário nela constituído. Como explica TUGENDAHT, a tradição kantiana possui problemas em seu fundamento na medida em que é equivocada sua máxima de que “qualquer desejo que eu posso almejar e que não seja desejado por todos é imoral”. Este estabelecimento do bom por uma razão pura fundada no sujeito e não na intersubjetividade torna-se deficiente, pois é incapaz de promover uma justificação da ação moral recíproca e igualitária do ponto de vista concreto.⁷⁶ Cabe refletir se a crítica, fundada na transfiguração para uma forma de razão discursiva, seria fundamento suficiente para a resolução do problema. Parece que não, ainda que seja um excelente ponto de partida, até mesmo por fugir de certa captura universalista do desejo.

Uma adequada proposta política requer uma “prática de civilidade” mediante atos de engajamento e participação, sendo que a mais importante característica desta civilidade “é a capacidade de interagir com estranhos sem utilizar essa estranheza contra eles e sem pressioná-los a abandoná-la ou renunciar a alguns dos traços que os fazem estranhos”. O principal defeito de lugares públicos, porém não políticos, é a dispensabilidade dessa interação.⁷⁷ Somente por intermédio desta política é que se torna possível um projeto de autonomia, ainda que a “razão autônoma” seja por um lado forte (pois é fim e guia) e por outro fraca (pois é incapaz de resolver os problemas do convívio coletivo).⁷⁸

As paixões humanas muitas vezes sobrepõem-se à autodeterminação da vontade retratando interesses particularizados que se incompatibilizam com a política

⁷⁴ TUGENDAHT, Ernst. **A controvérsia sobre os direitos humanos**. Op. cit., p. 34.

⁷⁵ KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Op. cit., p. 19-23.

⁷⁶ TUGENDAHT, Ernst. **A controvérsia sobre os direitos humanos**. Op. cit., p. 43.

⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 122.

⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 91.

em prejuízo da construção de um adequado espaço público.⁷⁹ O reconhecimento desta situação não permite a tomada de uma postura ingênua. Apesar das aparências, mesmo uma política que supere as paixões não fornece efetivamente uma garantia antecipada de uma “boa decisão”. Ainda assim é preciso colocar limites aos desejos humanos, pois se “a noção de finitude não for reintroduzida na agenda da vida”, produzindo-se uma limitação coletiva do indivíduo, não trarão resultado nem as medidas redistributivas mais radicais.⁸⁰

A questão do Estado social a ser reconstruído na prática, muito mais do que econômica, é fundamentalmente ética, principalmente considerando-se que a auto-limitação é uma característica que foi praticamente perdida na pós-modernidade. Qualquer tentativa de limitação ao interesse individual tende a ser considerada arbitrária.⁸¹ O Estado, enquanto ente limitador da vida, retoma sua imagem de algoz do sujeito, como um verdadeiro Leviatã construído no imaginário coletivo. Representação falsa típica de uma mentalidade refratária à autoridade por confundi-la com autoritarismo (às vezes por razões pragmaticamente conscientes, é necessário reconhecer).

Este é o contexto em que se torna possível iniciar a defesa da idéia de que a subsidiariedade não é princípio jurídico do Direito brasileiro como o são a dignidade e a felicidade. O desenvolvimento também não pode ser considerando um princípio ético-jurídico, pois tem caráter meramente instrumental. Esta conclusão, em certa medida, implica o estabelecimento metodológico de uma “definição estipulativa” que pode acarretar um grande número de objeções; mas para o estudo que ora se propõe torna-se imperiosa à argumentação, além de útil ao entendimento.⁸² É importante destacar que se parte do *a priori* de que os direitos humanos não são naturais, em razão do que só existem porque estabelecidos (seja pelo Estado, em uma perspectiva positiva; seja pela crença moral compartilhada, por uma perspectiva histórica ou cultural). E esta concepção é o fundamento da legitimidade do Estado moderno, sendo entendida a legitimação como um processo de justificação de base jurídica e axiológica. A única fonte de moralidade que permanece quando determinada moral tradicionalista ou

⁷⁹ HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses ...** Op. cit., passim.

⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Op. cit., p. 189.

⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Op. cit., p. 12.

⁸² Sobre a noção de definição estipulativa ver: NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación.** 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 12.

subjetivista deixa de ser aceita consiste nos interesses dos indivíduos tomados coletivamente mediante a sua interação política (o interesse público). Na atualidade, o Estado brasileiro (um Estado juridicamente social) só é legítimo se assume e justifica sua existência nestes termos, especialmente mediante a realização concreta de seus fins junto à sociedade – fins estes estabelecidos constitucionalmente.⁸³

⁸³TUGESDHAT, Ernst. **A controvérsia sobre os direitos humanos**. Op. cit., p. 12.

- PARTE I -

O ESTADO E A SOCIEDADE CIVIL NA ESFERA DAS MENTALIDADES

PRIMEIRA PROPOSIÇÃO

A mentalidade pós-moderna produz uma falsa representação da sociedade civil a partir de uma “imagem do bem” enquanto o Estado é traduzido como a “imagem do mal”.

O estudo da relação entre a esfera pública e a esfera privada não é novidade. Vários são os pontos de vista sob os quais é possível analisar o assunto, que acaba sendo típico de diferentes áreas do conhecimento. A teoria do Estado acaba por tentar conjugar elementos característicos da história, da sociologia, da economia ou do Direito; todos com igual importância na busca de um sentido comum aos fatos, aos conceitos, às relações travadas e suas conseqüências pretéritas, presentes e futuras. A filosofia adjetivou-se como “política” e acabou tendo forte influência no pensamento relativo ao Estado e, por conseqüência, à sociedade civil. Assevera-se “por conseqüência”, pois a própria dicotomia histórica acaba confirmando a perene relação de caráter político-cultural entre as duas esferas.

Neste contexto, cabe ser eleito um recorte da questão, tanto para fins de delimitação temática, quanto para levar a efeito uma tentativa de originalidade na abordagem. Os juristas, em geral, não estudam a relação ente o público e o privado sob o prisma cultural, e mais particularmente, sob a ótica das mentalidades. Ao contrário, muitas vezes o que se imagina é que a tratativa do ponto de vista cultural justamente afasta o estudo das instituições políticas organizadas a partir do Direito. Esta nada mais é do que uma separação típica de uma visão positivista da história e das próprias relações sociais como apartadas das relações políticas institucionais.

Estudar a relação de sentido existente entre a dicotomização das “imagens” ou “percepções” que são projetadas pela mentalidade dos sujeitos na tela das suas diferentes “vidas” (cultural, social, econômica, afetiva), aparenta ser um escopo oportuno para preparar o terreno das demais proposições, entre as quais a de que é uma ficção histórico-cultural a recorrente premissa lógica de que o Estado está

fora da sociedade e que, portanto, possui vícios típicos de uma racionalidade independente. Conforme bem descreveu Hannah ARENDT, o Estado e a sociedade fazem parte do mesmo espaço. Não há uma distinção real entre ambos. São diferentes manifestações do homem em convívio político.⁸⁴ Ademais, o estudo do Estado qualificado como instituição não pode ser efetuado sem o seu entendimento como um signo inserido na mentalidade dos indivíduos, ou seja, como um espírito determinado pelo pensamento. Não parece ser possível “compreender o funcionamento do sistema sem entender as atitudes e os valores dos participantes”.⁸⁵ Como afirma Ana Cláudia FINGER, há uma estruturante “necessidade de se compreender o comportamento humano e social e, fundamentalmente o Estado, a partir da ética, mormente porque a ciência jurídica nunca deixou de reconhecer a necessidade de se levar em conta as noções que as pessoas têm do bem e do mal, do que é certo e errado, da moralidade e da não moralidade, nas relações pessoais e sociais.”⁸⁶

I

A mentalidade como noção operacional: uma análise meta-institucional da política

Tratar de um tema tão influenciado pela rápida evolução civilizacional pela qual está passando o ser humano inserido no modelo ocidental capitalista é uma tarefa interessante tanto para a filosofia política quanto para o Direito. Boaventura de Sousa SANTOS assevera que toda “transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade”. Um período que não pode ser plenamente definido em termos de começo ou fim. Uma mentalidade dividida entre “lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas”.⁸⁷ O momento de alteração paradigmática é, portanto, um ambiente de incerteza, com superposição de características no mundo vivido. Mas de todo modo, não deixa de ser um momento.

Para que os equívocos semiológicos não se coloquem como obstáculo ao

⁸⁴ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 35.

⁸⁵ BURKE, Peter. **História e teoria social**. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Unesp, 2002, p. 128.

⁸⁶ FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no Direito Administrativo**. Curitiba, 2005. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito do Estado) Universidade Federal do Paraná, p. 58.

⁸⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1, p. 257.

estudo deste “momento” ora denominado de “contemporaneidade”, torna-se adequada alguma identificação dos significantes tratados. É preciso destacar qual será o uso das expressões típicas de uma análise cultural. O tema é polêmico e fértil. Desde já é possível ressaltar que não se buscará seguir qualquer teoria ou autor específico na construção das noções operacionais escolhidas. Antes a tentativa é de construção de um núcleo comum de significantes que seja útil à compreensão da espécie de análise referida. Este pressuposto pode implicar em imprecisões semiológicas e, efetivamente, não são ignorados os riscos de uma combinação nem sempre fácil entre disciplinas tão distintas e ao mesmo tempo tão complementares como a historiografia e a teoria política. Ainda assim, a recorrência a um universo interdisciplinar tornou-se fundamental na construção de sentido proposta, pois sem ela tornar-se-ia muito difícil defender a tese de que o Estado e a sociedade compartilham elementos estruturais indispensáveis à sua identidade. E mais, que estes elementos estão inseridos em um substrato de caráter essencialmente cultural denominado “mentalidade”. O próprio uso da expressão mentalidade é significativamente perigoso, sendo exigível mais do que uma detalhada explicação, pois quando o debate torna-se de certa forma insolúvel, é difícil ao pesquisador ir além da sua própria posição.⁸⁸

O conceito de “mentalidade”, assim como o de “idéia”, é altamente controverso. Para Roger CHARTIER, a expressão “idéia” pode ser referida como uma “construção consciente de uma mente individualizada”;⁸⁹ já o termo mentalidade corresponde, em termos gerais, a um elemento que regula coletivamente e inconscientemente as representações e os julgamentos dos sujeitos (a partir de seu sistema de valores). Francisco FALCON conceitua idéia como sendo a “representação mental de um objeto ou fato”.⁹⁰ Já François DOSSE entende por mentalidade o pensamento automático coletivo de uma época, ou seja, aquele substrato que se localiza no inconsciente das práticas sociais.⁹¹ O fato é que estas expressões nunca foram, e talvez nem precisem ser, homogêneas ou consensuais. A própria historiografia denota a alteração por vezes cíclica na utilização destes conceitos como fundantes de diferentes

⁸⁸ A constatação é de Peter Burke. Cf.: BURKE, Peter. **A escola dos annales – 1929-1989: a revolução francesa da historiografia**. Tradução de Nilo Odalia. São Paulo: Unesp, 1997, p. 53.

⁸⁹ CHARTIER, Roger. **À beira da falésia: a história entre certezas e inquietude**. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002, p. 35.

⁹⁰ FALCON, Francisco. **História das idéias**. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 94.

⁹¹ DOSSE, François. **A história em migalhas: dos annales à nova história**. Tradução de Dulce Oliveira Amarante dos Santos. Bauru: Editora da EDUSC, 2003, p. 255.

perspectivas de análise da sociedade e da história.⁹²

A partir do iluminismo são as idéias que passam a ter um valor histórico decisivo (séculos XVIII e XIX), quando se observa uma prevalência dos “princípios” e dos “valores” como determinantes de toda a compreensão histórica. Neste estágio inicial, na realidade, não se trata propriamente de uma história das idéias, mas sim de uma história da civilização. A propósito, o desenvolvimento desta perspectiva não foi linear. Logo surgiu uma oposição ao universalismo individualista do iluminismo titularizada pelos “historiadores românticos”, que passaram a propugnar pela busca de uma “história real”.⁹³ E por outro lado, surge uma forte corrente de pensamento de caráter positivista (evolucionista), baseada em Augusto Comte e John Stuart Mill. Esta teoria da história passa a defender o enfoque nos fatos a partir de uma ausência de problemáticas interdisciplinares (suscita-se um purismo das idéias a partir do empirismo).⁹⁴

É nas primeiras décadas do século XX, com Marc Bloch e Lucien Febvre, que se observa o nascimento de uma nova forma de entender o homem na história.⁹⁵ A partir de uma crítica às formulações históricas que os precederam, os fundadores da Escola dos *Annales* buscaram recuperar as estruturas como determinantes do pensamento relegando os fatos a segundo plano (sem abandonar o “aspecto subjetivo”). Esta nova tarefa para o historiador implicou uma forte recorrência à interdisciplinaridade. Neste momento, alterou-se a perspectiva, pois se passou a afirmar que “o homem não se confinava a um corpo a ser mantido, mas também um espírito que criava e sentia diferentemente, em situações diferenciadas.”⁹⁶ A partir daí todas as possibilidades de se fazer história foram abertas, desde as mais fiéis ao que se denominou “história nova”, até as mais contraditórias. Foi desse modo que o século XX denotou, em boa medida a partir da historiografia francesa (mas não só), o desenvolvimento de mais do que variados métodos historiográficos: uma profícua “teoria do conhecimento”.⁹⁷

⁹² Sobre estas diferentes perspectivas, ver: FALCON, Francisco. **História das idéias**. Op. cit., p. 91 et seq.

⁹³ FALCON, Francisco. **História das idéias**. Op. cit., p. 99.

⁹⁴ FALCON, Francisco. **História das idéias**. Op. cit., p. 101.

⁹⁵ BURKE, Peter. **A escola dos annales – 1929-1989 ...** Op. cit., p. 21.

⁹⁶ BURKE, Peter. **A escola dos annales – 1929-1989 ...** Op. cit., p. 9.

⁹⁷ Uma teoria do conhecimento instrumentalizada por uma farta gama de categorias do pensamento, tais como: conjuntura, estrutura, civilização, imaginário e mentalidade. Cf.: BURKE, Peter. **A escola dos annales – 1929-1989 ...** Op. cit., p. 129.

Foi no universo da Escola dos *Annales* que se consolidou, na década de 1960 e 70, a defesa de uma “história das mentalidades”, que se constituiu muito mais como uma prática do que como uma teoria com metodologia pré-concebida. Autores como Jacques Le Goff, Georges Duby e Michel Vovelle,⁹⁸ partindo dos pressupostos dos *Annales*, mas os peculiarizando por intermédio de estudos sobre os hábitos de pensamento, os aparatos intelectuais, o imaginário social ou a reprodução cultural, constituíram um novo modo de entender o homem no tempo.⁹⁹ O mais importante aspecto desta fase foi o abandono da “idéia” no percurso da análise histórica.

Deve-se registrar que os teóricos marxistas, ligados à história centrada nos fundamentos sócio-econômicos (e macro-políticos) também consistiram em fortes adversários da história das idéias. Todavia, é difícil localizar a teoria social marxista em termos historiográficos, pois ela pode congrega as mais distintas análises, que por vezes acabaram se demonstrando fortemente contraditórias, como no caso da oposição entre as correntes soviéticas (Lênin, Trotski, Stalin) e as ocidentais (bem representadas pela Escola de Frankfurt).¹⁰⁰ George Lukács, por exemplo, enfatizou o conceito de “visão de mundo”, relacionando os conceitos de mentalidade e ideologia, porém sem excluir a importância do fator econômico.¹⁰¹ Ideário este também utilizado por Cornelius CASTORIADIS ao analisar a teoria da história marxista – para contestá-la em seus equívocos funcionalistas ou deterministas.¹⁰² Com pontos de aproximação a estes dois autores, pode ser observada a ligação das idéias de mentalidade e de ideologia também em Michel Vovelle, que apesar de se assumir marxista, substitui o conceito de “inconsciente coletivo” pelo de “imaginário coletivo” ressaltando a não submissão do mental ao econômico e procurando assim evitar qualquer incursão em discussões psicanalíticas.¹⁰³ Mas é Jacques Le GOFF que melhor sistematiza esta metodologia

⁹⁸ GOFF, Jacques Le; NORA, Pierre, (Orgs.). **História: novos objetos**. Tradução de Terezinha Marinho. Rio de Janeiro: F. Aves, 1995 (edição original de 1974); DUBY, Georges. **As três ordens ou o imaginário do feudalismo**. Tradução de Maria Helena Dias. Lisboa: Estampa, 1982 (edição original de 1978); VOVELLE, Michel. **Ideologias e mentalidades**. Tradução de Maria Julia Cottvasser. São Paulo: Brasiliense, 2004 (edição original de 1985).

⁹⁹ BURKE, Peter. **A escola dos annales – 1929-1989 ...** Op. cit., p. 85.

¹⁰⁰ CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história ...** Op. cit., p. 108.

¹⁰¹ CHARTIER, Roger. **À beira da falésia: a história entre certezas e inquietude**. Op. cit., p. 40.

¹⁰² “Nunca verei nada de todos os lugares possíveis ao mesmo tempo; cada vez, vejo de um determinado lugar, vejo um ‘aspecto’, e vejo numa ‘perspectiva’. E *eu* vejo significa eu vejo *porque* eu sou eu, e não vejo somente com meus olhos; quando vejo alguma coisa toda minha vida aí está, encarnada nesta visão, neste ato de ver. Tudo isso não é uma ‘falha’ de nossa visão, é a visão. O resto, é a terna fantasia da teologia e da filosofia.” CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 52.

¹⁰³ CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história ...** Op. cit., p. 140 et seq.

historiográfica quando firma a expressão “história das representações”, seja tendo-se como objeto as concepções globais da sociedade, as ideologias, a história das estruturas mentais comuns, a história das produções do espírito (o imaginário) ou mesmo as práticas e condutas. Ou seja, segundo Le GOFF a história pode ter contato frutífero com diversas possibilidades de estruturalismo, mas desde que, necessariamente, seja uma história fundamentalmente social.¹⁰⁴ Conforme descrição de BOURDIEU, “a análise estrutural constitui o instrumento metodológico que permite realizar a ambição neo-kantiana de apreender a lógica específica de cada uma das formas simbólicas”. Talvez por isso seja tão freqüentemente acusada de pretensiosa, especialmente quando se propõe à realização de uma análise tauteológica.¹⁰⁵

Todas estas formas de abordagem direcionadas ao mental foram duramente criticadas, seja por serem demais factualistas, seja por produzirem uma história reacionária, seja por aceitarem certa ausência de contradições sociais. Neste contexto, o termo “mentalidade” acabou sendo absolutamente desgastado com o tempo.¹⁰⁶ Vários autores apontaram que esta metodologia tinha como defeito a dificuldade de oferecer uma explicação aos movimentos de mudança social; ou seja, acaba sendo um método restritivo que verifica exclusivamente o quadro histórico estático de cada período. Outro problema típico da atribuição de prestígio às mentalidades seria a sua tendência à “homogeneização” (pois ninguém pensaria da mesma forma todo o tempo).¹⁰⁷ François DOSSE talvez tenha sido o mais prestigiado crítico desta “história em migalhas”. Segundo o autor, o estruturalismo (com seu discurso antropológico) beneficiou-se de um contexto histórico em que se dava mais prestígio ao espaço do que ao tempo. O historiador passa a “deslocar o seu olhar para as margens”, produzindo uma espécie de neo-romantismo. O comum prestígio à etnografia acaba por abandonar o acontecimento em busca das situações de permanência, o que transformaria o povo em “material estético”.¹⁰⁸

¹⁰⁴ GOFF, Jacques Le. **História e memória**. Tradução de Bernardo Leitão *et al.* 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1992, p. 12.

¹⁰⁵ Ou seja, uma análise que se apõe àquela que seria “alégorica”. “A análise estrutural tem em vista isolar a estrutura imanente a cada produção simbólica. Mas, de modo diferente da tradição neo-kantiana que insiste no *modus operandi*, na actividade produtora da consciência, a tradição estruturalista privilegia o *opus operatum*, as estruturas estruturadas”. Cf.: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Op. cit., p. 9.

¹⁰⁶ CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história ...** Op. cit., p. 128.

¹⁰⁷ Segundo BURKE, esta crítica foi respondida por Le Goff que a contrapôs esclarecendo que as mentalidades correspondem justamente ao que se tem de comum no grupo (reconhecendo-se, por óbvio, que nem tudo é comum). Cf.: BURKE, Peter. **História e teoria social**. Op. cit., p. 132.

¹⁰⁸ DOSSE, François. **A história em migalhas ...** Op. cit., p. 250.

Estas críticas não evitaram o sucesso de uma espécie de história das mentalidades denominada “micro-história” (ressalvando o fato de que a própria micro-história nem sempre enfoca as mentalidades). Embora este termo represente práticas e métodos historiográficos ecléticos, trata-se de uma forma de abordagem da história que promove um intercâmbio entre as ciências sociais sem necessariamente seguir de um sistema coerente de conceitos e princípios (ou seja, não possui uma determinada “ontologia”).¹⁰⁹ A micro-história tradicional, além de ter demonstrado uma especial preocupação com a narrativa e com as quantidades, em regra, tinha seu substrato extraído do marxismo seja por conta de seu secularismo radical, seja em razão do seu afastamento da metafísica. Isso conduzia à utilização de uma metodologia indutiva que recusava a recorrência a suposições e estruturas consideradas de forma apriorística. Segundo Giovanni LEVI, em regra seria possível entender como características desta prática historiográfica: a redução de escala, o debate sobre a racionalidade, a pequena indicação como um paradigma científico, o papel do particular sem oposição ao social, a atenção à capacidade receptiva e à narrativa e, finalmente, a definição específica do contexto. Tudo isso com expressa rejeição ao típico relativismo característico de algumas interpretações “culturais”.¹¹⁰

Em face das críticas ao método predominante nas décadas de 1960 e 70 a história cultural acabou redirecionando seu foco e rejeitando o termo “mentalidade”, notadamente a partir do final da década de 1980. A chamada “Nova História Cultural” ainda que mantenha o distanciamento da história das idéias (como história dos grandes pensamentos) resgata o conflito social. Roger Chartier é um dos mais proeminentes teóricos desta nova geração dos *Annales*. Sua teoria, embora focada nas práticas e representações culturais, afasta-se das mentalidades ao criticar o apego demasiado à longa duração, ao quantitativismo e ao viés psicologizante.¹¹¹ Esta nova perspectiva é uma alternativa ainda contemporânea de escape contra outra tendência, típica da transição para o século XXI e cujo paradigma é a pós-modernidade: o desconstrutivismo niilista; expressão que pode representar pontos comuns de pensamentos tão diversos como o do niilista desejeante Gilles Deleuze, do libidinal Jean

¹⁰⁹ LEVI, Giovanni. Sobre a micro-história. In: BURKE, Peter (Org.). **A escrita da história: novas perspectivas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992, p. 133.

¹¹⁰ LEVI, Giovanni. **Sobre a micro-história**. Op. cit., p. 159.

¹¹¹ CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história ...** Op. cit., p. 153.

François Lyotard ou do mortífero Jean Baudrillard;¹¹² todos eles quem sabe, se “misturados”, podendo redundar num desejanter, libidinal e mortífero Michel MAFFESOLI.¹¹³

Declarando-se um legítimo pensador pertencente à “história sócio-cultural à maneira dos *Annalles*”,¹¹⁴ CHARTIER compõe um grupo de pesquisadores que buscam a “articulação” entre lógicas heterônomas, como ocorreria nos pensamentos de Michel Foucault, Norbert Elias e Pierre Bourdieu (atitude esta que em hipótese alguma ignora as profundas distinções entre cada um deles).¹¹⁵ A partir de alguma inspiração nestes autores, surge uma alternativa à crise de inteligibilidade histórica decorrente da transição de paradigma rumo à pós-modernidade. Ainda que de forma aparentemente paradoxal, é Lucien Febvre quem pode fornecer a fonte de referência, pois os primeiros *Annalles* e sua história intelectual, embora buscassem o “espírito da época”, não o faziam subestimando o papel das idéias. Assim a “aparelhagem mental” apenas reflete a noção de que as idéias devem ser localizadas sempre como pertencentes a “estruturas de pensamento”.¹¹⁶ Mesmo François DOSSE defende que é interessante a possibilidade de ser feita uma “história cultural”, mas desde que ela seja o “lugar de cruzamentos” entre a história econômica, a social e a cultural.¹¹⁷ Em termos locais, CARDOSO e VAINFAS propõem que Sérgio Buarque de Holanda, e em outra medida até mesmo José Murilo de Carvalho, podem ser exemplos espontâneos de uma história das mentalidades nacional, ainda que cada qual de sua maneira.¹¹⁸ Provavelmente Raymundo Faoro também possa ser inserido no grupo.

Esta digressão a respeito das correntes historiográficas não interessa apenas como descrição contemplativa para fins de conhecimento teórico. A idéia de recorrer à teorização explicitada tem como objetivo a transição deste conhecimento para

¹¹² A identificação e os qualificativos são de François Châtelet. Cf.: CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISSIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 384. Sobre o assunto ver também: REIS, José Carlos. **História & Teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade**. Op. cit., p. 68 et seq. E, ainda: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história ...** Op. cit., 1997, p. 117.

¹¹³ Desejanter em “A transfiguração do político”, libidinal em “A sombra de dionísio” e mortífero em “A parte do diabo”. Cf.: MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político: a tribalização do mundo**. 2. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1997; MAFFESOLI, Michel. **A sombra de dionísio: contribuição a uma sociologia da orgia**. 2. ed. Tradução de Rogério de Almeida. São Paulo: Zokuk, 2005; MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo: resumo da subvenção pós-moderna**. Op. cit.

¹¹⁴ CHARTIER, Roger. **À beira da falésia: ...** Op. cit., p. 21.

¹¹⁵ CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história ...** Op. cit., p. 118.

¹¹⁶ CHARTIER, Roger. **À beira da falésia ...** Op. cit., p. 29.

¹¹⁷ DOSSE, François. **A história em migalhas ...** Op. cit., p. 260.

¹¹⁸ CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história ...** Op. cit., p. 159 e 164.

outro tipo, de caráter sociológico. As noções operacionais podem ser trabalhadas independentemente de sua utilização na historiografia e seu maior ou menor sucesso no tempo e no espaço. Não se ignora que a busca por um *Zeitgeist*, um “espírito do tempo”, é uma abstração perigosa, como já advertiu Le GOFF. Certamente o estabelecimento de algo semelhante a uma mentalidade coletiva é uma abstração que merece cautela, pois se corre o risco de recair na tentativa de delimitar uma psicologia coletiva cuja identificação é muito arriscada; afinal, acaba-se por sustentar a existência de pontos comuns em uma realidade bastante complexa.¹¹⁹ Mas independentemente das dificuldades que esta perspectiva pode trazer, sob o ponto de vista da teoria do conhecimento ela detém condições de ser bastante útil no estudo das relações jurídico-políticas, aglutinando à análise sociológica expressões instrumentais que fazem parte do imaginário historiográfico para o fim de compreender as relações estruturais entre Estado e sociedade.

O próprio estabelecimento das definições em geral denota certo grau de indeterminação e outro de arbitrariedade, pois para além de seus elementos lógicos (suas limitações e aplicações), é necessário admitir que também existem elementos psicológicos importantes.¹²⁰ Ademais, existem os conceitos simples, de baixa complexidade, e os abstratos, de alta complexidade semiológica. A própria noção de cultura, pressuposta à de mentalidade, é estabelecida de forma sempre problemática e precária; ela se reporta a “múltiplos aspectos da realidade: às tradições, arte, costumes, ética, formas de expressão, comunicação, organização e controle social, entre outros aspectos de um grupo social”.¹²¹ Nesse sentido, não trata propriamente de objetos, eventos ou situações concretas, mas sim de aspectos, estados e relações. O mesmo ocorre com a noção “mentalidade”. Por este motivo, no presente estudo não se visa o estabelecimento do seu respectivo conceito, mas sim se limita à identificação de uma mera “definição operacional”.¹²² Torna-se necessário registrar, então, que não se visa o estabelecimento “nem de metodologia particular, nem de conceitos obrigatórios” para a

¹¹⁹ GOFF, Jacques Le. **História e memória**. Op. cit., p. 47.

¹²⁰ WILSON, John. **Pensar com conceitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 57.

¹²¹ CARRAHER, David W. **Senso crítico: do dia-a-dia à ciências humanas**. São Paulo: Pioneira – Thomson, 2002, p. 103.

¹²² “As definições conceituais referem-se ao significado de termos enquanto representações dos conceitos, e o processo pelo qual estas definições são estabelecidas chama-se conceituação ou teorização. Definições operacionais referem-se aos procedimentos adotados em determinados estudos ou pesquisas para avaliar e testar idéias na realidade.” Cf.: CARRAHER, David W. **Senso crítico ...** Op. cit., p. 106.

presente análise.¹²³ Nesta linha de raciocínio, Peter BURKE entende que a história cultural dificilmente pode utilizar-se de modelos, embora constantemente os utilize (em regra politéticos).¹²⁴ De todo modo, mesmo para estabelecer este desprezioso escopo torna-se necessário o estudo do contexto conceitual a ele inerente. Por isso se torna imperiosa a lapidação de um modelo, ou seja, uma “construção intelectual que simplifica a realidade com o objetivo de entendê-la”, transformando as variáveis em um sistema pretensamente coerente a partir da identificação de recorrências, generalidades e tipicidades.¹²⁵

Roger CHARTIER entende “cultura” como prática, pelo que crê na superioridade do termo “representação” para o seu estudo e entendimento. Segundo o autor, a representação pode ser entendida a partir de duas “famílias de sentidos”: “por um lado a representação como dando a ver uma coisa ausente, o que supõe uma distinção radical entre aquilo que representa e aquilo que é representado; por outro, a representação como exibição de uma presença, como apresentação pública de algo ou alguém.”¹²⁶ Defendendo a passagem de uma história social da cultura para uma história cultural do social, o autor pretende eliminar o falso debate entre objetividade das estruturas (posições e relações) e a subjetividade das representações (valores/comportamentos).¹²⁷ A partir desta perspectiva, não é possível negar que os julgamentos intelectuais e estéticos implicam e constituem as próprias divisões instauradas pelo poder institucional (como entre razão de Estado e consciência moral, por exemplo). Dessa forma, categorias como a de “Estado” não são pensáveis exclusivamente em termos universais: tudo depende de sua configuração cultural.¹²⁸ Embora defenda o abandono da expressão “mentalidade”, Chartier contribui para a importância desta noção quando critica os historiadores pela sua “pobre idéia do real”, além de sua constante “redução do real ao domínio do social, deixando de fora o

¹²³ A expressão é de Carl Schorske, citado por Chartier no tocante ao conceito de “história cultural”. Cf.: CHARTIER, Roger. *À beira da falésia ...* Op. cit., p. 56.

¹²⁴ BURKE, Peter. *História e teoria social*. Op. cit., p. 52.

¹²⁵ BURKE, Peter. *História e teoria social*. Op. cit., p. 47.

¹²⁶ No primeiro caso há duas possibilidades: a) a representação substituindo-se o objeto por sua imagem (como uma foto, a estátua de um santo ou mesmo um político eleito) e b) a representação dada por uma relação eminentemente simbólica (como no caso do leão representando a coragem); já no segundo caso tem-se a representação como apresentação (caso do ator de teatro). Cf.: CHARTIER, Roger. *A história cultural entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difel, 1990, p. 20.

¹²⁷ CHARTIER, Roger. *À beira da falésia ...* Op. cit., p. 72.

¹²⁸ CHARTIER, Roger. *À beira da falésia ...* Op. cit., p. 58 e 78.

pensamento” – e, nesse sentido, acaba aproximando-se de Michel Foucault.¹²⁹

Embora se discorde da preferência do autor pela noção “representação”, suas conclusões são absolutamente pertinentes para a definição de mentalidade que se procurará construir (e que é capaz de colocar-se em paralelo às suas críticas). Aliás, mais do que deixar pra trás o conceito de representação (que é apenas instrumental ao de mentalidade, pois se reporta apenas a um de seus aspectos), mentalidade é uma categoria que ultrapassa também o conceito de ideologia.¹³⁰ Claro que a própria tarefa de definir “ideologia” é inglória. Como bem ressalta Michael LÖWY, esta expressão acabou tornando-se “objeto de acumulação de ambigüidades, paradoxos, arbitrariedades, contra-sensos e equívocos”.¹³¹ Ressalvada esta constatação, algo que não pode se desligar do conceito de ideologia é a necessidade da existência de um “conjunto sistemático de idéias”. Sem isso se torna impossível a própria definição. Mas, embora necessária, esta conjunção não é suficiente para a sua caracterização de sentido. É necessário, num segundo plano, que estas idéias sejam compartilhadas socialmente. E em um terceiro plano que este “conjunto de idéias compartilhadas socialmente” tenha uma ao menos implícita “pretensão normativa”. Idéias de caráter meramente positivo ou descritivo não combinam com a noção.

Estas características denotam, por um lado, a absoluta precariedade do conceito marxista, que restringe de forma drástica o nível de abrangência semiológica ao identificar ideologia como uma “falsa consciência”; por outro lado, também explicita o exagero de autores como LÖWY que, inspirado em Karl Mannheim, pretende caracterizar a ideologia como “um ponto de vista socialmente determinado” e, portanto, “estruturado a partir de valores, representações, idéias e orientações cognitivas, internamente unificado por uma perspectiva determinada”.¹³² O primeiro espectro conceitual é inadequado, pois identifica o “conceito ideologia” com uma determinada “espécie de ideologia”; o segundo equivoca-se ao elastecer a ideologia ao campo axiológico e prático típico das mentalidades. E a sistematização típica das ideologias não combina com a espontaneidade característica das mentalidades ou

¹²⁹ Ao menos esta é a opinião de Peter Burke. Cf.: BURKE, Peter. **A escola dos annales – 1929-1989 ...** Op. cit., p. 99.

¹³⁰ DOSSE, François. **A história em migalhas ...** Op. cit., p. 256.

¹³¹ LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento.** Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 10.

¹³² LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen ...** Op. cit., p. 13.

mesmo das práticas culturais. É o conceito de mentalidade, portanto, e não o de ideologia, que compreende os modos de pensamento, os sistemas de crenças e os mapas cognoscitivos; o que não significa que as ideologias estejam depuradas da noção; pelo contrário, as ideologias nascem, desenvolvem-se, modificam-se e até mesmo desaparecem em função da mentalidade que se presta como seu substrato real. Desse modo não é possível (como em regra pretendeu-se na Escola dos Annalles da década de 60) extirpar as idéias da noção de mentalidade. Muito bem reflete Peter BURKE, quando assevera que “a história das mentalidades é essencialmente uma abordagem durkeniana de idéias”, embora o próprio Émile Durkheim prefira o termo “representação coletiva”.¹³³

Segundo DURKHEIM “a vida coletiva, como a vida mental do indivíduo, está constituída de representações”, desta forma, tanto as representações individuais como as sociais possuem o mesmo tipo de relação com o seu substrato.¹³⁴ Entretanto, “a representação não pode definir-se a não ser pela consciência, de onde se conclui que uma representação inconsciente é inaceitável ou, o que é o mesmo, que sua própria noção é em si contraditória”.¹³⁵ Por sua vez as representações coletivas são exteriores às consciências individuais porque elas não provêm dos indivíduos isoladamente, consistindo em um resultado que supera os espíritos individuais. Nesse sentido, cada um dos elementos individuais contribui para a formação do todo, mas este todo jamais será encontrado em qualquer das partes.¹³⁶ Esta conclusão reforça a idéia de que o conceito de representação, tanto quanto o de ideologia, é insuficiente para definir a noção “mentalidade”. Cabe a ressalva, entretanto, de que este retorno a Durkheim não implica necessariamente o reconhecimento de certo “psicologismo”, pois os processos psicológicos (sejam individuais ou coletivos) não interessam para a noção de mentalidade, mas sim “os esquemas interiorizados, as categorias incorporadas, que as gerem e estruturam”.¹³⁷ A construção social da identidade pode ser analisada por um

¹³³ BURKE, Peter. **História e teoria social**. Op. cit., p. 129.

¹³⁴ DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Tradução de Paulo J. B. San Martin. São Paulo: Ícone, 1994, p. 10.

¹³⁵ DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Op. cit., p. 33.

¹³⁶ DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Op. cit., p. 43.

¹³⁷ É preciso fazer uma ressalva importante. Esta análise é feita com base nas importantes colocações de Roger Chartier. Ocorre que o autor as utiliza justamente para denunciar a precariedade da história das mentalidades. Visa assim, defender sua teorização com base em práticas e representações. Apesar de se concordar com o autor em suas colocações e na própria formulação da história cultural que desenvolve, não é possível alinhar-se com o historiador quando ele abandona a expressão “mentalidade”, cuja utilidade operacional parece imprescindível à

foco sociológico que tenha referibilidade à formação psicológica do indivíduo, pois como afirmam Peter L. BERGER e Thomas LUCKMANN, “toda realidade subjetiva acha-se em relação dialética com a sociedade”. Ocorre que esta seria outra forma de focar o estudo das estruturas sociais históricas e sua relação com o sujeito particularizado. Uma forma cujo prestígio das “subjetividades” inibe a proposta de verificação acadêmica a partir de estruturas mentais objetiváveis (o que não faz desaparecer a similitude de sentido das linhas de pensamento, ambas fundadas na concepção de que “a sociologia deve ser realizada em um contínuo diálogo com a história e a filosofia”).¹³⁸

Mentalidade é uma noção melhor definida como a visão de mundo típica de uma época e de um determinado lugar, sendo composta por uma “utilização mental” inerente à especificidade da cultura e que ultrapassa o nível consciente dos indivíduos, pois retrata hábitos mentais.¹³⁹ Isso não significa que todos os sujeitos históricos de um mesmo local pensem da mesma forma, mas que, necessariamente, eles terão elementos comuns que poderão caracterizá-los como pertencentes a um mesmo substrato mental. Isso, é claro, sempre se tendo em vista a necessidade de generalização, pois toda mentalidade (caracterizada pela predominância) admite a contra-predominância como algo natural e típico da dinâmica social. É importante ressaltar que a mentalidade não é algo que possa ser construído sistematicamente, bem como não é algo sobre o qual se possibilita uma “escolha subjetiva”. Se assim fosse, não haveria diferença entre mentalidade e ideologia. A mentalidade, portanto, é de caráter positivo, ou seja, não tem (não pode ter) pretensão normativa, sob pena de redundar num contra-senso, descaracterizando-se ontologicamente. A partir desta conclusão denota-se o equívoco de algumas interpretações como a de Jessé SOUZA, que atribui às abordagens historiográficas de Sérgio Buarque de Holanda ou Raymundo Faoro o caráter voluntarista ou intencionalista.¹⁴⁰

análise sociológica que se pretende levar a efeito. Cf.: CHARTIER, Roger. **A história cultural entre práticas e representações**. Op. cit., p. 19.

¹³⁸ BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 228 e 247.

¹³⁹ O termo é de Lucien Febvre. Cf.: CHARTIER, Roger. **A história cultural entre práticas e representações**. Op. cit., p. 36.

¹⁴⁰ SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Editora da UnB, 2000., e SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Op. cit., passim.

É possível afirmar, ainda, que a mentalidade ora estudada, pelo recorte contextual efetuado, está inserida fundamentalmente em certa cultura política englobadora de práticas e representações. O que não significa, necessariamente, a exigência de uma longa duração. Tampouco se admite a completa ausência de perenidade, como quando focado o acontecimento. Uma cultura que se presume “socializada” traduz uma recorrente transmissão mental entre gerações.¹⁴¹ Se o sistema democrático ou o regime republicano não conseguem se estabelecer como o conteúdo de uma efetiva “cultura política”,¹⁴² mediante a partilha intersubjetiva de seus princípios, então não se configuram seja como um “valor universal” seja como uma “realidade prática”, ainda que em determinado espaço e tempo estejam presentes na sociedade organismos democráticos e republicanos no plano institucional.

A perspectiva adotada (no tocante à sua teoria do conhecimento) em certa medida é análoga à da Escola de Florença quando enfoca o estudo do pensamento jurídico como inserido no marco da cultura européia; ou seja, quando promove a localização, análise e implantação das matrizes do pensamento jurídico como parte de um universo cultural mais amplo, não somente vinculado à estruturação formal do poder.¹⁴³ Na sua análise do conceito de propriedade, Paolo GROSSI deixa bem clara a imbricação necessária deste conceito com a mentalidade, ou seja, com as formas de pensamento. Segundo o autor, não se pode negar os fatos, mas é obrigatório ir para além deles, pois o mundo das situações reais precisa ser inserido no mundo dos costumes.¹⁴⁴ O substrato das mentalidades está no “universo submerso de valores históricos”. Ou seja, de acordo com o entendimento do autor “*es el terreno de las mentalidades una fuerza invisible, impalpable pero incisiva, que imprime al universo jurídico un carácter preciso.*”¹⁴⁵

É fácil identificar que o conceito de mentalidade de GROSSI não equivale propriamente ao utilizado para a análise ora proposta, inclusive quanto à

¹⁴¹ BURKE, Peter. **História e teoria social**. Op. cit., p. 111.

¹⁴² Sobre a polêmica inerente ao conceito de “cultura política” ver: NEVES, Ozias. **Revista Civilização Brasileira (1965-1968): uma cultura de esquerda no cenário político ditatorial**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal do Paraná, p. 13 et seq.

¹⁴³ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. Tradução de Manuel Martinez Neira. 3. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 12.

¹⁴⁴ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

¹⁴⁵ GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Tradução de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 28.

sistematicidade por ele pretendida.¹⁴⁶ Já como noção fundante, a recorrência às estruturas mentais por ele mencionadas e sua influência na constituição dos conceitos ditos tipicamente jurídicos acaba merecendo a devida atenção. No caso, embora não se busque “fazer história”, mas sim promover uma análise essencialmente interdisciplinar, também há o propósito de enquadrar as relações entre Estado e sociedade civil para além da compreensão das suas configurações institucionais.

De acordo com Ricardo Marcelo FONSECA, entender a cultura como um fato histórico antropológico que constitui uma determinada configuração discursiva, reconhecer o campo cultural do jurídico-político e recusar uma interpretação exclusivamente normativa da realidade são premissas que conduzem a uma desvinculação da tradicional exaltação do aspecto institucionalista da organização jurídico-estatal.¹⁴⁷

Cultura, política e Direito passam, sob esta abordagem, a pertencer ao mesmo substrato de análise: as mentalidades. Situação esta que permite uma interessante unificação orgânica de dados na qual tanto a idéia de Estado, quanto de sociedade civil são sobretudo frutos da mentalidade que os constituiu. Para além de instituições sociais, tratam-se de representações sociais (que, ademais, estão sempre imersas em um determinado imaginário coletivo).

II

A normalização do mal na mentalidade pós-moderna

Concorda-se que não é possível mais negar que o padrão moderno está em um franco processo de desestabilização; mas isso não implica nem uma simples aceitação da realidade, nem a negação de que existem fatores positivos inerentes às mudanças preconizadas pela nova tendência, como o próprio abandono do absolutismo universalista e da crença ingênua nas promessas capitalistas da modernidade. Este processo de desestabilização é denominado por Zygmunt BAUMAN de “liquefação”: quanto mais a contemporaneidade se caracteriza pela precariedade, instabilidade,

¹⁴⁶ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Op. cit., p. 30.

¹⁴⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**. Milão: Giufrè, n° 35, 2006, p. 3.

vulnerabilidade, incerteza, flexibilidade e falta de segurança, mais a modernidade clássica parece pesada, sólida, condensada, sistêmica, anti-anômica e perene.¹⁴⁸ É como um bloco de gelo que devido à intensidade do calor passa a derreter, desfazendo suas propriedades, embora mantendo sua essência original, pois ao contrário do que pretende parte do pensamento contemporâneo, afirmar a morte da modernidade seria um “exagero grosseiro”. Segundo o autor, está havendo só uma transformação, pois “a sociedade do século XXI é apenas moderna de um jeito diferente”.¹⁴⁹

Em larga medida, o período atual é parte intensificação, parte frustração, do próprio momento moderno, embora pareça haver características distintivas suficientes para a identificação de uma nova tendência. Uma “revolução silenciosa” torna-se possível a partir do surgimento, mais do que de um novo conjunto de idéias, de uma discrepante mentalidade: a pós-modernidade. Qual seria o significado deste novo substrato cultural? Poderia ser questionado se realmente esta conjuntura típica da denominada “pós-modernidade” consiste num verdadeiro rompimento com o paradigma antecedente, ou reflete apenas uma alteração da própria modernidade. Mais que isso, o próprio conjunto de características que pode ser compreendido pela expressão é bastante incerto. Esta incerteza decorre, inclusive, de uma constante confusão entre a esfera das mentalidades e a esfera das idéias que, por vezes, e inadvertidamente, ignora a distinção entre as perspectivas descritiva e normativa. É o caso de Agnes HELLER e Ferenc FEHÉR, ao proporem que mesmo os sujeitos que “preferiram habitar na pós-modernidade ainda assim vivem entre modernos e pré-modernos”.¹⁵⁰ Não é bem assim, pois estar na pós-modernidade não é um caso de simples preferência. Fato este que não recusa a “possibilidade” de uma escolha na esfera das idéias e, mais que isso, na das ideologias. Do mesmo modo, não é possível concordar com os autores quando caracterizam a pós-modernidade mediante a existência de uma constante “reciclagem das teorias”, mediante a qual seria possível reconhecer indícios definitivos de que nesta temporalidade descabem as “linguagens políticas profeciais”. As teorias escatológicas do “fim da ideologia”, do “fim da religião”, do “fim do cientificismo” não são tipicamente modernas. Muito pelo contrário, o nihilismo pós-moderno é sumamente profecial, ainda que a realidade

¹⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 33 e 184.

¹⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 36.

¹⁵⁰ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 11.

constantemente lhe prove o contrário. Daí o seu caráter eminentemente simbólico (fundado nas representações). E o fato desta característica ser, em certa medida, um retorno pré-moderno não lhe retira a peculiaridade.¹⁵¹

Claro que há autores como Michel MAFFESOLI, que tanto identifica a pós-modernidade (a mentalidade, a partir da análise da vida), como “identifica-se” com ela (as idéias, a partir de uma busca de sintonia).¹⁵² Já autores como Boaventura de Souza SANTOS, embora foquem o aspecto descritivo, elaboram propostas congregadoras de idéias normativas que vêm despontando no decurso da transição de paradigma vivenciada. Assim é que é possível, na esfera das idéias, ser promovida uma distinção entre uma “pós-modernidade de oposição” (uma crítica à modernidade devido ao não cumprimento de suas promessas) e uma “pós-modernidade celebratória” (um novo paradigma tendencialmente niilista). Esta seria a dicotomia mais importante e não aquela que opõe os teóricos modernos aos pós-modernos.¹⁵³ Entretanto, apesar da interessante reflexão do autor, parece mais adequada a manutenção da distinção metodológica entre a modernidade (que incorporaria as idéias de oposição) e a pós-modernidade (que incorpora as idéias celebratórias), como duas mentalidades que retratam diferentes paradigmas de pensamento e das quais podem decorrer as mais distintas teorias e visões de mundo. Esta opção valoriza a possibilidade de uma crítica moderna à modernidade, mesmo em uma conjuntura mental tendencialmente pós-moderna.

Marilena CHAUI elenca de forma objetiva e bastante explicativa a dicotomia entre estas duas mentalidades que se contrapõem.¹⁵⁴ A modernidade seria caracterizada por uma visão universalista, racionalista, positivista, tecnocentrista e evolucionista linear; é da sua essência propor o continuísmo histórico e a existência de verdades absolutas, além de certo “fetichismo da totalidade”, o que promove um distanciamento entre o sujeito e o objeto por intermédio da exclusão dos desejos. A pós-modernidade poderia ser identificada pela sua heterogeneidade, alteridade, pluralidade, indeterminismo, descontinuidade; sua essência nega a crença na razão (o que é uma demonstração de ceticismo); ademais, promove uma negação da separação

¹⁵¹ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 15.

¹⁵² MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo ...** Op. cit., p. 18.

¹⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente ...** Op. cit., p. 37.

¹⁵⁴ Prenúncio deste assunto foi realizado em trabalho anterior. Cf.: GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranqüilidade de alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 38.

entre o sujeito e o objeto. Caracteriza-se, assim, pela revalorização do desejo com a busca da sensibilidade perdida.¹⁵⁵ MAFFESOLI parece concordar com a autora quando propõe que a transição para a pós-modernidade significa certo retorno do sentir (*libido sentiendi*), que substitui a *libido sciendi* (do saber) e a *libido dominandi* (do poder).¹⁵⁶ No mesmo sentido, também BAUMAN identifica como característica fundamental da sociedade atual a substituição de seus fundamentos, que antes se centravam na idéia de “necessidade” (ainda que artificial/inventada) e agora se deslocam para o desejo (por definição insaciável).¹⁵⁷

O projeto moderno buscava na história um “espírito universal” mediante um grande otimismo da razão, ou seja, focando a história como processo racional, cujo sentido pode ser determinado. A modernidade, inspirada no iluminismo, prestigiava a visão estruturalista da sociedade no tempo. Se o real é racional e prevalecem os conceitos de sujeito e consciência como centrais, isso significa que necessariamente a história do homem produz uma evolução rumo à moralidade, à liberdade, à justiça e à equidade. Ao contrário, a pós-modernidade implica um movimento mental de ruptura com o paradigma antecedente. As diferentes correntes pós-estruturalistas vêm possibilitando visões que acabam recaindo em uma fragmentação extrema, pois “o universal não é mais possível” e então, acaba predominando a pluralidade, a ambigüidade, o descentramento, a desconstrução, o pensamento assistemático, a análise eminentemente pessoal: tudo é interpretação.¹⁵⁸

É nesta conjuntura que a tendência pós-moderna (intimamente ligada ao fenômeno da globalização) denota uma mudança nas duas dimensões: “ser” e “estar”. No tocante à primeira dimensão, o ser, as crenças, são fonte de problemas e perturbação. A busca por uma espécie de “tranqüilidade” conduz o indivíduo ao abandono das opiniões, agregando uma feliz situação de irresponsabilidade ética. O indivíduo relativista busca espreitar a si mesmo e permitir que o outro se observe passivamente. A vida passa a ser constatada e as reações são por impulso, ou seja, a tranqüilidade seria um distanciamento de si mesmo. Não cabem neste imaginário cultural os “preceitos intemporais”. Por outro lado, a angústia pós-moderna se estabelece no momento em que o indivíduo percebe que “não há garantia suficiente

¹⁵⁵ CHAUI, Marilena. **Público, privado, despotismo**. Op. cit., p. 346.

¹⁵⁶ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo ...** Op. cit., p. 17.

¹⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 88.

¹⁵⁸ REIS, José Carlos. **História & Teoria ...** Op. cit., p. 68 et seq.

para a tranqüilidade espiritual”, notadamente quando a “existência individual fica presa entre um pólo atraente e outro repulsivo”.¹⁵⁹ Sem opinião própria, o indivíduo pós-moderno acaba sendo movido pelas sensações e pelas “razões do imaginário coletivo”, muito facilmente assimiláveis porque já assimiladas.

No tocante à segunda dimensão, o estar, a moralidade está alocada em uma aldeia ou numa nação, numa cultura, num grupo social. Os particularismos, como não poderiam deixar de ser, possuem caráter essencialmente individualista.¹⁶⁰ A pós-modernidade, neste aspecto, pode ser observada, analogicamente, tanto por meio do relativismo cético (quando da ausência de opiniões e da apatia democrática), quanto pelo maquiavelismo (quando valoriza sobremaneira as soluções casuísticas dos problemas sociais, com destaque para os relativos ao Estado). Dessa forma, valorizam-se as ações que recusam o campo limítrofe nacional, seja para ultrapassá-lo, seja para ignorá-lo. Assim o político (o público) resume-se às especificidades grupais e concretas (racista, nacionalista, culturalista, sexista, ambientalista, religiosa).¹⁶¹ Os indivíduos são freqüentemente/quotidianamente contextualizados no mundo (e não no país, e não na cidade). Devido à impotência sentida, parece razoável que somente exista uma preocupação com o próprio homem (com o plano individual - o homem preocupando-se com ele mesmo). Tal preocupação é cada vez menos política e mais ligada a uma paradoxal cultura de padronização dos indivíduos; promovendo-se, inclusive, “uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares” do globo.¹⁶²

A “padronização das existências” acaba sendo uma característica do fenômeno moderno da massificação, que é intensificado pelas novas formas de relacionamento intersubjetivo típicas do momento pós-moderno.¹⁶³ Paradoxalmente, o indivíduo na pós-modernidade é composto, antagônico, contraditório - “eu é um outro”,¹⁶⁴ pois ele nega a si mesmo para poder ser enquadrado nos voláteis padrões estabelecidos. O centro das preocupações da atualidade radicaliza-se no homem, e mais

¹⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 34.

¹⁶⁰ SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo filosófico**. Op. cit., p. 19.

¹⁶¹ ROUANET, Sergio Paulo. Dilemas da moral iluminista. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 155.

¹⁶² LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, p. 138.

¹⁶³ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p. 42.

¹⁶⁴ MAFESSOLI, Michel. **A parte do diabo ...** Op. cit., p. 15.

propriamente, o “homem econômico”, e não no mundo. Isso é um paradoxo, pois cada vez mais as pessoas são colocadas como um produto, ou seja, um resultado do mundo; o que confirmaria o diagnóstico de Karl MARX de que “não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência”.¹⁶⁵

Para além do ser e do estar, é possível também caracterizar a pós-modernidade pelo “tempo da vida”. Enquanto a modernidade clássica se caracteriza pela “mentalidade de longo prazo”, a líquida vivencia uma “mentalidade de curto prazo”.¹⁶⁶ O quadro atual denota certo grau de “perecividade”, em que se verifica a “negação do ontem pelo hoje” devido a um imediatismo hedonista de caráter destrutivo. De acordo com SALDANHA é possível identificar momentos na história em que as revoluções propugnavam justamente por este “cancelamento do passado”. Todavia, vinham acompanhadas por uma pregação revolucionária, por uma anunciação do futuro, que não é encontrada no indivíduo contemporâneo, tipicamente relativista.¹⁶⁷

Dentro deste contexto, pode ser feita uma distinção interessante entre “indivíduo” (plano psicológico) e “pessoa” (plano ético). Ambos estão em nível diverso ao da coletividade. Aquilo que se denomina indivíduo e o que se denomina coletividade possuem certa estrutura, pelo que, a noção de “sociedade” corresponde à idéia de um contexto. Ou seja, “a sociedade é a coletividade enquanto entendida num sentido global, provida de uma realidade específica e estável”.¹⁶⁸ Esta estrutura não é estanque; entretanto, é constituída por elementos com certo grau de estabilidade, mesclada com elementos variáveis, sobremaneira em realidades complexas.

No plano real, estes elementos nem sempre se comportam de forma racional; ao contrário, há uma perene dificuldade de prever seu comportamento, em razão do que, a sociedade pode ser entendida como uma coletividade que às vezes é “composta” e às vezes é “oposta” aos indivíduos.¹⁶⁹ Na realidade, a mentalidade pós-moderna acaba escancarando os fenômenos irracionais da vida já presentes no paradigma moderno, porém recusados pelo ideário iluminista. De acordo com Katie ARGÜELLO um dos problemas da teoria habermasiana do consenso racional é

¹⁶⁵ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20.

¹⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 169.

¹⁶⁷ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça ...** Op. cit., p. 43.

¹⁶⁸ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça ...** Op. cit., p. 23.

¹⁶⁹ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça ...** Op. cit., p. 23.

justamente não levar em conta a “ambivalência da natureza humana” em seus momentos reflexivos e instintivos. Questiona a autora até que ponto seria possível decidir com base em uma discussão racional de interesses para além da interferência da dominação. E aponta que Max Weber teria fornecido uma adequada resposta ao propor que “seria uma ilusão reduzir a política a uma discussão racional em uma esfera pública dada”.¹⁷⁰

A pós-modernidade, ao contrário do que se poderia esperar de um paradigma relativista ordinário, recupera a dicotomia entre bem e mal, porém superando-a na medida em que propõe certa “normalização do mal”. Se na modernidade racionaliza-se o mal, procurando (sem conseguir) afastá-lo da representação imaginária da sociedade, na pós-modernidade aprende-se a conviver com o mal, com normalidade e resignação. Segundo Michel MAFESSOLI “a reafirmação da pessoa plural num mundo policultural tende a integrar o mal como um elemento entre outros.” Desse modo, torna-se mais ou menos inofensivo. A partir de uma exaltação pragmática o autor sugere que a “sabedoria relativista” está justamente em “homeopatar o mal até fazer com que proporcione o bem de que também é portador”.¹⁷¹ Interessante que por vias totalmente diversas pensadores representantes de diferentes vertentes da filosofia política moderna como Maquiavel,¹⁷² Kant e David Ricardo¹⁷³ já haviam chegado à semelhante conclusão. Particularmente para a importante visão kantiana, “o mal moral tem a propriedade, inseparável da sua natureza, de se contradizer e destruir nas suas intenções (sobretudo em relação aos que pensam da mesma maneira), e deixa assim, lugar, embora mediante um lento progresso, ao princípio (moral) do bem.”¹⁷⁴ Uma ilustrativa digressão na esfera das idéias que caberia como uma assertiva quase pós-moderna e que em certa medida encontrou forte recepção na Alemanha do século XVIII. Como escreveu Johann W. GOETHE, o próprio diabo define-se a si mesmo como uma parcela da força que “sempre o mal pretende e que o bem sempre cria”.¹⁷⁵

¹⁷⁰ ARGÜELLO, Katie. **As aporias da democracia ...** Op. cit., p. 98.

¹⁷¹ MAFESSOLI, Michel. **A parte do diabo ...** Op. cit., p. 15 e 54.

¹⁷² MACHIAVELLI, Niccolo. **O príncipe**. Tradução de Roberto Grassi. 20. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 90.

¹⁷³ RICARDO, David. **Princípios de economia política e de tributação**. 4. ed. Tradução de Maria Adelaide Ferreira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 118.

¹⁷⁴ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 162.

¹⁷⁵ GOETHE, Johann Wolfgang. **Fausto**. Tradução de Jehhy Klabin Segall. Belo Horizonte: Villa Rica, p. 71.

III

Sobre uma sociedade que possa ser chamada de civil

Embora no período clássico e particularmente no *Corpus Juris Civiles* esteja presente a divisão entre o que seria um Direito público e o que seria um distinto Direito privado¹⁷⁶ esta dicotomia não resistiu ao advento do sistema feudal. Na Idade Média européia não há relação de contraposição entre o público e o privado, se tomados como paradigmas o modelo clássico antigo ou o moderno. A dominação fundiária, essencial para a caracterização do período, deve ser entendida como *jurisdictio* e não como um domínio efetivamente privado (*dominium*) ou muito menos público (*imperium*). A autoridade privada funde-se com a pública, pois ambas decorrem de um mesmo poder. A autonomia privada como conhecida na contemporaneidade somente começa a se desenvolver no século XVI, quando surge na Europa o termo *privat* (alemão), *private* (inglês) e *prive* (francês), emprestado do latim *privatus* e correspondente àquele que é excluído do aparelho do Estado Absolutista (o que não possui uma posição oficial de prestígio). É a burguesia quem irá preencher de forma mais intensa este setor que cada vez mais se configura como uma “sociedade civil” e que “há de se contrapor ao Estado como genuíno setor da autonomia privada”.¹⁷⁷ Oposição que culmina no ideário liberal das revoluções gloriosa, americana e francesa, a partir de uma consolidação da separação entre Estado e sociedade civil (cuja noção já capitalista reconhece um sentido eminentemente individualista ao termo) e da afirmação de direitos naturais e subjetivos de contraposição à ordem política estabelecida. Na forma como recebida no século XX, a distinção entre Estado e sociedade civil ocorre em fins do século XVIII e início do XIX.¹⁷⁸

O Estado (ou qualquer sociedade onde seja encontrada uma esfera pública institucional, pois há várias sociedades onde ela não existe, ou seja, em que não há um poder político institucionalizado como efetiva chefia do grupo)¹⁷⁹ é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, sendo sua condição,

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 13.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Op. cit., p. 24-25.

¹⁷⁸ KEANE, John. **A sociedade civil: velhas imagens e novas visões**. Tradução de Mara José Figueiredo. Lisboa: Temas e Debates, 2001, p. 14.

¹⁷⁹ Sobre o assunto ver: CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. Tradução de Théo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

portanto, a existência de uma relação desigual. Ao contrário da situação privada (em que há igualdade como regra geral), o Estado se caracteriza pela desigualdade garantida pela lei (e não pelo contrato) e pela realização de uma justiça que não é comutativa (aquela em que o bem se compensa na proporção do bem, e o mal na proporção do mal), mas sim distributiva (na qual não há proporções diretas, sendo a justiça realizada na relação entre o todo e as partes).¹⁸⁰

O Estado de Direito, como uma expressão político-jurídica típica da modernidade pós-absolutista, pode ser traduzido pelo reconhecimento de dois princípios fundamentais: o princípio da difusão do poder (limitação explícita e jurídica dos poderes do Estado) e o princípio da diferenciação do poder (separação do Direito e outros sistemas, além da própria clivagem entre as funções estatais e as demais atividades da sociedade civil). A delimitação entre a esfera pública e privada é uma característica típica deste modelo que exclui expressamente a competência política formal e jurídica da sociedade civil, cujas atividades passam a se restringir ao âmbito da *privacy*, ou seja, das crenças e práticas religiosas, das experiências sociais e familiares, da troca de informações pessoais, da criatividade artística, da autonomia de negociação patrimonial, etc.¹⁸¹

Herdeiro desta tradição, o século XX vivenciou a utilização da expressão “sociedade civil” em geral como um termo oposto ao do Estado; ou seja, mediante um “conceito negativo”. Para Norberto BOBBIO este sentido conceitual descreve o Estado tomando-o como um “conjunto de aparatos que num sistema social organizado exerce o poder coercitivo”, enquanto a sociedade civil é entendida como a “esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado”. Esta distinção decorre do ideal burguês de consagração de direitos naturais independentes e opostos ao Estado. O que não impede a possibilidade de existência contra-hegemônica de um “conceito positivo” de sociedade civil, como o “lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através de mediação ou através de repressão”.¹⁸² Neste último caso, a tradicional dicotomia tende a perder fôlego rumo a uma aproximação. Noção esta que é próxima do que John KEANE denomina de um “entendimento ideal” (no sentido weberiano),

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade ...** Op. cit., p. 15-17.

¹⁸¹ ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito.** Op. cit., p. 31 e 46.

¹⁸² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade ...** Op. cit., p. 33 e 35.

em que a sociedade civil retrata simultaneamente “um conjunto complexo e dinâmico de instituições não-governamentais legalmente protegidas que tendem a ser não-violentas, auto-organizadas, auto-reflexivas e em permanente tensão umas com as outras e com as instituições estatais que enquadram, constringem e facilitam as suas atividades”.¹⁸³ Não é possível, portanto, entender a idéia de sociedade civil, sem compreender a própria idéia de Estado, pois ambos se definem mais pela sua relação do que de forma unilateral. Da mesma forma, não existe um abismo entre o indivíduo e a sociedade. Os indivíduos formam a sociedade e esta é por eles composta. Porém, merece referência a advertência de Norbert ELIAS de que o todo não pode ser medido pelas suas partes. Partes estas que não podem, por sua vez, ser analisadas independentemente de suas relações (culturais, econômicas, institucionais).¹⁸⁴

Há uma estrutura funcional que prende cada indivíduo (ainda que de forma diferente). A liberdade de escolha entre funções preexistentes é bastante limitada, pois cada contexto funcional possui uma estrutura específica que não surge da criação de indivíduos particularmente localizáveis. Conforme descreve ELIAS existem “leis autônomas” ou “regularidades sociais” determinadas pelos hábitos mentais que estão arraigados na consciência dos indivíduos e que se refletem em todas as instituições das quais participam.¹⁸⁵ A concretização de um “ente administrativo social” seria o resultado desta especialização funcional fundada preliminarmente na separação originária entre política (o espaço público) e economia (o espaço privado).

O Direito não é somente um modo de organização, pois protege e regula a “sociedade privatizada do Estado” na medida em que promove e coordena a relação entre ambos por intermédio de um determinado ordenamento. Nestes termos, é difícil definir atemporalmente o conceito de sociedade, ainda que pareça essencial o reconhecimento de uma “auto-afetação democrática” como sua característica fundante, o que possibilita a auto-concessão dos direitos imprescindíveis para que as pessoas possam “regular legitimamente sua vida comum por meio do Direito positivo”.¹⁸⁶ E esta acaba sendo uma condição prática de reciprocidade institucional. As ordens social e econômica, assim como a ordem política, não devem ser entendidas como um acordo

¹⁸³ KEANE, John. **A sociedade civil ...** Op. cit., p. 15.

¹⁸⁴ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 16.

¹⁸⁵ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Op. cit., p. 21-23.

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera-mundi, 2001, p. 81.

de vontades, mas como exigências objetivas da vida, que são concretizadas em campos transindividuais e indisponíveis (como a família ou a cidade). O Estado é apenas o apogeu desta organização funcional no estágio moderno. Não se trata de um ente cujo propósito é exclusivamente garantir direitos e liberdades, mas de uma instituição portadora dos interesses deste organismo social; ou seja, é um agente de racionalização social e acomodação da vida na coletividade.¹⁸⁷ Por outro lado, a sociedade civil não pode ser entendida como um “sujeito” passivo submetido a intervenções procedimentais do Estado. A sua afetação democrática, pautada por uma correspondente imbricação da liberdade dos antigos (participação) e da liberdade dos modernos (autonomia) deve compreender elementos que permitam a existência de uma teia social em que seja realizada a expressão das diferentes identidades sociais e ampliada a liberdade de comunicação, além de efetivamente reforçada a estrutura social político-regulatória do mercado. Como aponta John KEANE, os regimes totalitários surgem com mais facilidade em ambientes nos quais a estrutura da sociedade civil não está bem formada.¹⁸⁸

Estas conclusões a respeito das diferentes possibilidades inerentes à idéia de uma “sociedade que possa ser chamada de civil” não eliminam a complexidade do fenômeno. Não foram poucas as tentativas de prender a idéia de “sociedade civil” num núcleo definitório, sendo que, em regra, o sentido conferido vai depender da própria teoria do Estado subjacente e da proposta que se terá para o respectivo ente político. No sentido aristotélico, “*societas civiles*” é sempre na acepção de uma sociedade natural. Já “*societas civiles*” no modelo de Hobbes (ou de Rousseau) é a antítese do estado de natureza, pois a sociedade é artificial. A sociedade jusnaturalista é uma sociedade civil porque oposta à sociedade natural do modelo aristotélico. Para Adam Smith, a sociedade civil (moderna) tem como marco o seu caráter “civilizado”. Ainda, segundo BOBBIO, para Marx, inspirado no modelo hegeliano, o termo sociedade civil (infra-estrutural) é indissociável do de Estado (superestrutural). Gramsci alterou esta relação, alocando a sociedade civil na própria superestrutura e distinguindo-a da “sociedade política”, que corresponderia ao Estado. Enfim, sociedade civil não é uma expressão unívoca, nem simples. E embora tenha em geral sido utilizada para opor-se ao Estado, por vezes chegou a representar-se como seu sinônimo. Ademais, também foi usada não

¹⁸⁷HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia ...** Op. cit., p. 414.¹⁸⁸KEANE, John. **A sociedade civil ...** Op. cit., p. 17 e 32.

para opor-se ao Estado, mas a uma sociedade natural ou mesmo a uma sociedade religiosa.¹⁸⁹

A doutrina liberal costuma identificar duas tradições de entendimento da sociedade civil: a) como *societas*: cada um persegue livremente seus próprios fins; b) como *universitas*: a cada um está estipulado um dever em face da coletividade.¹⁹⁰ Mas é possível, também, tomar a idéia de sociedade civil com base na existência de uma “consciência nacional” cujo substrato cultural esteja pautado por uma “solidariedade cívica” incrementada pela exigência de que uma associação de indivíduos livres e iguais só completa seu sentido coletivo mediante uma existência democrática particular (em que cada qual possa perseguir, portanto, seus próprios fins).¹⁹¹

O termo “sociedade civil” passa a ser usado fortemente no Brasil a partir do final da década de 1970 (no contexto de contraposição à ditadura militar). E o sentido conferido ao termo adquire um caráter fortemente maniqueísta. O Estado (militar) representava tudo o que era negativo (a imagem do mal); já a sociedade civil lembrava aos indivíduos tudo o que era de positivo (a imagem do bem).¹⁹² Isso em termos tendenciais, pois grande parte da sociedade ainda via o Estado, e a ditadura, com desprendida boa-vontade, ainda que no Brasil não tenha ocorrido um efetivo apoio das massas (ao menos não como no fascismo italiano, por exemplo). Tanto é assim que para sustentar o consenso mínimo a ditadura foi obrigada a manter as aparências de uma adequada estrutura parlamentar. Por este motivo, Carlos Nelson COUTINHO defende a tese de que a legitimação social do período de exceção no Brasil não foi do tipo fascista, configurando uma particular “ideologia antiideológica” caracterizada pelo pragmatismo tecnocrático. Todas as ideologias e conflitos políticos eram assim condenados por sua “divisão da nação”, sendo um risco para a “segurança” exaltada pelos militares como efetiva condição de desenvolvimento do país.¹⁹³

Mas o Brasil é apenas um exemplo; é possível concluir que a justificável repulsa pelo Estado como integrante e agregador do elemento social em parte é uma decorrência direta da verdadeira “anulação” da sociedade civil nas várias experiências

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade ...** Op. cit., p. 38-49.

¹⁹⁰ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 132.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional ...** Op. cit., p. 82.

¹⁹² COUTINHO, Carlos Nelson. Prefácio. In: SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 9.

¹⁹³ SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil: ...** Op. cit., p. 216.

ditatoriais e totalitárias do século XX.¹⁹⁴ O fascismo, com sua radicalização da sociedade política e manipulação das massas; a burocratização socialista, com sua centralização total da vida no Estado; e o próprio nazismo e seu processo de depuração (des)humana promoveram um traumático rompimento com o princípio da liberdade. Rompimento este que criou espaço fértil para a sustentação dos regimes ditatoriais que caracterizaram o período. Ocorre que a subsequente crise econômica quebrou este sistema de legitimação simbólica, fazendo com que o tênue consenso entrasse em colapso a partir do início da década de 1980.

Iniciado o ritmo de descontentamento, a mentalidade refratária ao Estado se intensifica após a abertura política (quando o nível de engajamento popular eleva-se às raias do consenso, insuflados por um aparelho midiático já engajado às novas propostas). No final da década de 1980 a ideologia neoliberal se apropria da mentalidade maniqueísta pré-existente para “demonizar de vez tudo o que provém do Estado”, ainda que agora se esteja tratando de um Estado democrático de Direito. Novamente a mídia é um poderoso porta-voz destas idéias, passando a fazer uma “apologia acrítica duma sociedade civil despolitizada, ou seja, convertida num mítico terceiro setor falsamente situado para além do Estado e do mercado”.¹⁹⁵ O crescimento da idéia positiva/favorável da sociedade civil é decorrência clara de um conjunto de crenças que se torna hegemônico na mentalidade do final do século XX: a) de que os Estados fracassaram e precisam ser remodelados; b) de que o governo deve orientar mais e intervir menos; c) de que o Poder Público deve fazer as coisas mais depressa, com menos custos e melhor, otimizando sua performance; d) de que as políticas sociais universalistas devem ser substituídas pela setorialização. Teses estas defendidas por tendências desde radicalmente neoliberais até aquelas tipicamente pós-marxistas.¹⁹⁶ Ou seja, trata-se de uma visão recorrente em diferentes ideologias, todas assentadas na mesma mentalidade. Nestes termos, “a sociedade civil, ou uma sociedade civil mais civil, é considerada um importante objetivo político”;¹⁹⁷ seja porque esta é uma idéia de fácil aceitação popular, seja porque é interessante politicamente aos partidos, seja porque é economicamente conveniente para aqueles que usufruem dos benefícios da alteração de paradigma (que implica uma ampliação geométrica do volume de recursos

¹⁹⁴ SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil ...** Op. cit., p. 33.

¹⁹⁵ SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil ...** Op. cit., p. 13.

¹⁹⁶ KEANE, John. **A sociedade civil ...** Op. cit., p. 48.

¹⁹⁷ KEANE, John. **A sociedade civil ...** Op. cit., p. 49.

repassados às entidades “públicas porém não estatais”).

Esta situação brasileira não é particular, pois pode ser observada em outros tempos e espaços. Ninguém melhor que Antônio Gramsci estudou o comum fenômeno mental de exaltação social contra o Estado, ainda que em conjuntura diferente. Para o autor, nem tudo o que decorre da sociedade civil é bom; até porque ela pode, e isso ocorre constantemente, muito facilmente ser “hegemonizada” pelas elites conservadoras. E nem tudo o que provém do Estado é mau, pois ele pode, e constantemente o faz, expressar demandas que se originam nos grupos sociais dominados. Desse modo, “somente uma concreta análise histórica da correlação de forças em cada momento pode definir, do ângulo das classes subalternas, a função e as potencialidades positivas ou negativas tanto da sociedade civil como do Estado”.¹⁹⁸

IV

A esfera política entre o bem e o mal

Não é nova a idéia de que os domínios do Estado se encontram na parte que cabe ao diabo. Thomas Paine, considerado o “pai” da sociedade civil, assim definiu a situação: “a sociedade é criada por nossas necessidades e o Estado por nossa maldade”.¹⁹⁹ A questão do bem e do mal se articula recorrentemente com a do conhecimento e do poder, mesmo considerando-se as duas principais (e diferentes) tradições político-culturais do ocidente. Conforme a interessante análise de Renato Janine RIBEIRO, para o modelo anglo-saxão há no poder sempre algo naturalmente mau. E não havendo sociedade sem poder, ele deve ser perenemente regulado (a questão passa a ser a da “dosagem”).²⁰⁰ Por este motivo, toda a atividade do Estado deve ser reconhecida como um mal “imposto ao homem pelo homem” na busca pela preservação da sociedade.²⁰¹

No modelo continental, o poder não assume um papel definido, seja ele mau ou bom. O homem é entendido como sujeito histórico e não natural. Sem que

¹⁹⁸ COUTINHO, Carlos Nelson. **Prefácio**. Op. cit., p. 10.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade ...** Op. cit., p. 34.

²⁰⁰ RIBEIRO, Renato Janine. **A última razão dos reis ...** São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 109.

²⁰¹ MISES, Ludwig von. **Liberalismo segundo a tradição clássica**. Tradução de Haydn Coutinho Pimenta. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, p. 53 e 59.

qualquer das visões possa ser considerada “correta”, ambas possuem pontos que poderiam ser considerados problemáticos. Para o primeiro ponto de vista, “as coisas são como são”, o que a torna uma teoria até certo ponto banal. Ademais, sérios limites são impostos à ação e ao conhecimento. No segundo caso há uma forte tendência para o voluntarismo, como se toda e qualquer proposta emancipatória fosse viável e legítima. De todo modo, na história das idéias parece ter sido vencedora, muito por obra do liberalismo do século XIX, a visão anglo-saxã de que “o poder é um mau em si, não importa quem o exerça”, tendendo deste modo a corromper a quem o detenha, além de conduzir ao abuso.²⁰²

É mais intensamente nos contextos típicos de uma mentalidade de descentramento que o poder institucionalizado acaba sendo identificado como o mal e a sociedade como o bem. Nesta condição, os indivíduos passam a conviver com as instituições estatais por absoluta impossibilidade de prescindir delas, pois já não acreditam que se prestem ao benefício coletivo. Sua imagem denota-se cada vez mais negativa, provocando uma estrutural deslegitimação. A contrário senso, há legitimação automática da ocupação do lugar do Estado pela sociedade civil, ainda que não seja possível afirmar, no plano real, que a atuação privada será a mais eficiente no caso concreto. De acordo com Zygmunt BAUMAN, esta conjuntura desfavorável ao Estado decorre de um fenômeno mais amplo, em que todo o espaço público perde seu conteúdo original, tornando-se uma “colcha de retalhos” pessoais e direcionando-se a dar sentido ao anseio e às emoções particulares. Na realidade, o grande paradoxo está justamente na transfiguração do espaço público, que passa a ser condicionado pelo “espírito privado”.²⁰³

Este fenômeno, em certa medida, decorre do complexo legado da modernidade, em boa parte passível de ser atribuído ao Estado: guerras (genocídios, campos de concentração), aniquilação civilizatória (armas nucleares), violência (tortura), destruição ambiental (desmatamento, poluição), escravidão (e *apartheid*) e preconceito (cor, sexo, opinião, religião, origem). Este drama vivido aparenta ser causa suficiente para dar origem a uma culpa ontológica ao sujeito contemporâneo, fazendo com que alguns pensadores exortem pelo abandono total de qualquer “nostalgia da

²⁰²RIBEIRO, Renato Janine. **A última razão dos reis ...** Op. cit., p. 108.²⁰³BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Op. cit., p. 71.

modernidade” que ainda estaria presente em algumas mentes incautas.²⁰⁴

Em geral, não se acredita mais na capacidade do Estado em regular a vida privada de forma satisfatória. Nesta linha de raciocínio Jürgen HABERMAS reflete que as crises econômicas da atualidade não podem ser controladas por meios de caráter exclusivamente administrativo, o que faz o autor promover a defesa de procedimentos discursivos de caráter aberto e que ultrapassem a organização estatal. Ou seja, somente seria racionalmente aceitável a proposta que se submetesse a um discurso de formação imparcial da opinião dentro da sociedade. Estes procedimentos devem requerer a participação de todas as partes afetadas pela decisão para que seja possível “uma avaliação justa de todos os interesses implicados”.²⁰⁵ Isso não significa que esta seja a uma análise satisfatória do fenômeno, pois a redução dos mecanismos de normatização administrativa ainda é capaz de produzir fortes prejuízos sociais, com ênfase em países não desenvolvidos. Além do que, de fato, “não há garantia de que o sujeito, ao aprender a se colocar no lugar do outro, não sirva dessa capacidade para lhe fazer o mal”.²⁰⁶

Não obstante seja bastante justificável sua desconfiança referente à alocação substancial de um determinado bem a ser conquistado pela solidariedade geral, a denúncia negativa que HABERMAS elabora em face dos “projetos globais de um bem coletivo” acaba sendo mal direcionada. Segundo o autor “uma concepção isenta de substância, distanciada de todos os contextos locais, deve destruir o conceito do bem”, ou seja, deve impedir o seu pré-estabelecimento, em abstrato. O bem só poderá ser aquele estabelecido em concreto, como o equivalente ao que for bom para todos, de maneira uniforme (necessita, portanto, de um *ethos* intersubjetivo).²⁰⁷ Ocorre que, ao contrário do que propõe o autor, nem sempre uma concepção que já possua um conteúdo definido acaba gerando uma ação arbitrária. E, ainda, esta intersubjetividade pode ser uma faca de dois gumes. Como adverte ARGÜELLO, não é possível pressupor

²⁰⁴ É o caso de Antonio Negri e Michael Hardt. HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Império**. Op. cit., p. 65.

²⁰⁵ O autor promove esta afirmação na intenção de contestar a pretensão hegemônica norte-americana de estabelecimento de uma ética universal que na realidade, segundo o autor, nada mais faz do que defender a sua própria visão parcial e interessada da realidade. Portanto, suas afirmações são emitidas em contexto diverso do ora tratado. Todavia, é interessante trazer suas considerações, a fim de denotar sua crença na possibilidade de consenso e sua descrença na centralidade do Estado na resolução dos problemas de cunho econômico-social. Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Es aún posible el proyecto kantiano de la constitución del derecho internacional?* In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Orgs.). **Derecho y justicia en una sociedade global**. Granada: International Association for philosophy of law and social philosophy, 2005, p. 113.

²⁰⁶ ARGÜELLO, Katie. **As aporias da democracia ...** Op. cit., p. 104.

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro ...** Op. cit., p. 45.

que “os concernidos sejam como eles deveriam ser (idealmente), para que o consenso represente a melhor escolha”. Também não seria adequado crer que a superação da dicotomia entre o bem e o mal conduza necessariamente à “destruição” de um ou outro elemento. Nesse sentido, a autora pondera de forma sensata ao reconhecer como melhores formas de compreensão moral, por um lado, a compreensão kantiana e, por outro, o rompimento com a uniformidade, mediante a manutenção da possibilidade de escolha entre o bem e o mal. Afinal, “se os seres humanos não podem escolher o mal, poderiam ainda ser considerados livres?”²⁰⁸

Segundo Janine RIBEIRO admitir o mal é fazer-se tão objetivo quanto possível, aceitando-se os limites da ação; já combater o mal pode implicar tornar-se igualmente maldoso, equiparando-se ao “inimigo”. Isso quer dizer que não é fácil imaginar que se possa conhecer o homem sem que se reconheça alguma espécie de aceitação do mal. Ou seja, “parece difícil haver regime democrático que funcione sem a admissão de que algum mal necessariamente subsiste”. O mais importante seria “limitá-lo e não destruí-lo” (daí, portanto, a parte que cabe ao diabo).²⁰⁹ Este também é o sentido da proposta de Agnes HELLER e Ferenc FEHÉR, a partir da defesa da necessidade de ser encontrado um *ethos*, ou seja, um laço que sobreviva à fragmentação e que se oponha ao “cinismo do relativismo absoluto”²¹⁰ muitas vezes decorrente justo deste reconhecimento de que o mal sempre existe.

As idéias do bem e do mal são importantes enquanto constitutivas da moralidade que estabelece os fins da ação humana individual, da ação humana social e da ação humana por intermédio do Estado. O problema ocorre quando o critério de estabelecimento do que é bom e do que é mal decorre de uma representação simbólica da realidade que “demoniza o outro”, esquecendo-se dos seus próprios demônios interiores. A valorização do indivíduo na atualidade promove exatamente esta situação. O mal no indivíduo acaba por ser absolvido de uma forma muito fácil, principalmente se o indivíduo é considerado na sua versão “social”. Versão que se confunde com a atual idéia de “sociedade civil”, pois o Estado não é considerado uma variante coletiva do indivíduo. Ele tornou-se, para o imaginário coletivo, uma entidade separada, autônoma, abstrata, sem qualquer ligação com o ser humano em concreto. E isso é um

²⁰⁸ ARGÜELLO, Katie. **As aporias da democracia ...** Op. cit., p. 104.

²⁰⁹ RIBEIRO, Renato Janine. **A última razão dos reis ...** Op. cit., p. 109.

²¹⁰ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna.** Op. cit., 24.

sério problema quando focado o desenvolvimento humano como condição para a dignidade e a felicidade.

Pierre BOURDIEU tece interessante reflexão sobre como em um período histórico de crise de confiança no Estado e na proteção do bem público originaram-se dois fenômenos: “entre os dirigentes, a corrupção, paralela ao declínio do respeito pela coisa pública, e entre os dominados, a religiosidade pessoal, associada ao desespero no tocante aos recursos temporais”.²¹¹ Ou seja, quando os cidadãos não confiam mais na esfera pública institucionalizada eles tendem a buscar outras formas de reconhecimento moral que possam atender às suas necessidades, desprestigiando o exercício da cidadania em benefício do exercício da hetero-vinculação social em grupos sectários (por relações de afinidade em geral excludentes).

Neste ambiente, não mais a sociedade, mas as comunidades concretas passam a ser o *locus* de fixação do sujeito. BAUMAN é ser otimista com relação a este fato: a “comunidade é hoje a última relíquia das utopias da boa sociedade de outrora”. Uma utopia de harmonia. É lugar onde estranhos se encontram, significando assim um “ambiente civil”, ou seja, aquele que é caracterizado pela prática da civilidade mediante atos de engajamento e participação.²¹² A realidade, todavia, embora tenda a corresponder às premissas do autor, não confirma sua conclusão de “harmonia comunitária”, destacadamente quando em foco sua relação exterior comunidade-comunidade; uma relação cada vez menos permeada pela alteridade, como uma decorrência clara da insegurança, da intolerância, do pragmatismo e do relativismo de valores tão presente nos dias atuais.

Na modernidade, justamente por se trabalhar com grandes categorias, a constituição do poder político ocorre como esfera pública impessoal, separada da sociedade civil; o Estado é visto como instrumento de racionalização (liberais) ou dominação (socialistas); já na pós-modernidade são afirmados os “micropoderes” como fatores de controle da esfera pública, de modo que a democracia não é mais definida pelas instituições, mas se justifica pela pluralidade de ações e práticas sociais, pois se trabalha com as pessoas concretas (o ser importa pouco porque sua identidade é

²¹¹ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 13.

²¹² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 108-112.

conferida pela diferença).²¹³

Esta alteração de mentalidade é chamada por Michel MAFFESOLI de a “transfiguração do político”. O saber ou o poder oficial acabou tornando-se abstrato demais. Assim as pessoas, e primordialmente os jovens, vêm na abstenção a única resposta possível a ser dada a todos os “dirigentes”. Como propõe o autor, “a energia juvenil deixou de ter como objeto a reivindicação, o projeto, a história. Ela se manifesta e se esgota no instante – festas, solidariedade na urgência – e não precisa de uma tradução política abstrata”, o que gera várias formas de indiferentismo.²¹⁴ Se uma das características marcantes da sociedade moderna era a segurança pautada na confiança (autoconfiança; confiança nos outros; confiança nas instituições), na atualidade a insegurança rompe até mesmo com o desejo de uma sociedade confiável. Para o sujeito pós-moderno, a chamada “boa sociedade” (definida pelos princípios gerais de justiça) não lhe interessa.²¹⁵ Neste contexto, o saber não determina mais a ação. Para a nova ordem ética, a ação moral não tem necessariamente fundamentos, o que poderia condenar o indivíduo apenas a uma inevitável e niilista apatia política; apatia esta que, por sua vez, exalta o conformismo.²¹⁶ E, ainda, “o direito à auto-realização não tem uma base sólida, o que nos condena ao hedonismo sem princípios ou ao asceticismo”. É a imanência das normatividades particulares.²¹⁷ Como destacam HARDT e NEGRI, “o público é dissolvido e privatizado até como conceito”.²¹⁸

Esta realidade não é promissora. Concorde-se com HABERMAS que a idéia de justiça política não pode ser sustentada a partir de uma ética imobilista que se estabelece socialmente pela força da tradição, do hábito ou do poder constituído.²¹⁹ Mas é preciso superar o seu prognóstico focado no consenso procedimental (ou deliberativo). Deve ser encontrada uma proposta que, consciente da impossibilidade de simplesmente ser rechaçada a estruturação mental coletiva como se fosse um componente desnecessário à construção do ideário de justiça, reconheça o elemento intersubjetivo democrático. O que se quer dizer é que a construção social da realidade não se dá apenas pela decisão intersubjetiva racional – este é apenas um dado, cuja

²¹³ CHAUI, Marilena. **Público, privado, despotismo**. Op. cit., p. 347.

²¹⁴ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo ...** Op. cit., p. 19.

²¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 189.

²¹⁶ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e Direito ...** Op. cit., p. 237.

²¹⁷ ROUANET, Sergio Paulo. **Dilemas da moral iluminista**. Op. cit., p. 157.

²¹⁸ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Império**. Op. cit., p. 322.

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro ...** Op. cit., p. 97.

importância é difícil de ser mensurada e varia no tempo e no espaço, mas que é levado por Habermas à última potência.

Um adequado “espírito de cidadania” exige reversão no quadro pós-moderno a partir de um amálgama entre os princípios democrático e republicano, tomando-se em consideração o Estado e a sociedade civil não somente como agentes institucionais, mas também como espaços constituídos pela esfera das mentalidades. O entendimento da sociedade civil com uma esfera autônoma, ao lado do Estado e que com ele não se confunde, é capaz de configurar uma área de manifestações culturais e políticas de óbvia natureza intersubjetiva e plural. Como propõe Hannah ARENDT a condição humana e suas faces pública e privada se completam idealmente, mas precisam manter seu equilíbrio. A função da política é possibilitar este equilíbrio por intermédio do fornecimento de condições férteis para o desenvolvimento da autonomia tanto pública quanto privada. A política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas.²²⁰

Paralelamente à recorrente defesa de uma nova concepção de sociedade civil que se reporte a uma “cidadania ampliada”,²²¹ é necessário adotar na esfera das idéias um sentido também ampliado de Estado (o que não significa a aceitação do modelo gramsciano – há apenas analogia lingüística). A idéia de sociedade política precisa ser reconciliada com a de uma sociedade civil ativa reconhecendo-se a sua necessária imbricação. Desse modo, não é possível concordar com várias das conclusões de HABERMAS quando trata da relação ética entre Estado e sociedade. Ao contrário do que propõe o autor, primeiro, a autocompreensão ético-política surge sim como elemento histórico-cultural; segundo, sua teoria desconsidera o plano estrutural das mentalidades, acreditando em certo “imediatismo comunicativo”; terceiro, ao contrário do que propugna o autor, o movimento rumo à formação da cidadania não é conduzido exclusivamente por via institucional e provavelmente nem mesmo seja este o principal motor da sua propalada “autocompreensão”.²²²

²²⁰ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 24.

²²¹ GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 302.

²²² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro ...** Op. cit., p. 189.

SEGUNDA PROPOSIÇÃO

É uma ficção histórico-cultural a premissa lógica de que o Estado está fora da sociedade e que, portanto, possui vícios típicos de uma mentalidade independente.

As correntes liberalizantes (em geral de índole pós-moderna) de interpretação da realidade sócio-cultural vêm propugnando por um maior protagonismo da sociedade civil, em regra sob o argumento de que o Estado possui uma atuação precária e ontologicamente ineficiente na consecução do interesse coletivo.²²³ Esta visão decorre de uma alocação do Estado como um ente totalmente externo à sociedade civil tanto do ponto de vista institucional, quanto sócio-cultural. Apesar de, aparentemente, os apoletas da sociedade civil reclamarem por uma maior aproximação entre as esferas pública e privada, na realidade, os interesses de desarticulação moral e institucional do Estado são claros, rumo a uma pretensa auto-satisfação do indivíduo em sociedade. Esta visão traz no seu substrato a manutenção cada vez mais radical da dicotomia entre o Estado e a sociedade civil, ao mesmo tempo em que confunde as esferas pública e privada, em termos semelhantes ao que pode ser identificado na própria tradição patrimonialista historicamente enraizada na estrutura social brasileira.

Esta falha intrínseca é em grande medida decorrente da crítica aos vícios da organização estatal como se fossem uma decorrência estrutural da própria “natureza” do Estado e não do ambiente sócio-cultural que o determina.²²⁴ Neste contexto, torna-se necessário esclarecer que a afirmativa de uma racionalidade própria,

²²³ Na década de 90 tornaram-se recorrentes os debates sobre o então denominado “neoliberalismo”, que embora não seja mais uma ideologia dominante, ainda possui fundamentos facilmente identificáveis em uma série de projetos teóricos e práticas governamentais da atualidade. Sobre o assunto ver: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

²²⁴ Este talvez seja o principal equívoco da já clássica abordagem de Luiz Carlos Bresser Pereira quando da sua tentativa de elaboração de um novo modelo para o aparelho do Estado no Brasil. Cf.: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998 e PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. Tradução de Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996.

sistemicamente independente, exprime uma falsa percepção da realidade; ainda mais da realidade histórica brasileira, caracterizada não somente pelo patrimonialismo e pelo clientelismo (mediante suas diferentes formas),²²⁵ mas também pela influência de um ideário positivista incompatível com a realidade nacional.

I

Idéias publicistas e mentalidade privatista na formação da cultura jurídico-política brasileira

Na formação da cultura jurídico-política nacional ocorrida fundamentalmente na segunda metade do século XIX²²⁶ vivenciou-se no plano institucional a constituição de uma clara separação entre a sociedade e o Estado. Esta clivagem não é tão aparente nos períodos colonial e monárquico, emergindo no período republicano, ainda que de uma forma bastante peculiar, pois totalmente avessa à mentalidade que serviu de substrato à modificação do regime jurídico-político. Não é possível ignorar o sucesso que obteve o positivismo no Brasil, como conjunto de idéias de pretensão normativa, radicado em postulados evolucionistas e racionalistas. Nesse sentido, a década de 1870 é um marco na história das idéias do Brasil,²²⁷ vingando o positivismo como a escola filosófica que mais teve influência no início da formação de uma elite intelectual no país. A escola fundada por Augusto Comte, no século XIX, na França, propugnava que se deve reduzir o conhecimento aos limites e métodos científicos, pois todos os fenômenos estariam sujeitados a leis naturais de caráter invariável.²²⁸

O positivismo defende uma espécie de racionalismo fundado no caráter essencialmente “observativo”, ou seja, “não especulativo”. Busca-se a realização de

²²⁵ Segundo Luiz Henrique Nunes Bahia “as relações que se efetivam segundo o modelo *patronus*-cliente possuem caráter de permutas fortemente hierarquizadas. Pode-se até admitir e dizer que seriam mais permutas pessoais e assimétricas, sem reciprocidade necessária. (...) A permuta clientelista de caráter hierárquico destaca o papel do *patronus*, dominante e influente, sobreposto ao cliente”. Cf.: BAHIA, Luiz Henrique Nunes. **O poder do clientelismo: raízes e fundamentos da troca política**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 104. Sobre o assunto ver também: CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 40, n° 2, 1997, p. 229-250.

²²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la storia Del pensiero giuridico moderno**. Milano: Giufrè, n° 35, 2006, p. 10.

²²⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Os juristas e a cultura jurídica na segunda metade do século XIX**. Op. cit., p. 13.

²²⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992, p. 117.

uma pesquisa a ser efetuada com precisão e síntese para no seu final obter conclusões verdadeiras e coerentes. COMTE promoveu uma distinção entre a chamada “ciência positivista” e as demais ciências, procurando efetuar uma depuração dos valores rumo à tentativa de obtenção da “pureza científica”, cujo caráter torna-se fundamental para a manutenção da natureza universal da ciência. O positivismo, como teoria do conhecimento, caracteriza-se pela sobrevalorização do fato social e suas relações empíricas. Como metodologia, trata-se de uma formulação caracteristicamente anti-metafísica e anti-teológica, procurando estender-se a todos os ramos do conhecimento.²²⁹ Segundo António Manuel HESPANHA o positivismo visa a uma ciência geral que não somente se oponha ao particular, mas também ao individual, pois o indivíduo seria uma abstração metafísica (muito enfocada pelos autores clássicos, como Adam Smith e David Ricardo); real, positiva e geral é a sociedade, pelo que, é preciso opor-se ao voluntarismo e até mesmo ao contratualismo. Afinal, para o positivismo o indivíduo não é “um ser livre e autodeterminado, mas um ser dependente e que só sobreviveria em virtude da solidariedade social”.²³⁰

Para além do positivismo filosófico, também obteve bastante sucesso no Brasil o positivismo jurídico de Hans KELSEN que, entretanto, não aponta como objeto central de sua teorização o fato social, como em Comte, mas a norma jurídica (ou, melhor dizendo, o ordenamento jurídico). Na sua concepção, o Direito é depurado em primeiro lugar de seus aspectos fáticos, ligados ao chamado “princípio da causalidade”, pois a causalidade é objeto precípua de outras ciências sociais, tais como a sociologia e a psicologia (esfera do ser). Em um segundo momento precisam ser depuradas as características tanto éticas quanto axiológicas, pois tais elementos referem-se à filosofia ou à axiologia (ou, até mesmo à política). O Direito, portanto, pertence à esfera do “dever ser”, submetendo-se ao “princípio da imputação”.²³¹ Esta perspectiva implica um elevado formalismo na concepção do sistema normativo (que acaba assumindo uma forte autonomia). O próprio problema da legitimidade do Direito tem sua importância restringida, pois a validade da norma limita-se à sua vigência.²³² Ademais, deve ser ressaltada a defesa de uma hierarquização sistemática das normas, adotando-

²²⁹ COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo**. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1976.

²³⁰ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia ...** Op. cit., p. 13.

²³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 85.

²³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Op. cit., p. 11.

se como fundamento do sistema a idéia de uma “norma hipotética fundamental”,²³³ ou seja, um pressuposto lógico, resultado de um inevitável processo de operação mental (portanto, inexistente no plano dos fatos e da história). Enfim, o positivismo jurídico caracteriza-se fundamentalmente pelos mesmos postulados metodológicos objetivistas do positivismo filosófico, adaptando-o ao Direito, a partir da construção de uma ciência jurídica intrinsecamente dogmatista.²³⁴

Ocorre que o Brasil nunca possuiu as circunstâncias adequadas para a implantação de um ideário tão exato, coerente e eqüitativo como é o positivista (seja do ponto de vista filosófico ou mais propriamente jurídico), pois a sua sociedade nunca propiciou as condições necessárias para a desejada adaptação. A viabilidade do positivismo está intimamente ligada à necessidade de uma mentalidade, bem como de uma conjuntura social radicalmente distinta da encontrada no Brasil. Desse modo, o artificialismo tornou-se algo constante, em uma sociedade que primava pelo paradoxismo.²³⁵ A ideologia liberal-republicana, marcadamente impessoal, não foi característica fundante da sociedade brasileira. Os intelectuais e grandes senhores típicos da história brasileira (notadamente no século XIX) preocupavam-se com o formalismo e com o respeito ao pré-estabelecido, mas isso desde que este estabelecido estivesse de acordo com os seus interesses. Respeitava-se a lei somente se esta lhes beneficiasse. Na teoria a lei era dada pelas letras do Poder Judiciário; na prática, pelos comandos do poder econômico. Como resultado, a incursão da ideologia positivista não chegou a transformar a mentalidade nacional, absolutamente avessa aos seus pressupostos. O que não impediu o enorme sucesso da incorporação das novas idéias.

A aceitação do positivismo é uma conseqüência da estrutura social da época de formatação da cultura nacional, marcada pela facilidade de assimilação pelas elites de temas pré-elaborados, em regra aqueles vindos da Europa. Os movimentos sociais formulavam-se das camadas mais altas para as mais baixas da sociedade. As grandes massas recebiam as mudanças com surpresa e até mesmo hostilidade, o que bem caracteriza a imobilidade e o imobilismo da população. Ressalta Sérgio Buarque de HOLANDA que “o prestígio da palavra escrita, da frase lapidar, do pensamento

²³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Op. cit., p. 10.

²³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Op. cit., p. 77 et seq.

²³⁵ Buarque de Holanda aponta que os brasileiros viviam em um paradoxo em que a realidade é desconsiderada em favorecimento à idealização. Segundo o autor: “Tudo assim conspirava para a fabricação de uma realidade artificiosa e livresca, onde nossa vida verdadeira morria asfixiada.” Cf.: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 122.

inflexível, o horror ao vago, ao hesitante, ao fluido, que obrigam à colaboração, ao esforço e, por conseguinte, a certa dependência e mesmo abdicação da personalidade” são fatores que têm determinado a formação espiritual na história do Brasil.²³⁶

O alheamento do povo frente aos acontecimentos sociais era a regra; o posterior “sucesso” do sistema normativo kelseniano no Brasil do século XX aparentemente recebeu influência direta desta realidade. A mentalidade brasileira típica do processo de formação nacional, ainda que inconscientemente, tende a encontrar meios de fuga em face da realidade adversa. Questiona-se Buarque de HOLANDA: “Não existiria, à base dessa confiança no poder milagroso das idéias, um secreto horror à nossa realidade?”²³⁷ O positivismo jurídico, muito menos do que uma estratégia de Estado, acabou sendo uma decorrência natural do sucesso de uma importante ideologia, ainda que parcialmente contrária à utensilagem mental disponível, denotando desde então a paradoxal incongruência entre idéias e mentalidades, tão comum na formação da sociedade brasileira.

A constituição histórica da relação entre sociedade civil e Estado recebeu influências de diferentes ideologias políticas. Ideologias que não tinham correspondência direta com a mentalidade que, em princípio, lhe fornecia substrato cultural, mas que mediante a sua interferência jurídico-institucional acabavam por compor o amálgama que resultou na mentalidade do brasileiro no período pré e proto-republicano.

A análise histórica demonstra que a construção da cidadania pode ocorrer de diferentes formas, dependendo do peculiar processo político-cultural de cada local. Isso não quer dizer que inexistam um “ideal de cidadania”, mas a sua realidade prática certamente é construída historicamente, por intermédio de “caminhos que nem sempre seguem linha reta”.²³⁸ Isso pode ser verificado de forma simples quando comparados o modelo inglês (que geralmente é utilizado como padrão histórico da formação da cidadania) e o modelo brasileiro. A seqüência de consolidação dos direitos na Inglaterra implicou uma sobreposição de direitos individuais, políticos e sociais - nesta ordem, que a princípio poderia parecer a mais lógica. No Brasil, os direitos sociais precederam os demais. Sendo assim, a noção de cidadania na Inglaterra não equivale à noção de

²³⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 119 e 117.

²³⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 118.

²³⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 11.

cidadania no Brasil. Ocorre que, em ambos os casos, foi uma noção que se constituiu mediante uma forte atuação do Estado, mas cuja intervenção, por outro lado, dependeu do seu específico substrato social.²³⁹ Esta situação não permite concluir que o Brasil tenha forjado sua tradição política de forma independente da influência de modelos como o inglês ou mesmo francês. Pelo contrário, a mentalidade constituída acabou por receber diferentes inspirações, muitas vezes radicalmente contraditórias. Este fenômeno ocorre, inclusive, porque apesar de sua clara distinção na esfera das idéias, os modelos acabam por sempre se inter-relacionar na prática. Isso não somente ocorreu no Brasil, como também nos Estados Unidos (que produziram uma consistente influência tardia sobre o sistema político adotado na república). E ainda, apesar da constatação de que a tentativa idealizada de implantação da cultura européia no Brasil acabou consistindo em um traço histórico marcante, deve-se reconhecer que há traços peculiares e inerentes à típica “cultura da personalidade”, que acabou por determinar toda a constituição institucional pública e privada no país.²⁴⁰

Segundo Maurício FIORAVANTI a revolução francesa produziu um paradigma que acabou combinando individualismo com contratualismo e até mesmo com certo estatismo, ou seja, *“demasiado Estado en la sociedad, pero también demasiada sociedad en el Estado”*.²⁴¹ Mas o fato é que sua perspectiva denotava-se totalmente refratária à perspectiva historicista (tipicamente inglesa). Como ideologia este paradigma caracterizava-se pela afirmação dos direitos universais; exaltação da “vontade geral” e da soberania da nação; e limitação do poder pela lei (que acaba consistindo uma garantia universal). Como fator decorrente da revolução, mais do que elaborar a lei, o Estado assume o papel de “fator constituinte”, sendo o responsável por tutelar os direitos e liberdades da sociedade, legitimando-se por intermédio do seu caráter “prescritivo” ou “voltado para o futuro”.²⁴² Para os revolucionários franceses os juízes são tidos como funcionários do Estado; verdadeiros inimigos da unidade política da nação, além de herdeiros dos privilégios aristocráticos. Com isso, busca-se a imagem de um “legislador virtuoso”, receptáculo da vontade geral, o que acaba mitificando a figura da lei, mediante uma forte recusa à tradição medieval. Na França, o Código

²³⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil ...** Op. cit., p. 12.

²⁴⁰ Cultura da personalidade que se caracteriza pelo ressaltado da importância da pessoa humana, bem como pelo destaque conferido à autonomia do homem em face aos seus semelhantes. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 4.

²⁴¹ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 102.

²⁴² FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 64.

reflete o resultado máximo da mística legislativa.²⁴³ Esta ideologia é consonante com a mentalidade que se constituiu no Brasil desde a colônia.

O personalismo típico brasileiro acabou por ressaltar a autonomia do indivíduo de tal sorte que do ponto de vista essencialmente cultural denota-se uma clara dificuldade de associação e de formação de laços de solidariedade sem autoridade. A falta de coesão da vida social e a dificuldade de organização autônoma são características dessa realidade. O “princípio da hierarquia” não é fator constituinte da mentalidade brasileira tradicional típica. A hierarquia funda-se em privilégios herdados e a tradição ibérica (muito próxima da francesa) dá mais ênfase ao “prestígio pessoal” (nesse ponto, aproximando-se da visão moderna).²⁴⁴ Isso não significa que no Brasil tenham sido irrelevantes os critérios objetivos de representação (chegar a esta conclusão significaria ser ignorada a complexidade da particular herança portuguesa). Como “o Estado não era algo separado da sociedade, ele próprio tinha aspectos e valores estamentais”. Ao lado de fatores subjetivos como a venalidade de alguns ofícios e o enobrecimento resultante da ocupação de cargos, conviviam exigências de “limpeza de sangue”, estabelecidas como pré-requisito para a designação.²⁴⁵ O importante é reconhecer que o Brasil assemelha-se às nações ibéricas no tocante à ausência da peculiar racionalização da vida, que muito cedo experimentaram algumas terras protestantes e em relação às quais “o princípio unificador foi sempre representado pelos governos”.²⁴⁶ No caso do modelo tradicional da Inglaterra, “a garantia dos direitos se resolve com a prioridade do poder judicial sobre o governo e sobre o poder legislativo”,²⁴⁷ mantendo-se prevalecente a prática consuetudinária e reduzindo o impacto da ação do Estado (ou mesmo da recíproca interferência entre Estado e sociedade).

Outra influência na formação do sistema político brasileiro foi a do constitucionalismo norte-americano, que acabou constituindo-se não somente a partir do historicismo inglês (como era de se esperar), mas também do individualismo

²⁴³ Ao contrário da França, em outros países a codificação foi realizada permanecendo as influências medievais (como na Áustria ou na Itália, que sofreram forte influência dos “princípios gerais do Direito”). Cf.: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Op. cit., p. 118.

²⁴⁴ Esta é, ao menos, a opinião de Sérgio B. de Holanda. Cf.: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 6.

²⁴⁵ WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. de. **Formação do Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 301.

²⁴⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 9.

²⁴⁷ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 74.

francês, apesar de suas substanciais diferenças, especialmente porque os EUA não tiveram como fundamento a oposição a um “antigo regime”. A revolução americana opôs-se à falta de representação das colônias no parlamento britânico. Esta situação destoava completamente da realidade política das colônias, em que havia uma “reduzidíssima distância entre a classe política dos representantes e da sociedade civil”.²⁴⁸ A Declaração de Direitos de 1789 exaltava uma sociedade civil composta por pessoas que buscam do Estado primeiramente as garantias de segurança e autonomia. Diferentemente, a oposição norte-americana, que acaba excluindo a tradição filosófica estatalista, visa contrariar uma instituição específica: “um legislador que se supõe fora dos limites de sua legítima jurisdição”.²⁴⁹ Ou seja, duas tradições cuja analogia permite a identificação de fortes (e conhecidas) aproximações e também drásticas diferenças. Até porque o sistema americano garantiu sua peculiaridade institucional com a prevalência do “federalismo republicano” (Alexander Hamilton e James Madison, sustentando um liberalismo constitucional moderado, garantidor da propriedade e de inspiração religiosa) ao “federalismo democrático” (Thomas Jefferson e Thomas Paine, mais próximos da tradição francesa da soberania popular e do poder constituinte). Assim, produziu-se uma nova tradição que se afastou do *rule of law* e mesmo do *Rechtsstaat*, parecendo ser muito mais sensível à dinâmica conflitual dos interesses sociais do que à idéia de soberania popular. Tradição esta que reduziu o poder parlamentar em benefício de uma interpretação constitucional técnica a ser feita pelos juízes, culminando em um sistema de superioridade normativa dos princípios constitucionais.²⁵⁰

Em resumo, e considerando a sistemática norte-americana de um regime de “soberania complexa” (texto constitucional rígido que limita por si mesmo a atuação do Estado e acaba consolidando uma tutela feita pelo Judiciário) ao contrário da francesa (prevalência da soberania popular mediante a adoção de uma “Constituição flexível” e tutela de direitos pelo Parlamento),²⁵¹ a formação histórica brasileira em

²⁴⁸ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 86.

²⁴⁹ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales: ...** Op. cit., p. 82.

²⁵⁰ ZOLO, Danilo. **Teoria crítica do Estado de Direito**. Op. cit., p. 20-21.

²⁵¹ Na Alemanha o *Rechtsstaat* implicava um sistema de soberania ao poder Legislativo, mediante uma tutela de direitos feita pelo Parlamento com base em uma Constituição escrita, porém flexível (na medida em que sua alteração seguia o procedimento ordinário); na Inglaterra a *rule of law* reconhecia que a soberania pertence ao Parlamento, sendo a tutela de direitos feita pelas Cortes da *Common Law*, mas por meio de uma Constituição não escrita (seguindo-se um “conjunto de tradições”). Cf.: ZOLO, Danilo. **Teoria crítica do Estado de Direito**. Op. cit., p. 26.

certa medida se aproxima da primeira. Além do que, ambos (Brasil e EUA) comungam de um passado colonial e escravocrata e diferem da França por jamais terem vivenciado um “antigo regime”.

Todavia, o pano de fundo da realidade brasileira era o de um “positivismo tipicamente português”, muito mais ligado às formas que ao conteúdo. Positivismo este apegado à defesa individualista da propriedade (como no modelo francês), mas não necessariamente ligado à liberdade e à igualdade. Ademais, apesar do absolutismo típico dos períodos colonial e imperial, a oposição a Portugal não se comparava à dos EUA à Inglaterra. Fato é que muito pouco se alterou na monarquia em relação ao período colonial no tocante às ligações entre o público e o privado. No período monárquico ainda eram os fazendeiros escravocratas e seus filhos que podiam ser “educados nas profissões liberais, que monopolizavam a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentares, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio.”²⁵²

A escravidão foi uma marca importante da formação da mentalidade brasileira, possibilitando a construção social de uma “subcidadania”.²⁵³ Toda a sociedade, de uma forma ou de outra, estava envolvida em um processo cultural avesso à construção de uma cidadania de caráter efetivamente político. Como assevera José Murilo de CARVALHO: “escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos.”²⁵⁴ Esta situação faz com que os senhores de engenho sejam comumente identificados como os únicos “verdadeiros cidadãos” na colônia.²⁵⁵ Contudo, não é possível afirmar que os próprios senhores fossem cidadãos, pois embora votassem e pudessem ser votados, além de, algumas vezes, possuírem outras condições de cidadania (como a própria educação), faltava-lhes o “sentido de cidadania”, fundado na “noção de igualdade de todos perante a lei”. Em que pese compusessem uma elite que efetivamente participava da vida pública, inclusive exercendo funções delegadas pelo Estado, o poder exercido acabava sendo nada mais nada menos que o reflexo de seu interesse pessoal. Nestes termos, não havia como ser

²⁵² HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 41.

²⁵³ O termo é de Jessé Souza. Cf.: SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003, p. 101 et seq.

²⁵⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil ...** Op. cit., p. 21.

²⁵⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 58.

diferente: “o poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas”.²⁵⁶

Esta realidade histórica exige o reconhecimento de um tradicional predomínio do espírito privado; o que quer dizer, em regra, a prevalência do personalismo tanto “nas alianças políticas e nas adesões partidárias”, quanto na “secular tendência a confundir instituições com pessoas”. No Brasil vivencia-se a falta de um “espírito público”, que pode ser explicada a partir do seu passado: surgimento tardio da imprensa e da universidade; exagerado predomínio clerical; implantação do privatismo (“castas de senhores rurais ignorantes e truculentos”); ausência do hábito de revolução e resistência (“de um sentido de luta como ação política”); falta de uma “auto-consciência do povo”; manutenção de “arquétipos tradicionais” na política (“as imagens das pessoas preponderam sobre os princípios e os programas”).²⁵⁷

As idéias principiológicas de inspiração nos revolucionários franceses e mesmo no constitucionalismo americano, embora fossem bem sucedidas na academia, eram sufocadas por uma prática político-cultural avessa à formação de um povo soberano que pudesse ser identificado por intermédio da existência de uma cidadania tipicamente nacional. Nem a Constituição (como nos EUA), nem o Estado (como na Europa) foram os condutores políticos realmente eficientes e legitimados na realidade histórica do Brasil.

Por outro lado, deve ser registrado que não é somente no Brasil que se pode verificar o fenômeno das elites sociais dominantes se utilizarem do Estado como instrumento de manutenção de seu *status quo*. Esta é uma análise muito bem realizada pelos pensadores do século XX e cujas raízes estão no próprio racionalismo da ilustração. Ainda no século XVIII, KANT afirmou com propriedade que a distinção entre os selvagens europeus e os americanos consiste fundamentalmente no fato de que “muitas tribos americanas foram totalmente comidas pelos seus inimigos, a passo que os europeus sabem aproveitar melhor os seus vencidos do que os comendo; aumentam antes o número dos seus súditos.”²⁵⁸

A análise deste fenômeno talvez seja a principal contribuição do marxismo, e principalmente do marxismo althusseriano, quando reconhece que “o indivíduo é interpelado como sujeito (livre) para que se submeta livremente às ordens

²⁵⁶ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil ...** Op. cit., p. 21.

²⁵⁷ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p. 45.

²⁵⁸ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 133.

do sujeito, portanto para que aceite (livremente) a sua sujeição”.²⁵⁹ Ou seja, a dominação não ocorre apenas como consequência da ação física coercitiva. Como reflete Peter BURKE: “a hegemonia da classe dominante está na dependência de certo grau de aceitação pelas classes subordinadas”.²⁶⁰ O reconhecimento mental da situação de sujeição é crucial para a sua perenidade estrutural na constituição da sociedade, ainda que não se reconheça a atual identificação homogênea de “classes sociais” para todos os fins sociológicos.

Obdulia Taboadela ÁLVAREZ aponta que inobstante esteja sendo recuperado o estudo a respeito das classes sociais, principalmente em razão da “*centralidad de la clase media en las sociedades avanzadas*”, o fato é que a teoria das classes até então não foi capaz de elaborar um modelo teórico consistente sobre a lógica da ação coletiva dos trabalhadores, com destaque para os “não-manuais”, que são uma categoria cada vez em maior ascensão. Desse modo, não há como atribuir a esta categoria uma ação coletiva uniforme, sendo mais coerente com a realidade atual a adoção de modelos de análise complexos e multidimensionais.²⁶¹

Para além da dominação econômica classe a classe, o vínculo de poder subordinante muitas vezes é estabelecido por meio de relações culturais de lealdade, muito bem exemplificadas pelo próprio regime escravocrata e patrimonialista, que ativa na consciência o reconhecimento de uma relação consensual, resultando na aceitação voluntária da autoridade. O mundo apresenta-se como formalmente livre, porém a vontade está presa a um sistema de sujeição aparentemente natural.²⁶² Relação que se apresenta também, e ainda que sob contornos diferentes, no regime laboral moderno (pretensamente impessoal). Neste caso a normalização do indivíduo é reconhecida por mecanismos explícitos e implícitos que também se sustentam a partir de uma sujeição mental.²⁶³

²⁵⁹ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 1970, p. 113.

²⁶⁰ BURKE, Peter. **História e teoria social**. Op. cit., p. 128.

²⁶¹ ÁLVAREZ, Obdulia Taboadela. **Clases sociales y acción colectiva**. Op. cit., p. 73.

²⁶² FRANCO, Maria Sylvania Carvalho. **Os homens livres na ordem escravocrata**. São Paulo: Unesp, 1997, p.

94.

²⁶³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 169.

II

A instituição do Estado de Direito no Brasil na ausência de um “espírito público”

Ao lado da formação de uma primitiva “sociedade civil” caracteristicamente brasileira, o Brasil também pôde registrar a paulatina recepção do modelo de Estado de Direito no seu sistema jurídico. Cabe ressaltar, todavia, que embora o surgimento da cidadania formal no Brasil coincida com o advento do Estado de Direito, não retratam necessariamente um fenômeno simultâneo do ponto de vista da alteração de paradigma social e sua respectiva mentalidade subjacente.

Veja-se que na Europa a noção que dá origem ao conceito de Estado de Direito surge num clima de “resistência à opressão” e de formação de um “direito à oposição” tipicamente situado nos séculos XVI e XVII, quando se verifica o desenvolvimento de uma mentalidade liberal e anti-absolutista. Entretanto, não foi com a Revolução Francesa que surgiu o conceito. A maioria dos autores aponta a Alemanha como o berço da expressão (no tocante à tradição continental). Assim, as idéias de oposição a um “Estado de Polícia”, somadas às de garantia da propriedade e da segurança propiciaram o surgimento de um novo ideário de controle do poder estatal.²⁶⁴ Esta tradição culmina na predominância no século XIX do positivismo legalista da Pandectística (escola conceitual e codificadora).²⁶⁵

A doutrina do Estado de Direito só foi recebida pela França tardiamente, já no século XX, por autores como R. Carré de MALBERG, que procurou aclarar a confusão então bastante comum entre a questão do “interesse do Estado” (que seria política) com a questão da “limitação do Estado” (que seria jurídica). O pensador francês analisou a idéia alemã de *Rechtsstaat*, como sendo um modelo de oposição ao Estado de polícia (regime este cujos fins bastam para justificar os meios). No Estado de Direito há um conjunto superior de regras que determinam as vias de ação do poder estatal na consecução de seus fins. Nestes termos, os governantes e administradores não somente devem abster-se a agir *contra legem*, como estão também submetidos a uma atividade *secundum legem*. Em resumo, trata-se de um regime de proteção aos cidadãos contra as possíveis arbitrariedades das autoridades estatais. Porém, ressalta Carré de MALBERG que é muito diferente o sistema constituído na França, em que se

²⁶⁴

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. Op. cit., p. 311.

²⁶⁵

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Op. cit., p. 125.

estabelece não propriamente um modelo de Estado de Direito, mas sim de “Estado Legal”, ou seja “*un Estado en el cual todo acto de potestad administrativa presupone una ley de la que depende y de la cual debe asegurar la ejecución*”. A função administrativa, limitada por esta legalidade estrita, conceitua-se como uma atividade de “mera execução”, pois o texto legislativo é o seu fundamento de legitimidade.²⁶⁶ Esta distinção tem cada vez menos sentido para o Estado de Direito contemporâneo, mas foi importante para que fosse possível a modernidade separar a idéia originária de um Estado *do* Direito da idéia “revolucionária” de um Estado *de* Direito. O Estado do Direito retrata a visão formal do Direito, ou seja, preocupa-se em afirmar um sistema jurídico que seja formalmente garantidor da previsibilidade jurídica a partir da idéia de uma lei que submeta também os governantes. Já o Estado de Direito vai além, pois estabelece um conjunto de direitos e liberdades que não se restringem ao aspecto formal-negativo, mas avançam rumo à positividade da ação estatal garantística, ampliando a esfera subjetiva das pessoas. Simone GOYARD-FABRE comenta que a idéia inicial do *Rechtsstaat*, fundada apenas na liberdade, não foi suficiente para a “elaboração de uma teoria unívoca e forte”. Foi o idealismo iluminista que mudou radicalmente os fins do Direito e do Estado, traduzindo-se “já no século XVII, numa certa idéia do homem, por aspiração à felicidade e ao progresso”.²⁶⁷

Paralelamente à formação histórica de um Estado de Direito europeu-continental, há também uma colaboração importante anglo-americana (que também influenciou a brasileira) - o *rule of law*, originado de uma tradição pragmática legal de tutela dos direitos subjetivos (*Magna Charta, Habeas Corpus, Bill of Rights*). Direitos estes que apesar de estarem constituídos por instrumentos formais, foram afirmados mais pelos juízes que pelos legisladores.²⁶⁸ Esta tradição foi incorporada no Direito brasileiro desde o início da fase monárquica, ou mesmo com a vinda da família real ao Brasil em 1808, quando a aristocracia intelectual passou a trazer da Europa idéias políticas que agitavam o período de então: liberalismo, parlamentarismo, federalismo, constitucionalismo e teorias tanto democráticas quanto republicanas. A idéia de construção de um Estado de Direito permeou o constitucionalismo brasileiro desde a

²⁶⁶ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. Tradução de José Lión Depetre. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 449 et seq.

²⁶⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. Op. cit., p. 309 et seq.

²⁶⁸ ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. Op. cit., p. 15.

sua primeira Constituição, ou antes. “Liberalismo freqüentemente ingênuo, constitucionalismo por vezes meramente retórico, mas enfim afirmações idôneas de um encaminhamento político consciente”.²⁶⁹ Tanto é assim que existe uma carta de direitos no Brasil mesmo na Constituição monárquica de 1824, tendo-se reconhecido o que na oportunidade havia de melhor em termos de garantias individuais (a partir de uma ligação direta com a Declaração de Direitos proclamada pela Revolução Francesa, embora sendo excetuadas a liberdade religiosa pública e a condição de cidadania dos negros).²⁷⁰

Ocorre que um fato é colocar um ideário liberal no papel e outro é realizá-lo. O Brasil demorou muito tempo para tornar-se um legítimo Estado de Direito, pois a mentalidade histórico-cultural da sociedade de então (e que tem sua gênese no período colonial) caminhava em sentido inverso ao da legislação. As idéias predominantes na academia não combinavam com as relações sociais existentes. A distância entre os princípios e a prática é destacada por Boris FAUSTO que afirma ser a Constituição um grande avanço, pois não somente organizava os poderes e definia as atribuições como efetivamente garantia direitos de igualdade ao, inclusive, eliminar a existência de uma “aristocracia de sangue”, na medida em que os títulos de nobreza não eram hereditários, dependendo da outorga pelo imperador. “O problema é que, sobretudo no campo dos direitos, sua aplicação seria muito relativa. Aos direitos se sobrepunha a realidade de um país onde mesmo a massa da população livre dependia dos grandes proprietários rurais, onde só um pequeno grupo tinha instrução e onde existia uma tradição autoritária”.²⁷¹

Por um lado solidificavam-se no plano das idéias as características fundamentais do Estado de Direito capitalista, quais sejam: a) submissão à lei como forma de segurança jurídica; b) divisão de poderes como forma de controle do poder; c) garantia de direitos individuais. Por outro lado, no Brasil, a sociedade vivia um ambiente totalmente inseguro, em que a lei vigorante era a do poder local; a divisão de poderes era irrelevante para o povo que não tinha verdadeiro acesso às instituições; e a

²⁶⁹ A frase é de Nelson Saldanha, que elabora em seu livro uma interessante digressão histórica sobre a evolução do pensamento constitucional (liberal, democrático, republicano, federalista) no Brasil, desde a independência. Cf.: SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 189.

²⁷⁰ CUNHA, Pedro Octávio Carneiro da. A fundação de um império liberal: discussão de princípios. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 1, t. 1, 1993, p. 238 et seq.

²⁷¹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora da USP, 2000, p. 149.

garantia de igualdade de direitos era uma retórica formal contraposta por uma sociedade escravocrata e altamente personalista. Mesmo na república, como falar em princípios de representação e impessoalidade na condução do poder quando o Estado passa a consistir em uma instituição ainda patrimonialista mesmo que retratada por uma nova forma estamental, a burocracia? ²⁷²

Com estas características, a realidade brasileira acabou por possuir uma identidade própria, distinta da americana, inglesa ou francesa. Um Estado fraco por um lado e forte por outro; o paradoxo caracteriza a relação entre Estado e sociedade civil na formação da cidadania brasileira. Uma sociedade sempre na expectativa da ação estatal, como se dele fosse absolutamente alheia. Sidney CHALHOUB retrata esta idéia mediante a identificação dos brasileiros como um “povo-criança”, “que está eternamente despreparado hoje e que se move sempre para a conquista de direitos e de mudanças que virão *no futuro*.” ²⁷³

O poder do Estado, na formação das relações entre o público e o privado no Brasil (ou seja, nos períodos colonial, monárquico e até mesmo proto-republicano), era bastante restrito, por diferentes motivos: 1. em regra não existia nos locais longe das cidades; 2. sofria a concorrência da auto-tutela privada dos latifundiários; 3. carecia de verdadeira autonomia perante as autoridades de execução; 4. estava sujeito a um elevado grau de corrupção, inclusive da magistratura. Note-se que no período monárquico a autoridade máxima nos locais era, em geral, a dos “capitães-mores”, que tinham investidura real, mas eram escolhidos de forma privada, pela influência dos grandes proprietários. Posteriormente, vieram os coronéis. “Havia, então, confusão, que era igualmente convivência, entre o poder do Estado e o poder privado dos proprietários”. Um pouco antes, na colônia, até mesmo os impostos eram arrecadados mediante contratos de caráter privado e os registros em geral cabiam à Igreja. ²⁷⁴ Aliás, a mistura entre a estrutura administrativa da Igreja e a do Estado marcou o período pré-republicano de tal forma que é de se perguntar se o típico regime de padroado não fazia da matéria religiosa uma efetiva questão de Direito público, muito mais do que de

²⁷² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 819 et seq.

²⁷³ CHALHOUB, Sidney. Visões da liberdade: senhores, escravos e abolicionistas da corte nas últimas décadas da escravidão. **Revista História e Debates**. Curitiba: Associação Paranaense de História, 1988, p. 13.

²⁷⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil ...** Op. cit., p. 22.

privado.²⁷⁵

Esta situação marcava a tendência cultural, seja na esfera formalmente privada, seja na esfera formalmente pública, em que era prestigiada uma “visão comunitária da vida”, mediante a qual se torna natural o desprestígio da igualdade. Neste ambiente, o paternalismo estatal tornava-se não somente adequado do ponto de vista formal, como era uma decorrência da própria mentalidade subjacente. Na relação de interdependência público-privada, em que a atuação do Estado é causa e consequência da inexistência de uma “autêntica comunidade”, por certo não há espaço para uma “cidadania ativa”.²⁷⁶ Respeitando as diferenças de espaço e de tempo, Boris FAUSTO afirma a possibilidade de ser identificado um “padrão geral” das relações entre o Estado e a sociedade civil no primórdios da colonização brasileira, a partir de três características fundamentais: 1. é muito difícil fazer distinção entre a ação do Estado e os interesses que dominam a sociedade; 2. o papel de “organizador geral” da vida colonial assumido pela Coroa não relevava os interesses locais (o que redundou em alguns movimentos de resistência e revolta; 3. Estado e sociedade não são dois mundos estranhos, mas compõem “um duplo movimento do Estado em direção à sociedade e desta em direção ao Estado. Esse movimento se caracteriza pela indefinição dos espaços público e privado”.²⁷⁷

A independência e a Constituição de 1824 não produziram resultados efetivos na realidade perceptível no sentido de alterar as relações público-privadas tipicamente coloniais. Em que pese ter sido reconhecida a cidadania do ponto de vista jurídico formal, os brasileiros eram os mesmos. Não seria nem mesmo preciso dizer que a efetividade das normas não ocorre somente em face da sua positivação; ela depende do contexto social e político (cada tempo histórico produz sua cultura de direitos).²⁷⁸ Deve ser observado que a conjuntura da época traduzia-se pela existência de mais de 85% de indivíduos totalmente analfabetos. Ademais, as eleições eram, em geral, espetáculos simbólicos (às vezes violentos).²⁷⁹ A inexistência de uma real opinião pública ativa no período entre as duas últimas décadas do século XIX e as três

²⁷⁵ LACOMBE, Américo Jacobina. A Igreja no Brasil colonial. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 2, t. 1, 1993, p. 52 et seq.

²⁷⁶ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil ...** Op. cit., p. 51.

²⁷⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 75.

²⁷⁸ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 24.

²⁷⁹ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 61.

primeiras do século XX torna recorrente a idéia de que também não havia no país um “povo politicamente organizado”,²⁸⁰ apesar da existência de alguns movimentos de caráter político (como o movimento abolicionista).²⁸¹

O “sentimento de nacionalidade” se desenvolve no Brasil apenas a partir do final do século XIX. Até então, o que se via era um patriotismo localizado nas regiões. José Murilo de CARVALHO afirma que o acontecimento simbólico mais importante para esta mudança de mentalidade foi a Guerra do Paraguai. A partir de então é que a expressão “brasileiro”, que já era obviamente pré-existente, passa a ter um correspondente significado na esfera cultural. Do ponto de vista formal, a república foi um reflexo consolidante desta nova mentalidade, pois as lealdades provinciais foram arrefecendo-se em face da formação de uma lealdade nacional.²⁸²

Na primeira república a confusão prática entre o público e o privado e a ausência de um verdadeiro sentido de cidadania ainda foi a regra. A descentralização subsidiária típica do período, decorrência de uma cópia formal do sistema federativo norte-americano, promoveu o fortalecimento das elites locais. Disso decorre que o período acabou sendo caracterizado pelo fenômeno mais marcante do patrimonialismo brasileiro: o coronelismo. Embora admita diferentes formas de manifestação, em seu núcleo estruturante pode ser entendido como uma manifestação específica do poder privado, ou seja, um modelo autoritário que conseguiu coexistir com um regime político de base representativa. Por este motivo, o coronelismo “é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre os poderes públicos, progressivamente fortalecidos, e a decadente influência social dos chefes locais”.²⁸³

Outra característica importante que demonstra a imbricação constante entre o público e o privado dentro da mesma mentalidade é a própria formação do espaço jurídico-burocrático no Brasil. As formas de constituição burocrática sempre “dependem de um *ethos* específico” necessariamente implicado pelo respeito, às vezes

²⁸⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil ...** Op. cit., p. 65.

²⁸¹ O próprio “caráter do movimento abolicionista” denota de forma clara a sua natureza elitista e excludente. Sobre o assunto, é interessante a menção que Chalhoub faz de um texto de Joaquim Nabuco: “Não é por ação direta e pessoal sobre o espírito do escravo que lhe podemos fazer algum bem. É com os livres que nos devemos entender; é com estes que devemos pleitear a causa daquele. A lei eterna obriga-nos a tomar a parte do oprimido, e essa lei torna-se muito mais obrigatória desde que nós lhe proibimos levantar o braço em defesa própria. Cf.: CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade ...** Op. cit., p. 14.

²⁸² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil ...** Op. cit., p. 81.

²⁸³ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto ...** Op. cit., p. 40.

exagerado, pelas regras formais típicas deste paradigma administrativo.²⁸⁴ Destarte, muito mais do que um fenômeno da esfera público-estatal (como comumente retratada) a burocracia consistiu em uma característica marcante da sociedade brasileira (da elite política imperial, mas não só).²⁸⁵ Contudo, esta burocracia em nada tem a ver com o seu correspondente modelo teórico. A formação da tradição público-privada no Brasil denotou uma forte práxis pseudo-burocrática, pois avessa aos seus postulados fundamentais (centrados na impessoalidade por princípio).²⁸⁶ A escolha dos homens públicos feita por intermédio de relações de confiança pessoal, a falta de especialização de funções e a ausência de ações para que fossem assegurados direitos aos cidadãos impediam a formação de uma verdadeira burocracia, que somente era observada em algumas situações excepcionais. Por conseqüência, “não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do público e do privado”.²⁸⁷

Claro que não somente no Brasil este fenômeno pode ser observado. Em várias sociedades a burocracia sucumbiu a um sistema de “solidariedade vertical”, ou seja, os “afilhados” não se unem por ideologias comuns, nem mesmo em razão de programas políticos semelhantes, mas sim como decorrência direta de seu relacionamento pessoal. Como bem explica Peter BURKE, o sistema burocrático é comumente deformado para um “regime de apadrinhamento” cujo resultado é a transformação de riqueza em poder político; desse modo, constrói-se uma teia social constituída por “relacionamentos pessoais entre indivíduos desiguais, entre líderes (ou padrinhos) e seus seguidores (ou afilhados). Cada parte tem algo a oferecer à outra. Os afilhados proporcionam apoio político aos padrinhos, bem como deferência, expressa em várias formas simbólicas (gestos de submissão, linguagem respeitosa, presentes, entre outras manifestações). Já os padrinhos oferecem hospitalidade, empregos e proteção aos afilhados”.²⁸⁸

²⁸⁴ BURKE, Peter. **História e teoria social**. Op. cit., p. 128.

²⁸⁵ A burocracia estatal no período imperial era composta de diversos níveis e setores, distinguindo-se tanto verticalmente, quanto horizontalmente. Cf.: CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 145.

²⁸⁶ WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. 2. ed. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 179.

²⁸⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit., p. 106.

²⁸⁸ BURKE, Peter. **História e teoria social**. Op. cit., p. 104.

III

Breve história das idéias sobre o Estado e seus fins

A idéia moderna de Estado é tributária do pensamento seiscentista de autores como Jean Bodin (*Os seis livros da república*) e Hugo Grotius (*Do direito da guerra e da paz*) ao reconhecerem a idéia de soberania (o primeiro de um ponto de vista pragmático; o segundo de um ponto de vista metafísico). Pensamento este que culminou no contratualismo hobbesiano ao propor que mediante um acordo a sociedade política resolve voluntariamente “delegar autoridade pública a uma instância soberana e perpétua, que tem como missão garantir a paz e a concórdia”.²⁸⁹ É decretado, assim, o fim da autotutela privada no plano das idéias, em razão do que se abre espaço para o absolutismo estatal. O estado natural igualitário em que há uma permanente situação de conflito de interesses, com prevalência das paixões, retrata anarquia insuscetível de ser aceita pela razão contratualista;²⁹⁰ trata-se de um estado de degradação egoísta do indivíduo, com ausência de respeito mútuo que precisa ser contornado pela razão, que dita a paz e exige um soberano.²⁹¹ A centralização autoritária do poder, a não submissão do Estado à ordem jurídica, a inexistência de controle ou responsabilidade dos governantes e o desconhecimento da idéia de direitos individuais, além do apego (inicial) a uma fundamentação ainda divina, foram características marcantes do Leviatã como uma organização política absolutamente necessária (o Estado é condição de existência da sociedade).²⁹²

Diferentemente, embora fruto do mesmo período histórico, a ética jusnaturalista de John LOCKE retrata uma mentalidade mais próxima de um segundo momento da modernidade em que a sociedade é necessária, por ela mesma, para a conservação do homem a partir de um direito natural pré-existente à política.²⁹³ Os governos muitas vezes são maus, devendo os homens encontrar meios de evitar esta condição. Por ser contra o poder despótico, Locke entende que cabe à sociedade civil

²⁸⁹ A caracterização de pragmático e metafísico aos pensadores é de Châtelet. Cf.: CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Op. cit., p. 48 et seq.

²⁹⁰ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 2. ed. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

²⁹¹ HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**. Tradução de Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 93 et seq.

²⁹² WOLLMANN, Sérgio. **O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994, p. 61.

²⁹³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 81 et seq.

incorporar o objetivo reformador da política (que implica a distinção entre o bem e o mal, o que deve ser aprovado ou rejeitado), para que assim seja possível conferir legitimidade ao poder (notadamente ao parlamento).²⁹⁴

Hobbes e Locke, defendendo duas perspectivas no entendimento da relação entre Estado e sociedade mais que diferentes, realmente opostas, acabam confluindo quando recorrem à noção de representação para fundamentar a ação política institucional. Este contratualismo tão típico da consolidação moderna, seja valorizando o Executivo, seja reforçando o papel do Legislativo, encontra seu auge em Jean-Jacques Rousseau, para quem a sociedade é o resultado da existência de indivíduos neutros e ontologicamente isolados (nem bons, nem maus, por desconhecerem o que é maldade e bondade). Locke e Hobbes buscam a conservação da sociedade por meio da garantia dos direitos privados em uma esfera pública especializada e separada. ROUSSEAU não tem esta preocupação, afirmando que na natureza humana há um instinto de conservação que não conduz necessariamente ao egoísmo; há compaixão.²⁹⁵

Originariamente, Rousseau desenvolve a noção de historicidade, propondo que o homem é dinâmico e se transforma mediante um processo de socialização que amplia as necessidades humanas (e seus interesses) gerando ao mesmo tempo a possibilidade de satisfazê-las. O contrato baseado na liberdade é formalmente legítimo, pois decorre de um consenso resultante não apenas da socialização, mas também de uma “consciência moral”. O Estado, como resultado deste acordo tomado em uma sociedade livre e igualitária, tem que se pautar pela soberania popular. A vontade geral (interesse comum) é que deve determinar a vontade do poder e não a vontade de todos (um interesse privado decorrente da soma dos interesses particulares). Posição que acaba por distinguir de forma contundente o público do privado, ressaltando uma forma peculiar e inovadora de sustentação da prevalência do interesse público sobre o privado (inclusive mediante uma proposta de controle social da propriedade por meio do Estado).²⁹⁶

O contratualismo tende, portanto, a unir procedimento e substância, com

²⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora da UnB, 1997, p. 158.

²⁹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem de os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Op. cit., p. 189.

²⁹⁶ COUTINHO, Carlos Nelson. Crítica e utopia em Rousseau. **Revista de Cultura e Política**, nº 38, 1996, p. 7-29.

vistas a atribuir sentido à organização política institucionalizada, sendo bem sucedido ao propiciar fundamento para o liberalismo do século XIX e às gerações de direitos humanos que se seguiram, bem como ao ressaltar a necessidade de entender a democracia como o valor estruturante da relação entre sociedade (de um lado) e Estado (de outro) na modernidade. O seu grande “calcanhar de Aquiles” decorre do fato de que a sociedade fundada no contrato tem sua base estabelecida no mercado. Como aponta Vera Karam de CHUEIRI “conquanto precursoras das revoluções liberais burguesas que foram, na época, significativamente avançadas, as teorias do contrato são, ontologicamente, individualistas. Enquanto método, elas respeitam esta fidelidade extrema ao indivíduo antes da sociedade”.²⁹⁷ Desse modo, aos poucos a idéia fundante da vontade geral sucumbe à dos direitos subjetivos.

O poder, tradicionalmente incondicionado na história da civilização humana, passa no período moderno por uma substancial “decantação”, segundo expressão de Renè DREIFUSS. Do ponto de vista fático, se em um primeiro momento da modernidade tem-se sua concentração evolutiva (ordenamento jurídico, sistema administrativo, transporte, polícia, guerra), de forma independente da sociedade e inclusive por intermédio da própria ação do príncipe, esta evolução logo passa a necessitar de alguma espécie de legitimação (e participação) popular.²⁹⁸ A orientação racional do Estado moderno para a detenção do monopólio da dominação, para a centralização, a despersonalização e a burocratização não escapa do questionamento social que se torna cada vez mais presente.

O resultado deste processo de decantação é o estabelecimento de uma cisão idealizada entre Estado e sociedade que é denominada por Jorge Reis NOVAIS como a “ideologia das três separações”: a) entre política e economia (o Estado deve deixar a economia para a auto-regulação privada, somente garantindo a segurança e a propriedade); b) entre Direito e moral (a moral deve ser relegada à autonomia da vontade, não sendo assunto que deva sofrer interferência de uma ação externa); c) entre Estado e sociedade civil (o ente político deve apenas sustentar a paz social para que a sociedade desenvolva-se por si mesma do ponto de vista econômico e moral).²⁹⁹

²⁹⁷ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade ...** Op. cit., p. 152.

²⁹⁸ DREIFUSS, Renè. **Política, poder, Estado e força: uma leitura de Weber**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 27-31.

²⁹⁹ Na letra “b” a redação original do autor destaca uma separação entre o “Estado” e a moral. Todavia, parece mais apropriada a realização de uma substituição para a idéia do “Direito” como efetivo elemento opositor da moral

Mas esta clivagem não se restringe ao espaço institucional. A mentalidade social designa como Estado tanto o aparato orgânico-funcional como o conceito jurídico ou mesmo a própria realidade social diante da qual o ente pretende vigência. Para a sociologia, para a filosofia e para a história, a realidade “Estado” não se restringe ao conteúdo juridicamente relevante (provavelmente nem mesmo para o Direito tal aspecto seria suficiente).

É essencial para o entendimento do Estado como representação a idéia de que há uma inafastável referência a “determinado curso da ação dos indivíduos, efetivo ou construído como possível”. Max WEBER conhecia como ninguém esta implicação, em que pese tenha ficado famoso apenas pelo recorte de sua teoria quando reconhece o Estado pela sua qualidade de ser uma associação política que possui o monopólio legítimo da força (como *ultima ratio*).³⁰⁰ Este conceito, por certo, buscava uma definição compreensiva apenas no ponto de vista institucional (enquanto empresa, ou seja, uma ação contínua que persegue determinados fins por meio de uma associação cujas ações têm pretensão de vigência dentro de um âmbito específico) e político (enquanto detentor de uma probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo).³⁰¹ Dessa forma, para o positivismo weberiano o Estado não se compõe somente de elementos juridicamente relevantes. Existe em grande medida “como complexo de ações conjuntas de pessoas” orientadas pela representação de que ele *existe* ou *deve existir* da forma que é. Deve ser ressaltado que, ao contrário da perspectiva reducionista do contratualismo, o Estado é por um lado uma organização institucional unitária e centralizadora e, por outro, uma presença irrenunciável na consciência do sujeito moderno, que o carrega de especificidade.

A partir de um lento processo iniciado no século XIV a mentalidade medieval (surgida do vazio decorrente da queda da estrutura jurídica romana) foi sendo trocada por um ente político e jurídico dotado de um singular protagonismo. O caráter pessoal do indivíduo, antiga condição de status jurídico, é substituído pela sua ligação a um território e a costumeira separação entre o político e o jurídico perde

(segundo interpretação ora levada a efeito). Registre-se, ainda, que o autor identifica os aspectos da ideologia das três separações cada qual a um importante pensador liberal (Adam Smith, Immanuel Kant e Wilhelm von Humboldt, respectivamente. Cf.: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 51.

³⁰⁰ WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Op. cit., p. 12.

³⁰¹ WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Op. cit., p. 44.

sentido;³⁰² até porque o Direito deixa de ser uma realidade pré-existente ao poder, não sendo mais apenas “declarado” (*ius dicere*), mas sim efetivamente criado.³⁰³ Antítese do jusnaturalismo, o Direito posto promove uma gradual deslegitimação da Igreja, cujas funções são transferidas para o Príncipe.³⁰⁴

Nesse sentido, o positivismo de Émile DURKHEIM critica de forma interessante o individualismo contratualista e seu formalismo, reforçando a tese de que tanto a ordem jurídica quanto a política imbricam-se com a social, pois são representações intimamente ligadas ao mesmo substrato, ainda que independentes dele.³⁰⁵ Esta perspectiva discorda da idéia de que estas ordens institucionais fundam-se seja no acordo de vontades individuais, seja na vontade disciplinadora do Estado (em seu poder). O ponto de partida ético, portanto, deveria residir na idéia de uma “solidariedade social” (com especialização e divisão de funções sociais).³⁰⁶

Radicalizando esta teoria seguiu León DUGUIT ao criticar a teoria liberal do Estado mediante a proposição de que o homem natural isolado seria uma abstração, pois o ser humano não pode viver senão em sociedade, sendo condicionado pelas obrigações da vida coletiva. Desse modo, acaba sendo afirmado o primado do Direito objetivo sob os direitos subjetivos, pois estes decorreriam daquele, inclusive para opor-se ao Estado, cujos limites não surgiriam dos direitos individuais, mas de leis objetivas de solidariedade social. Por outro lado, seria subtraída a idéia-chave de “soberania” (e a própria possibilidade de existência de um “poder” jurídico) como característica fundamental do Estado.³⁰⁷

Em certa medida, esta perspectiva exageradamente anti-individualista também foi defendida por Maurice HAURIOU que, porém, focou o fato de que a ordem jurídica é um conjunto de instituições (com normas positivadas e idéias indutoras), nestes termos, produzindo um afastamento crítico do positivismo, mas reafirmando a separação entre sociedade civil e Estado. Ou seja, a partir de um fundamento sociológico institucional passa-se a entender o Estado de duas formas: primeiro como um corpo constituído para a realização de certo número de idéias (como a autonomia e

³⁰² GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Op. cit., p. 62 e 77.

³⁰³ GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Op. cit., p. 144.

³⁰⁴ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Op. cit., p. 12.

³⁰⁵ DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Op. cit., p. 40.

³⁰⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia ...** Op. cit., p. 414.

³⁰⁷ DUGUIT, Léon. **Os elementos do Estado**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, [19__], p. 32-64.

a liberdade), e segundo, como ele mesmo uma idéia (a idéia de Estado) ligada a um sentimento de responsabilidade política e ao reconhecimento de que se trata de uma personalidade moral.³⁰⁸ Segundo HESPANHA, este institucionalismo acaba cultivando um “vitalismo jurídico” que atribui aos corpos sociais “uma alma que transcende as suas manifestações actuais e os faz aspirar por novos objectivos”.³⁰⁹

O avanço contra-hegemônico para os aspectos “interdisciplinares” do entendimento do Estado realizado no início do século XX não durou muito tempo. Logo ocorre um recuo a um positivismo jurídico formalista e estatizante seja como decorrência da obra de Hans Kelsen (influenciando a tradição europeia continental), seja de John Austin (influenciando a tradição anglo-americana). Modelo este que predominou a partir do período entre guerras, mas que logo também passou a ser flexibilizado, como ocorre com o importante positivismo moderado de Herbert Lionel Adolphus HART, para quem a palavra “Estado” possui uma esfera grande de imprecisão, bastando para ele que se aponte algumas de suas características centrais, embora elas mesmas passíveis de indefinição. Assim como no positivismo clássico, para o positivismo hartiano é possível ser encontrada uma noção de Estado fora do Direito. O Estado se constitui a partir do Direito, sendo um modo de se referir à existência de uma ordenação territorial sob uma determinada forma de governo (com um sistema jurídico decorrente de um Poder Legislativo, com tribunais e regras primárias) cuja característica principal é a existência de um determinado grau de independência.³¹⁰ A importância das diferentes tradições positivistas para o entendimento da relação entre Estado e sociedade civil na contemporaneidade não pode ser negada, principalmente quando tomada em consideração sua perspectiva crítica-liberal (ainda quando não se concorde com a sua defesa do objetivismo jurídico). Não se pode recusar que existam entidades e agrupamentos topicamente considerados que estão na base da organização tanto do Estado quanto da sociedade civil (família, empresa, cidade). Isso significa que o positivismo fornece um excelente instrumental de crítica ao primado do “princípio da vontade” a partir de uma democracia voluntarista e majoritarista (tão discutível na atualidade).³¹¹

³⁰⁸ HAURIUO, Maurice. **Princípios de Derecho Público y constitucional**. Tradução de Carlos Ruiz del Castilho. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 582.

³⁰⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia ...** Op. cit., p. 418.

³¹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 237.

³¹¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia ...** Op. cit., p. 421.

Note-se, ainda, que importantes teorias do século XX acabaram identificando que a mentalidade contemporânea tende justamente a compreender o Estado a partir da junção de elementos do contratualismo e do positivismo. Jürgen HABERMAS analisou a questão quando defendeu sua tese sobre o que denominou uma mudança estrutural da esfera pública. Trabalho em que acaba por conceituar o Estado como “um poder público” que possui a tarefa de “promover o bem público”, “o bem comum de todos”. Nesse sentido, o autor mantém o aspecto mais importante da tradição weberiana (o poder – a coerção), mas afasta-se dela quando considera também os fins do Estado como um critério de sua identificação.³¹²

Ainda sob o mesmo foco, é preciso ressaltar que algumas teorias de grande sucesso em meados do século XX, como a de Giovanni GENTILLI, tiveram como inspiração o idealismo hegeliano, chegando ao absurdo de propor uma existência ética do Estado com um fundamento moral subjetivista (e religioso!); um “espírito do Estado” de manifestação unitária, cuja política é permeada por fatores exaltados como públicos e humanistas, quando na verdade retratam a total desconsideração procedimental e axiológica da democracia. Para esta doutrina, o indivíduo não existe de forma particular; ele existe apenas como uma fração indissociável da sociedade; é aí que está sua “realidade positiva e concreta”. E como quem diz “sociedade” diz “autoridade”, o Estado passa a ser entendido como um ente congregador da “*voluntad superior que disciplina las voluntades asociadas, unificándolas en una ley común*”.³¹³

Infelizmente, cabe reconhecer que algumas teorias de inspiração positivista (e idealista) que na sua origem relevam elevado espírito crítico, abandonando concepções exclusivamente metafísicas, economicistas e teológicas da vida, acabam influenciando, e em certa medida possibilitando, extrapolações com ela a princípio incompatíveis (em parte por uma influência mesclada com o contratualismo, em parte pela própria variante do objetivismo). As ideologias do Estado social típicas dos regimes autoritários de meados do século XX são triste exemplo desta radicalização.³¹⁴ Ao criticar a pretensa “igualdade dos homens”, defendendo a real existência de desigualdade, o positivismo acabou criando um espaço fértil para a

³¹² HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961, p. 14.

³¹³ PARGA, Manuel Jimenez de. **La teoría política de Giovanni Gentile**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1954, p. 10.

³¹⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia ...** Op. cit., p. 423.

sustentação de teses segregacionistas (como o próprio decisionismo nazista). A idéia de “organicidade” levou à de “especificação”, que levou paradoxalmente à de “hierarquização entre os homens”, ainda que no caso do positivismo, ele tenha na sua origem: a) temperado o individualismo e o liberalismo mediante a defesa da necessidade de proteção das partes mais fracas das relações jurídicas; b) reconhecido os sujeitos coletivos (como os sindicatos); e c) laicizado a idéia de família.³¹⁵

Mas não é só a partir do positivismo que se podem tecer algumas críticas à tentativa de legitimar a ação do Estado por intermédio do liberalismo. Ernst TUGENDHAT critica o papel do Estado na ótica liberal (com destaque a Locke e Rousseau). Ainda que o autor não se filie às críticas tradicionais (como a positivista, a marxista e a hegeliana) ou mesmo às atuais (como a comunitarista), propõe que o individualismo não toma em consideração os interesses de todos, pois necessariamente protege um grupo em detrimento dos demais. O contratualismo, assim, acaba sustentando-se a partir de um pressuposto equivocado em que haveria simetria entre os indivíduos, referindo-se, portanto, somente ao seu aspecto político e não ao social. Todavia, para ser analisado o sistema político, ele deve ser considerado também como um sistema social.³¹⁶

Importante, portanto, verificar estas diferentes noções sobre a idéia que pôde fazer o homem do Estado no decurso de sua história social. Trata-se não somente de um órgão institucionalizado, mas de um signo congregador de diferentes representações mentais segundo os grupos considerados. O Estado também é uma imagem do Estado. É um componente da própria sociedade civil que com ele traduz a expressão coletiva da vida social. Dessa forma, parece absolutamente inapropriada e insuficiente a idéia normalmente utilizada de Estado como sinônimo de sua personalidade.

Ou pior, do Estado identificado com seu aparelho, como na perspectiva marxista (e já bastante ultrapassada) de Louis ALTHUSSER que recorre a uma parcial consideração das variáveis para defender a determinação infra-estrutural (de base econômica) de toda a ordem jurídico-política. Ao contrário do que propôs o autor, o Estado não tem somente um sentido em função do seu poder (distinguindo-se apenas

³¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia ...* Op. cit., p. 424.

³¹⁶ TUGENDAHT, Ernst. *A controvérsia sobre os direitos humanos*. Op. cit., p. 15-19.

os aparelhos repressivos dos ideológicos).³¹⁷

A institucionalização pública de uma ordem jurídica de nível estatal é fruto direto da própria ordem social. Pode-se dizer, então, que a superestrutura (a política, o direito, a cultura) não se presta somente ao asseguramento da infra-estrutura (a economia). Há uma forte inter-relação de recíproca integração (mediante a interferência tanto de aspectos ideológicos como mentais, para muito além de uma mera consideração econômica ou institucional). Ou como preferiu definir George JELLINEK ainda nos primórdios do século XX: “*el Estado es una institución exclusivamente humana*”.³¹⁸

IV

A imbricação política e cultural entre o Estado e a sociedade civil

Em certa medida a visão que se tem do Estado e da sociedade civil depende mais da irracionalidade ética típica dos valores do que propriamente de uma decisão exclusivamente racional. Norberto BOBBIO visualiza dois tipos de concepções comumente identificáveis a respeito do Estado. Uma delas seria a “positiva”, que implica um olhar predispostamente favorável ao Estado, o que leva a uma tendência de fácil aceitação do aumento de sua interferência na sociedade. Seria o “*Eu zen*” (o *bonum vivere*) de Aristóteles, para quem a *polis* existe “para tornar possível uma vida feliz”. Hobbes, Spinoza, Rousseau e Hegel seriam exemplos de pensadores que prestigiaram o Estado como uma forma de controlar a inconciliabilidade de interesses sociais. Vincula-se a perspectiva positiva à idéia de uma “república ótima”. Ainda que se reconheça que o Estado é imperfeito, o fato é que ele certamente seria aperfeiçoável. Para esta visão o Estado jamais deve ser destruído, mas sim conduzido à plena realização de sua própria essência. Já a visão “negativa” é dividida em dois ramos: a concepção fraca e a concepção forte. A primeira toma o Estado como “um mal necessário”. Não propugna pelo fim do Estado, mas procura minimizá-lo ao subsidiariamente imprescindível, pois todo o prestígio e predominância deve ser conferido à sociedade ou ao indivíduo. Adam

³¹⁷ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Op. cit., p. 25 et seq.

³¹⁸ JELLINEK, George. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos. Montevideo: Julio César Faria Editor, 1954, p. 147.

Smith, Humbolt, Benjamim Constant e autores contemporâneos como Robert Nozick seriam exemplos desta linha; o pensamento católico também. A segunda entende o Estado como “um mal não necessário”, propugnando, então, pelo seu fim. Trata-se de uma perspectiva menos comum, porém presente em correntes de pensamento importantes como o estóico, o marxista e o inerente ao próprio anarquismo.³¹⁹

Por uma via paralela, a doutrina pragmatista construiu uma proposta de entendimento inter-relacionado (porque prático) entre o Estado e a sociedade civil. Por exemplo, John DEWEY, ao invés de estabelecer fixamente um “conceito” de sociedade, a entende como um processo que visa “estabelecer associações de modo que as experiências, emoções, idéias e valores sejam transmitidos e se tornem comuns”. Nesta perspectiva, o aspecto individual e o aspecto institucional estão condicionados por este processo social. Ou seja, o indivíduo, assim como o Estado, pertence a este “processo” denominado sociedade. E se “somente pela associação com os semelhantes é que ele se torna um centro consciente de experiências” isso passa a significar que seria um contrasenso ou um absurdo supor que “a liberdade signifique algo positivo com relação ao indivíduo, ao mesmo tempo em que alguma coisa negativa com referência aos interesses sociais”.³²⁰

Esta proposição pragmatista é importante e pode ser apropriada para outros contextos, pois conduz à idéia de que o Estado e a sociedade civil (mesmo se entendida na sua forma individualista) estão necessariamente imbricados. Não há uma racionalidade interna ao Estado que é separada daquela que o indivíduo vivencia socialmente. Até porque a própria sociedade é um processo em que estão inseridos o Estado (com seus específicos princípios fundantes) e o indivíduo (com seus particulares direitos fundamentais). Como diria Francisco Corrêa GUEDES: “Realidades há que não podem, em uma experiência mental, decompor duas sub-realidades mutuamente excludentes”.³²¹

Todavia, esta constatação é a todo tempo colocada a prova, pois há uma tendência moderna (e pós-moderna, mas por razões inversas) de valorizar os pontos de oposição, em detrimento dos pontos de convergência. Durante mais de dois séculos o

³¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade ...** Op. cit., p. 126-127.

³²⁰ DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958, p. 201.

³²¹ GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei: economistas, políticos e o Estado do mundo**. Lisboa: Bertrand, 1991, p. 20.

Estado foi o ente controlador que desconsiderava a individualidade (o Estado policial). Logo após, tem-se um século de abstenção (o Estado guardião). Norberto BOBBIO identifica tais alterações como ciclos em que se alternam os primados: 1. “do privado”, decorrente da recepção do Direito romano no ocidente, em que o foco é a valorização da família, da propriedade, do contrato e do testamento, tomando-se como fundamento ético estrutural a autonomia individual; e 2. “do público”, quando se recupera a liberdade dos antigos mediante o predomínio do interesse coletivo a partir de uma fundamentação ética legalista centrada no Estado.³²²

Atualmente, é o Estado que está desvalorizado na medida em que, cada vez mais, é recuperado o prestígio do indivíduo. Renato Janine RIBEIRO aponta que hoje há uma curiosa oposição entre as palavras “sociedade” e “social”. A sociedade é ativa, “sabe o que quer” (quer funcionar sem a tutela constante do Estado). “A economia é séria e moderna; o social, perdulário e arcaico.”³²³ O social sempre se refere ao carente, já a sociedade é símbolo do eficiente. Assuntos como saúde e educação são remetidos à carência, à passividade e à forma que eles são tratados sempre paira uma sombra de fisiologismo e clientelismo,³²⁴ como se estes fenômenos não ocorressem nas demais relações econômicas produtivas em geral (que não são “sociais”). Há uma clara imagem favorável e otimista com relação ao econômico, ao contrário da imagem pessimista e desfavorável a tudo o que seja institucionalmente social, ainda mais se originário do Estado. O desenvolvimento e a consolidação desta mentalidade têm natureza complexa, seja porque há influência da mentalidade constituída historicamente, seja porque existe uma permanente interferência do próprio cerne do sistema capitalista e do seu mecanismo de sobrevivência alternada entre mais Estado e menos Estado.

Mas o fato é que faltam fundamentos reais para a sustentação deste imaginário (que é tão visível na mídia e fortemente presente em visões conservadoras tanto de direita quanto de esquerda). A história tem demonstrado a importância da intervenção dos poderes públicos na economia, garantindo a liberdade (embora nem sempre tão ampla), a propriedade (ainda que relativizada) e promovendo a igualdade (por vezes formal, por vezes material); elementos necessários para a adequada auto-

³²² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade ...** Op. cit., p. 21 et seq.

³²³ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social ...** Op. cit., p. 19 e 21.

³²⁴ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social ...** Op. cit., p. 23.

proteção do sistema.³²⁵ Como apontam Ernesto LACLAU e Chantal MOUFFE o Estado teve um papel importante no caso da luta feminista, fazendo avançar, contra a sociedade civil, uma legislação anti-sexista. Em vários países subdesenvolvidos, observa-se que o incremento das funções do Estado foi fundamental para contrapor as formas extremas de exploração oligárquica.³²⁶ Observe-se que a manifestação pura da ordem capitalista na presença do Estado foi bastante atenuada em face da competição ideológica presente no século XX. Contudo, no século XXI, sem concorrência, os benefícios gerados pelo Estado não se sustentam na lógica capitalista devido à sua ânsia pelo acúmulo de capital – ansiedade esta que não decorre exclusivamente de leis econômicas abstratas, mas sim de uma mentalidade já essencialmente capitalista, típica do século anterior. Neste contexto, observa-se o grau de relevância dos aspectos meta-econômicos na definição da relação entre Estado e sociedade civil.

George JELLINEK já havia compreendido, mesmo inserido na mentalidade típica do século XIX, que o Estado *“no solo es influído por las demás relaciones sociales, sino que a su vez influye sobre ellas, determinándolas”*. Interessante ainda que o autor, muito adequadamente, distingue nesta relação os efeitos *“conscientes”* ou *“intencionais”* daqueles *“inconscientes”*, conferindo a estes um poder de interferência potencialmente maior.³²⁷ A afirmativa gerencial-liberal de que o Estado pertence a uma racionalidade própria, sistemicamente independente, conduz a uma falsa percepção da realidade não só de países como os Estados Unidos, a França ou a Alemanha, mas da própria história brasileira, caracterizada, por exemplo, pelo patrimonialismo, pelo clientelismo e pelo mandonismo.³²⁸ É realmente paradoxal imaginar que poderia ser promovido um combate aos vícios históricos enraizados na atividade estatal brasileira por intermédio da mera desestatização destas atividades, como comumente propugnado. É como se o patrimonialismo não fosse um fenômeno social, mas somente uma consequência da racionalidade interna do Estado, o que é um erro típico de um pensamento de caráter mais teórico-econômico do que histórico-cultural. Não há como imaginar virtudes e defeitos do Estado sem que ele seja inserido como um dos

³²⁵ PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 39.

³²⁶ LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia**. Version española de Ernesto Laclau. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004, p. 226.

³²⁷ JELLINEK, George. **Teoría general del Estado**. Op. cit., p. 191.

³²⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo, coronelismo, clientelismo ...** Op. cit., p. 229-250.

elementos da sociedade civil, bem como não é possível ignorar que o Estado interfere de forma decisiva nos rumos da realidade social. Mas esta constatação não significa que o Estado é uma entidade indistinta à sociedade civil e nem que é uma simples macro-analogia da estrutura familiar. O Estado não se identifica à mera soma das vontades particulares. A tradição positivista típica do século XIX pressupunha, em certa medida, que o Estado era um descendente direto da família. Sob o ponto de vista institucional tratam-se de entidades diferenciadas, ainda que se constituam como reflexo da mesma mentalidade, pois ambos apresentam uma composição humana inafastável.

Mesmo na visão liberal de KANT, que tende a separar de forma radical a sociedade civil do Estado, há o reconhecimento de que na esfera social há um perene conflito. O pensador chama o fenômeno de “sociedade insociável”, ou seja, há uma forte tendência do homem entrar em sociedade; por outro lado, há uma resistência universal que pende para o isolamento, pois o homem “quer tudo ao seu gosto”. Neste contexto, encontra resistências de todos os lados, em face dos outros gostos.³²⁹ Embora seja relevante como teoria crítica, uma adequada proposta republicana contemporânea de valorização do dissenso não poderia ser respaldada por esta fundamentação kantiana de que para a espécie é melhor o conflito. O pano de fundo de Kant é uma teoria moral, típica do período liberal clássico e que não combina com uma visão contemporânea e “socializadora” das relações humanas (baseadas muito mais na “cultura” do que na “natureza dos homens”).

A mentalidade pós-moderna (inerente à visão liberal da direita e compatível com certas visões da própria esquerda socialista) recusa a idéia de que a sociedade civil, em que pese os seus aspectos estruturais, é permeada por contradições; não é o espaço homogêneo, como propugnam os projetos de reforma do Estado tipicamente gerenciais. A visão preponderante é aquela que ressalta o antagonismo entre o Estado e a sociedade civil a partir da idéia que o Estado é a encarnação de toda forma de dominação. John KEANE é exemplo de autor pragmatista de esquerda que desconfia da “ficção da primazia das instituições estatais”; desse modo, o autor concorda e defende que “as instituições sociais, como os mercados, as esferas públicas e as associações voluntárias que se encontram fora do controle direto do Estado” sejam

³²⁹ “O homem quer concórdia; mas a natureza sabe melhor o que é bom para sua espécie, e ela quer discórdia. Ele quer viver comodamente e na satisfação; a natureza, porém quer que ele saia da indolência e da satisfação ociosa.” KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 25.

consideradas positivas (benfazejas).³³⁰ Não se discorda da conclusão de KEANE: “onde não há sociedade civil, não pode haver cidadãos com capacidade para escolher as suas identidades, os seus direitos e os seus deveres, num determinado quadro político-legal”.³³¹ Mas ainda que este seja um pressuposto, por certo que não é uma condição resolutiva. Hoje em dia pensar uma sociedade civil avessa ao Estado ou a ele substituta é, isso sim, uma ficção de mau gosto. Ademais, outro erro que deve ser evitado é o de confundir o precípua papel da sociedade civil como espaço político com o de um mero setor prestador de serviços cujo desígnio é o de salvar o indivíduo e o mercado da ineficiência administrativa do Estado. Este equívoco, ao contrário da intenção originária inerente à proposta de reforço à constituição de uma “sociedade civil real”, conduz ao desenvolvimento de uma “sociedade civil simbólica”, que passa a ser forjada e defendida tanto pelo próprio Estado quanto pela mídia, como um estágio de superação do Estado social. Este fenômeno não colabora em nada com o equilíbrio institucional e à incrementação cultural da cidadania.

Como advertem MOUFFE e LACLAU “*es claro que la sociedad civil también es la sede de numerosas relaciones de opresión y, por consiguiente, de antagonismos y luchas democráticas*”. O Estado, por sua vez, tampouco é um espaço homogêneo, como se “*separado por un foso de la sociedad civil, sino un conjunto díspar de ramas y funciones sólo relativamente integrado por las prácticas hegemónicas que tienen lugar en su interior*”. E sendo assim, o Estado também pode ser a sede de antagonismos essencialmente democráticos.³³²

Se por um lado o Estado moderno pode ser considerado em várias situações “pouco civilizado”, tendo funcionado como um instrumento de dominação e opressão, além de possuir condições de destruição do ser humano sem precedentes, por outro lado, deve ser reconhecido que “todas as formas conhecidas da sociedade civil são afetadas por fontes endógenas de incivilidade”. Ou seja, como reconhece KEANE, “a sociedade civil sempre é ao mesmo tempo incivil”.³³³ O Estado, enquanto instituição social e humana, não poderia ser diferente. Por este motivo é que se torna objeto de uma luta permanente a realização de uma sociedade civil como instância ativa, ou seja, que comina a exigência de uma “pessoa civil”, cuja civilidade não pode ser confundida

³³⁰ KEANE, John. **A sociedade civil ...** Op. cit., p. 49.

³³¹ KEANE, John. **A sociedade civil ...** Op. cit., p. 135.

³³² LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia y estrategia socialista ...** Op. cit., p. 225 e 226.

³³³ KEANE, John. **A sociedade civil ...** Op. cit., p. 145-158.

com a de uma “moralidade subjetiva”, tipicamente arbitrária, não raro presente na visão de alguns indivíduos que se julgam detentores de “melhores hábitos” ou “bons costumes”. Indivíduos estes que, também não raramente, são os detentores do Poder Público. Este tipo de “consciência moral” subjetiva é o fator em regra escondido (mas às vezes explícito) que propicia a deturpação das ações seja do Estado, seja da sociedade, no sentido de um recuo no seu processo de amadurecimento republicano e democrático. A inibição deste tipo de ação política viciada é condição da existência do próprio espaço político, esteja ele localizado no contexto do Estado ou no que se entender por uma sociedade civil. O papel do Estado nesta “inibição” é estratégico, devido ao caráter ampliado de sua responsabilidade, na medida em que é institucionalizada por um sistema de superior relevo: o sistema constitucional, que define, de forma positiva, os termos de sua essência e existência. Relação normativa esta impossível de ser estabelecida com a sociedade civil, por essência uma estrutura inerente à esfera do ser.

Estas razões apontam para a necessidade de entender o Estado como uma entidade que não está fora da sociedade, como se fosse um alienígena, mas é produto e reflexo desta mesma sociedade. O novo padrão emergente esquece-se da perspectiva de totalidade do fenômeno social e de que o Estado pertence a este fenômeno. Mais que isso, não parece reconhecer de forma adequada a fluidez da relação política de representação e seu caráter intrinsecamente híbrido, de “imbricação recíproca”. A condição ideal de uma boa representação é, segundo Ernesto LACLAU, que o representante transmita de forma perfeita a vontade dos representados, ou seja, a vontade política deve caminhar em uma mesma direção. Ademais, a transparência da representação fica ameaçada se a vontade do representante começar a afetar a dos representados (embora isso fatalmente aconteça, o que faz a atuação dos representantes acabar suplementando a identidade do representado, nestes termos nunca sendo neutra ou “pura”).³³⁴

Há um caráter híbrido na relação de representação. Mas por que isso é importante? Porque muitas possibilidades que são internas à lógica da representação acabaram sendo consideradas, equivocadamente, “perversões” do sistema. Contudo, isso não é sempre assim. Certamente há países subdesenvolvidos em que a sociedade

³³⁴ LACLAU, Ernesto. Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia. In: MOUFFE, Chantal (Com.). **Desconstrucción y pragmatismo**. Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 101.

civil está com sua identidade destruída. E não se ignora também que “o desenvolvimento do indivíduo e o desenvolvimento da sociedade são, por consequência, simultâneos e solidários, tanto mais intimamente quanto mais avançadas sejam essas sociedades”.³³⁵ Portanto, em um ambiente republicano precário é difícil constituir um interesse público (uma vontade a ser representada), o que torna importante a atuação do representante no sentido de proporcionar à sociedade uma linguagem construtiva da sua identidade. Aí está um exemplo da importância do papel ativo dos representantes (ou papel reconstrutivo).³³⁶

Mas isso não quer dizer que tudo o que seja logicamente possível consista em uma possibilidade real (há dependência em relação ao contexto histórico). O importante é não confundir uma limitação histórica com uma limitação lógica. Na realidade política, esta desconstrução torna possível aproximar os limites históricos e lógicos (reinserindo os casos de aparente desvio). Isso caracteriza certo horizonte transcendental da política – um constante renovar, ainda que não seja possível ignorar o fato de ser, teoricamente, mais fácil a promoção de alterações estruturais nos efeitos culturais incidentes sobre as instituições do que a realização de mudanças do padrão cultural social geral, ou mesmo da mentalidade que lhe fornece substrato.

³³⁵GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei ...** Op. cit., p. 21.³³⁶LACLAU, Ernesto. **Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia.** Op. cit., p. 103.

TERCEIRA PROPOSIÇÃO

É uma ilusão a assertiva de que a sociedade civil é, a priori, boa prestadora de serviços, em razão do que a contemporaneidade vivencia um verdadeiro “mito do terceiro setor”.

Observa-se no final da década de 1970 um ressurgimento da sociedade civil brasileira, primordialmente em decorrência da ampliação dos espaços de luta política travada em prol da liberdade, da democracia e dos direitos sociais do cidadão. Com o fim da ditadura observa-se o início de um processo de construção da democracia e da cidadania ou, como sugere Evelina DAGNINO, de sua “efetiva fundação”, com a crescente organização dos movimentos sociais.³³⁷ De forma concomitante, no plano internacional, também ocorre a ampliação da atuação de entidades não-governamentais na defesa de interesses coletivos ou difusos. Apesar de já na década de 80 existirem vários movimentos de caráter social (em defesa da democracia substantiva e da reestruturação do Estado), somente em 1993 é editada uma legislação infraconstitucional para atender parte destes setores em ascensão (a LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social).³³⁸

É na década de 90 que, de forma marcante, o assunto entra na pauta dos governos, da mídia e da sociedade em geral, sob a alcunha “terceiro setor”. O interessante é que esta centralidade na atenção conferida a estes novos atores do cenário geopolítico não decorre especificamente da conjuntura sócio-cultural do final do século XX, de grande revalorização da democracia, mas sim, e paradoxalmente, da vitória ideológica do neoliberalismo como corrente doutrinária disseminada nos projetos de reforma do Estado característicos do período.³³⁹ O reconhecimento jurídico

³³⁷ DAGNINO, Evelina. Sociedade civil e espaços públicos no Brasil. In: _____. (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 9.

³³⁸ Lei Federal 8.742/1993. Sobre o assunto, ver: RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. A política de assistência social: uma análise à luz da democratização da gestão. **Serviço Social em Revista**. Londrina, v. 4, n° 1, jan./jun. 2002.

³³⁹ SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, passim.

deste espaço interno à sociedade civil ocorre em um momento de pouca força dos movimentos sociais. O resultado acaba sendo, então, a manutenção do conteúdo privatista e voluntarista da política de assistência social, com uso clientelista dos serviços, na forma do modelo autoritário precedente. O sucesso ideológico do neoliberalismo de então, bem como a ausência de uma base social verdadeiramente articulada em torno de suas reivindicações, faz com que a assistência social (e outros setores que passaram a se chamar públicos, porém não estatais) não seja tomada como uma “política de desenvolvimento”, mas como um conjunto tópico de medidas paliativas e compensatórias.³⁴⁰

No Brasil, assim como em vários outros Estados caracteristicamente interventores, observou-se nas duas últimas décadas do século XX um processo de reforma do Estado, com claro viés liberalizante, desestatizante e flexibilizador, ainda que com nuances bastante diferenciadas em cada local. A proposta de que seria interessante o repasse de atividades tidas como não exclusivas de Estado para a execução direta da sociedade civil organizada ganha força e torna-se hegemônica, conferindo legitimidade às reformas estruturais preconizadas. As novas idéias propugnam por um retorno ao passado, com devolução aos indivíduos de um papel protagonista na condução do seu destino. Trata-se de uma nova moralidade, refratária ao que se denomina de “apatia social” (um fenômeno decorrente da acomodação gerada pela intervenção do Estado na esfera privada).

Inicialmente, as reformas tinham como foco prioritário não os serviços sociais, mas sim os serviços públicos privativos³⁴¹ (como, por exemplo, as telecomunicações, energia e transporte) ou, ainda mais profundamente, direcionavam-se às atividades econômicas em sentido estrito exploradas diretamente pelo Estado. Neste caso, a maléfica atuação do Estado devia ser substituída pela benéfica ação espontânea do mercado. A prioridade destas áreas decorre da viabilidade de privatização com incremento da participação do capital estrangeiro na economia nacional e, principalmente, com possibilidade de elevada arrecadação financeira

³⁴⁰ RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A política de assistência social ...** Op. cit., p. 02.

³⁴¹ Com relação a este raciocínio adota-se a diferenciação de Carlos Ari Sundfeld entre serviço público (de titularidade estatal) e serviço social (sem titularidade estatal). Sobre o assunto ver: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. A distinção também é ressaltada por Eros Roberto GRAU, que, todavia, prefere a denominação “serviços públicos não privativos do Estado” para os serviços sociais. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

advinda da venda do patrimônio estatal correlato aos serviços (valores estes necessários à amortização da dívida externa). Passada mais de uma década do desenvolvimento dos programas de desestatização (com o efetivo alcance das finalidades da privatização no tocante às atividades exclusivas), o Estado passa a tomar os serviços sociais como questão central para a continuidade deste processo de reforma rumo ao mercado e ao indivíduo. Para tanto, apóia-se em variadas ideologias liberais e pós-marxistas, bem como em uma mentalidade popular francamente favorável às mudanças modernizadoras. Vários questionamentos emergem deste novo ideário: o indivíduo detinha alguma responsabilidade antes do Estado social, para que ele a pudesse ter perdido? Se não, o que está sendo “devolvido”? Se possuía, por que o Estado precisa dedicar tanta energia na promoção do terceiro setor?

Uma das respostas explicaria que esta é justamente uma atuação indevida, pois o terceiro setor deve caminhar com seus próprios meios, devendo o Estado cuidar do que lhe é peculiar. Mas em geral, as soluções são bem mais complexas, exigindo mais do que uma avaliação científica, uma opção ética. O modelo do Estado social fez a sua escolha ao assumir a responsabilidade. E, aliás, realmente a experiência não parece demonstrar que nos Estados onde ele tenha se realizado mais intensamente, tenha havido ampliação da apatia ou irresponsabilidade social. Neste contexto, ao invés de respostas, apresenta-se uma nova dúvida: com a pretensa restrição orgânica do Estado social, irá o indivíduo se responsabilizar? E mais do que isso, tem condições de fazê-lo? E se o fizer, isso promove realmente a constituição de um verdadeiro espaço público?³⁴²

I

A reforma gerencial no Brasil e as políticas de descentralização

As idéias que foram implementadas na última década do século XX no Brasil foram elaboradas pelo extinto Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado, por intermédio da elaboração do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do

³⁴² Estes argumentos e os questionamentos apontados, referentes à responsabilização do indivíduo no Estado social, foram desenvolvidos originariamente no trabalho publicado sob o título Eficiência e legitimidade do Estado. Cf.: GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003, p. 167 et seq.

Estado de 1995,³⁴³ que estabeleceu uma estrutura organizacional pretensamente “modernizadora” para o país, baseada na delimitação de setores, na definição de objetivos, na elaboração de uma estratégia de transição e na firmação de projetos específicos. A reforma gerencial almejada propugnava por uma Administração Pública voltada para o “cidadão-cliente” ou “cidadão-usuário”, com vistas à melhoria da governança do Estado. Pretendia-se, portanto, mais do que uma evolução *para a* democracia, uma verdadeira reforma *na* própria democracia.³⁴⁴

Com este intento, os setores a serem criados seriam quatro: núcleo estratégico (que corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público, além de parte do Poder Executivo relativa aos ministros e seus auxiliares - aqueles responsáveis pela formulação de políticas públicas), de atividades exclusivas, de serviços não exclusivos, e de produção de bens e serviços para o mercado.³⁴⁵ O objetivo central do núcleo estratégico é o gerenciamento da desburocratização, mediante a promoção e supervisão do processo de modernização; o das atividades exclusivas é substituir a administração burocrática pela gerencial, através da adoção de controles *a posteriori* (serviços públicos como telecomunicações, energia e transporte);³⁴⁶ a finalidade principal atribuída aos serviços não-exclusivos do Estado é sua “publicização” (ou seja, desestatização com parcial manutenção do financiamento público - escolas, hospitais, centros de pesquisa, creches, museus). E, finalmente, para o setor de produção de bens para o mercado, o objetivo fundamental é a privatização em sentido estrito (minérios, instituições financeiras).

As orientações principais do novo modelo dividiam-se em três focos: a) técnico, com vistas ao controle prioritariamente de resultados da atividade administrativa - com inspiração no modelo australiano; b) econômico, mediante o fomento de um controle por competição administrada nos serviços públicos (de inspiração na Nova Zelândia), além do incremento na contratualização interna do Estado, no *downsizing* (redução geral da folha de pagamento), no *empowerment*

³⁴³ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi aprovado pela Câmara de Reforma do Estado em sua reunião do dia 21 de setembro de 1995, sendo posteriormente submetido e também aprovado pelo Presidente da República.

³⁴⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 109-112.

³⁴⁵ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República; Câmara da Reforma do Estado, 1995, p. 52.

³⁴⁶ Sobre o complexo sistema de controles proposto pelo gerencialismo, ver: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

(fortalecimento da autonomia de gestão) e na implantação dos programas de reengenharia por qualidade total); c) político, focalizando o controle social e a estimulação da participação dos cidadãos no exercício da atuação estatal e paraestatal.³⁴⁷

A definição de objetivos se dá justamente em função da divisão setorial, além da adoção de metas globais, que são a descentralização (fundada no princípio da subsidiariedade), o aumento da efetividade do governo na implantação de políticas públicas (princípio da eficiência) e a imposição de limites à ação estatal nas funções que não lhe forem próprias (reservam-se os serviços ditos não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal e a produção de bens e serviços ao mercado para a iniciativa privada).³⁴⁸

A estratégia de transição aloca-se em três dimensões complementares: a institucional-legal (reforma do sistema jurídico, constitucional e infraconstitucional); a cultural (transição da cultura burocrática para a gerencial); e a de gestão (modernização da estrutura e da atividade mediante a adoção dos novos métodos a partir de diretrizes e objetivos).³⁴⁹ Como a modificação da estrutura de gestão é a peça mais importante na transformação do modelo burocrático para o gerencial, torna-se necessária a previsão de uma série de projetos específicos. Os principais eram: de avaliação estrutural (destinada a analisar de forma global a organização do Estado); de criação de agências autônomas (partindo-se da transformação das autarquias e fundações que exerçam atividades exclusivas de Estado); e de instituição de um programa de publicização, especialmente através das organizações sociais (que são entidades de direito privado que obtêm autorização para celebrar contrato de gestão a fim de conquistar direito ao financiamento público);³⁵⁰ posteriormente, também pelas organizações da sociedade civil de interesse público e entes afins (organizações de serviço público não-estatal).³⁵¹

Saliente-se que este programa de publicização, de acordo com a sistemática da reforma, não se restringe a uma simples alteração de cunho formal-institucional, mas compreende, sobretudo, uma alteração da cultura ou do próprio

³⁴⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 115.

³⁴⁸ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Op. cit., p. 56 et seq.

³⁴⁹ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Op. cit., p. 60 et seq.

³⁵⁰ Esta descrição trata-se de versão adaptada do resumo do Plano Diretor elaborado para trabalho publicado sob o título: Princípio constitucional da eficiência administrativa. Cf.: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 56-57.

³⁵¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 236.

“entendimento” a respeito da prestação dos serviços sociais no Brasil, ou seja, pretende atingir de forma “irreversível” a esfera das mentalidades.³⁵² Dentro dos pontos atacados está a proclamada “administração unilateral”, que seria uma reminiscência das “origens autoritárias” do Direito administrativo e, portanto, herdeira de um momento arbitrário não mais compatível com os novos tempos em que um dos principais paradigmas é o fortalecimento da negociação por via de acordos orientados por um modelo multipolar. Tendência internacional esta, comenta Antonello TARZIA, que decorre de um *“pontente replanteamiento de una lex mercatoria por la que el contrato tiende más y más a substituir-se a la ley y pone cada vez más difícil la individuación de la producción normativa de derecho público”*.³⁵³ Nas palavras de Gustavo H. Justino de OLIVEIRA: surge uma “nova contratualização administrativa” (caracterizada pela ampliação da paridade entre a Administração e o particular).³⁵⁴ Contratualização esta que não se reporta apenas à relação entre o Poder Público e os sujeitos privados, mas renova a própria visão a respeito do vínculo funcional entre o Estado e seus agentes.³⁵⁵

Este padrão emergente de intervenção social, apoiado na ascensão da mentalidade pós-moderna, apresentou-se como salto qualitativo em termos de estrutura e gestão, em comparação à proclamada “rigidez obsoleta” do regime jurídico administrativo característico da burocracia.³⁵⁶ O modelo burocrático é essencialmente meta-pragmático, propugnando pela adoção da impessoalidade como princípio fundamental, pela separação do patrimônio público do privado e pela dissociação entre esfera política e administrativa. Para o atingimento de tais pressupostos, caracteriza-se pela centralização das decisões, pela manutenção da hierarquia e unidade de comando, além de certa rigidez nas rotinas e procedimentos (cujo controle seria extensivo). Por estes motivos, foi taxado de um “regime de desconfiança” por Bresser PEREIRA, que passou a defender uma nova sistemática, fundada na confiança e no controle *a posteriori* – de resultados.³⁵⁷ Neste modelo alternativo, fundado no princípio da subsidiariedade, o Estado passa a ser um ente responsável prioritariamente pela atuação por via do

³⁵² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 236.

³⁵³ TARZIA, Antonello. La eficiencia económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional? Perspectivas del derecho italiano y europeo. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, nº 31, jan./mar., 2008, p. 11.

³⁵⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 576.

³⁵⁵ Sobre o assunto ver: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, passim.

³⁵⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 272.

³⁵⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. Op. cit., p. 271.

fomento e dentro de limites de razoabilidade e excepcionalidade. Para tanto, deve desregulamentar e conceder incentivos fiscais e isenções. A garantia preconizada deve ser somente de “igualdade de chances” entre os indivíduos.³⁵⁸ Segundo Fabrício MOTTA, é interessante notar um ponto específico deste processo de reforma, que é o “reconhecimento de novas fontes estatais e extra-estatais de normatividade”. Isso dentro de um novo contexto do Direito administrativo, que se caracteriza pela ampliação do “Estado Regulador” e pelo protagonismo do Poder Executivo.³⁵⁹

A reforma preconizada, embora tenha como foco o âmbito estrutural do Estado (seu aparelho), também possui referibilidade inafastável ao campo político. Propugna, como não poderia deixar de ser, pela configuração de um novo entendimento a respeito da própria democracia.³⁶⁰ Segundo Cabral de MONCADA a subsidiariedade estabelece um critério de preferência para a democracia direta em face da representativa.³⁶¹ No mesmo sentido, Carlo MARZUOLI propõe que particularmente a subsidiariedade horizontal altera as estruturas da democracia, focando o papel próprio dos cidadãos como tais. Passa-se de um modelo da democracia representativa para um modelo de primazia da liberdade e autonomia da sociedade.³⁶² Finalmente, Jaime Rodriguez ARANA-MUÑOZ assevera que o princípio da subsidiariedade está intimamente ligado ao Estado social e democrático de Direito mediante a imposição de uma exigência de eficiente aplicação das ações estatais.³⁶³

Entretanto, esta orientação não é pacífica. A dificuldade de enquadramento do critério de subsidiariedade na sistemática democrática é grande. Na Alemanha este assunto já é tratado há bastante tempo. Para vários autores germânicos (como R. Herzog, em sua obra *Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung der Staat*) o critério constitucional de subsidiariedade consiste em alternativa dicotômica ao democrático. Na medida em que é expresso o reconhecimento do princípio da democracia no sistema constitucional alemão, então esta pretensa norma (a

³⁵⁸ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 129-136.

³⁵⁹ MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 51-52.

³⁶⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 236.

³⁶¹ MONCADA, Luis Cabral de. A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Op. cit., p. 37.

³⁶² MARZUOLI, Carlo. Sussidiarietà e libertà. **Rivista di Diritto Privato**. Milanofiori, n° 1, 2005, p. 81.

³⁶³ ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Subsidiariedad. Madrid: **La Ley – Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudência y Bibliografía**, n° 9, 2000, p. 1343.

subsidiariedade) não seria adotada, nem implicitamente (nos termos em que defende boa parte da doutrina).³⁶⁴ Como propõe Alessandra ALBANESE, ainda que os sujeitos privados possam satisfazer os interesses públicos, coloca-se sempre um “problema de adequação”, que não consegue ser resolvido apenas pelo critério de eficiência. Só os entes públicos possuem legitimação democrática qualificada e idônea para a realização de um projeto de transformação social e de mediação dos conflitos.³⁶⁵ Isto quer dizer que os requisitos intrínsecos ao princípio da subsidiariedade não combinam com aqueles inerentes ao princípio democrático. Tese esta minoritária, pois em regra tem prevalecido, no Brasil e na Europa, posições como a de Annalisa GUALDANI, para quem o princípio da subsidiariedade representa um *Leitmotiv* que harmoniza a relação entre os sujeitos públicos e privados a partir da construção de uma nova forma de cidadania cuja novidade está justamente na inversão de titularidade promovida pelo novo critério, que prevê o desenvolvimento das atividades de interesse geral não mais tendo-se a administração pública no centro do sistema, mas os cidadãos *uti singuli* e de forma associada.³⁶⁶

Uma das tendências ligadas ao projeto de reforma gerencial-liberal é justamente a valorização de uma maneira de trato com a gestão pública que passou a ser denominada de “governança”. Substituindo-se a expressão comum “governo” por um eufemismo que lhe pudesse extrair a conotação “autoritária” que lhe seria tão característica, começou-se a elaborar toda uma teoria no entorno da noção. Na Europa o termo obteve tanto sucesso na comunidade política e acadêmica que foi instituído em 2001 um documento intitulado “Governança Européia: um Livro Branco”.³⁶⁷ O

³⁶⁴ Teria asseverado o pensador alemão: “seria preciso escolher entre uma Constituição democrática e uma Constituição respeitadora do princípio da subsidiariedade.” Esta citação e a análise da doutrina alemã a respeito do assunto são realizadas por: MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 83. Segundo Vital Moreira “a doutrina alemã se pronuncia em geral contra a consagração constitucional do princípio da subsidiariedade na *Grundgesetz*”. E cita como exemplos: Ehlers (1984), Hendler (1984), Herzog (1987), E. Klein (1974), Mronz (1973), Scheuner (1954 e 67), Stober (1989 e 93), Thieme (1962). Cf.: MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Op. cit., p. 250.

³⁶⁵ ALBANESE, Alessandra. Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici. **Rivista Diritto Pubblico**. Bologna, n° 1, jan./abr., p. 82.

³⁶⁶ GUALDANI, Annalisa. **I servizi sociali tra universalismo e seletività**. Milano: Giufrè, 2007, p. 216.

³⁶⁷ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Governança Européia: Um livro branco**. Bruxelas, 25.7.2001 – COM(2001) 428 final. “Os Livros Brancos publicados pela Comissão são documentos que contêm propostas de ação comunitária em domínios específicos. Surgem, por vezes, na seqüência de Livros Verdes, cuja finalidade consiste em lançar um processo de consulta a nível europeu. Quando o Conselho dispensa acolhimento favorável a um Livro Branco, este pode dar origem a um programa de ação da União Européia no domínio em causa. (...) Os Livros Verdes são documentos publicados pela Comissão Européia destinados a promover uma reflexão a nível europeu sobre um assunto específico. Convidam, assim, as partes interessadas (organismos e particulares) a participar num processo de consulta e debate, com base nas propostas que apresentam. Os Livros

conteúdo do livro tem referibilidade a problemas tipicamente europeus como: a necessidade de uma maior participação e abertura do processo de decisão europeia; a adoção de melhores políticas, regulamentação e resultados do processo legislativo comunitário; e a redefinição das atribuições das instituições. Contudo, contempla também a meta de disseminar as “novas idéias de boa administração” para o resto do mundo. Tanto é assim que um dos seus focos é justamente instituir um projeto de “governança global”, ultrapassando-se as barreiras da Europa na tentativa de reforçar a eficácia das instituições internacionais e estrangeiras (tanto públicas como privadas).³⁶⁸ No Brasil, a idéia de “governança” obteve pouco impacto no universo jurídico, restando mais relevante para os administradores e economistas. Desenvolve-se renovada, porém, a noção de “boa administração”, típica da doutrina italiana e cada vez mais estudada como um efetivo princípio da Administração Pública, além de constituir um direito fundamental da mais elevada relevância, como defende Juarez FREITAS.³⁶⁹

As idéias inerentes à governança vêm sendo recebidas com certo entusiasmo principalmente pelos atores ligados às entidades públicas não-governamentais e propriamente privadas (do mercado). Tanto é assim que surgiu até mesmo um “Instituto Brasileiro de Governança Corporativa”, cuja finalidade é defender postulados que possam “aumentar o valor da sociedade, facilitar o seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade”.³⁷⁰ Procura-se ampliar os meios de interlocução e administração dos jogos de interesses sociais. Segundo Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA “um dos gargalos na condução das políticas estatais está relacionado ao fraco desempenho do Governo quanto à consecução das metas coletivas”. E a resposta para este problema passaria pela ampliação da participação da sociedade civil por intermédio de mais negociações, acordos e contratos, o que prestigiaria a visão de um “Estado mediador” em detrimento do tradicional “Estado impositor”.³⁷¹

Verdes podem, por vezes, constituir o ponto de partida para desenvolvimentos legislativos que são, então, expostos nos Livros Brancos.” Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/glossary/green_paper_pt.htm> Acesso em: 13 nov. 2008.

³⁶⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Governança Europeia ...** Op. cit.

³⁶⁹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁷⁰ A descrição é de Justino de Oliveira. Cf.: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de gestão.** São Paulo: RT, 2008, p. 26.

³⁷¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de gestão.** Op. cit., p. 27-28.

Embora aparentemente a idéia de governança seja uma só, o fato é que a realidade europeia é muitíssimo distinta dos países em desenvolvimento como o Brasil. Para a União Europeia, a governança designa especificamente um “conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia”.³⁷² Ou seja, trata-se de um mecanismo voltado prioritariamente ao primeiro setor, mediante um reforço político (muito mais que administrativo) de estruturação em termos de *accountability*. De forma diversa, no Brasil a idéia de governança vem sendo o lema daqueles que querem justamente desprestigiar as formas de atuação do Estado rumo à ampliação do setor privado (ainda que público não-estatal).

E sendo assim, o foco da governança torna-se essencialmente administrativo (na prestação de serviços) e não na participação dentro do processo político de decisão a respeito do exercício da função administrativa. Esta situação acaba por alterar, para pior, o já retórico discurso da governança (que é mais simbólico do que real), pois do ponto de vista ontológico não inova em nada (ou muito pouco) nos métodos tradicionais da democracia do Estado de bem-estar social. Trata-se de um discurso construído fundamentalmente como decorrência da perene dificuldade prática dos governos dos Estados desenvolvidos e em desenvolvimento (ainda que por motivos radicalmente diversos) de propiciar a proclamada participação efetiva dos cidadãos no exercício do poder. Isso não significa que o discurso é inútil, pois a carência de realização prática de uma postura estatal mais próxima dos indivíduos justifica plenamente a ênfase em novas tentativas de realização democrática.

Por outro lado, esta “nova ideologia” também não pode ser considerada como uma grande inovação pós-social. Não é. E o fato de ser preciso uma maior abertura e transparência das ações do Estado nada tem a ver com a delegação de atividades que lhe são típicas. São situações diversas que em face da influência da doutrina liberal típica do final do século XX foram misturadas em Estados cuja prestação de serviços por parte do Estado carecia (e ainda carece) de eficiência e legitimidade. Portanto, discorda-se de Justino de Oliveira na ênfase que o autor confere ao papel de mediador do Estado. Em uma região como a Europa talvez este papel lhe

³⁷²COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Governança Europeia ...** Op. cit.

caiba bem, pois lá já é possível ser ao menos cogitada a necessidade de um Estado pós-social mediador (mesmo que não se saiba exatamente o que isso signifique). Em países como o Brasil, em que a realização de um satisfatório estágio de desenvolvimento ainda é uma tarefa não realizada, a defesa de um Estado social interventor e efetivamente impositivo é uma exigência prioritária. Sem embargo, em hipótese alguma este fato conduz à legitimação de qualquer atuação autoritária, pois a Constituição Federal de 1988 é um documento hábil para inibir o arbítrio e fomentar a participação real para muito além de qualquer livro branco ou verde. Nestes termos, a atividade administrativa típica do regime jurídico atualmente vigente implica em decisões unilaterais que se legitimarão em razão da prevalência do interesse público. Tanto melhor e mais legítimo se esta decisão for precedida de um amplo debate e participação dos interessados e sucedida de um efetivo controle popular, mais do que o também necessário controle judicial. Todavia, não se deve esquecer que na atualidade ainda é a democracia representativa a principal forma de realização do interesse público e qualquer forma de seu desprestigiamento é, esta sim, tendencialmente arbitrária, ainda que encontre fértil espaço para sua atual disseminação (pois a imagem do Estado e de seus agentes não lhes é nada favorável).

Margarida Salema d'Oliveira MARTINS, forte defensora da subsidiariedade, elenca como condições para a intervenção subsidiária a incapacidade, a negligência e a necessidade. Elementos pragmáticos que podem ser relevados em conjunto ou isoladamente e que, na sua presença, comporiam um indicativo interventor.³⁷³ A grande pergunta que surge a partir desta conclusão da autora é: *se os cidadãos quiserem atribuir constitucional ou legalmente uma função ao Estado não porque são incapazes de realizá-la, nem mesmo porque seriam negligentes no seu atendimento, eles poderiam fazê-lo pelo simples fato de lhes ser conveniente ou oportuno?* Seria possível os cidadãos optarem democraticamente pela intervenção do Estado em alguma área da vida social mesmo que reconhecessem a não imprescindibilidade da atuação do Poder Público?

De acordo com o princípio da subsidiariedade a resposta a estas perguntas seria negativa, ou seja, esta possibilidade lhes é vedada. Nos termos do princípio democrático, a resposta seria afirmativa, ou seja, não haveria qualquer

³⁷³ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 84.

proibição constitucional para que tal escolha pública fosse realizada, seja no exercício da democracia direta, seja no da representativa. Aliás, esta é a essência da idéia de efetiva participação popular no contexto de um Estado social e democrático de Direito. O cidadão deve ser entendido como sujeito de decisão e não de mera prestação terceirizada de serviços em substituição dos agentes estatais. Como bem descreve Adriana da Costa Ricardo SCHIER, a atuação dos cidadãos como agentes ativos do Estado é incentivada pela criação de mecanismos institucionais que em nada se relacionam à necessidade de redução do aparelho do Estado. Não há qualquer ligação necessária entre subsidiariedade e participação, apesar da retórica gerencial, a todo tempo, procurar tal imbricação. Como aponta a autora, é somente a partir de uma fundamentação principiológica típica de uma Administração Pública democrática (como, aliás, denota-se previsto na Constituição brasileira) que “é possível entender os instrumentos que consolidam a participação do cidadão”. Ainda, é preciso ressaltar que este paradigma democrático não pode ser oposto ao Estado, mas sim deve ser realizado por intermédio do Estado e de seus mecanismos institucionais, a partir da configuração de um “paradigma de cidadania responsável”. E isso deve ser realizado sem a ilusão de que “a democracia se perfaz pelo mero disponibilizar de canais de participação pelo poder público”.³⁷⁴ Ampliar a esfera da sociedade civil não exprime, como aparenta crer o projeto de reforma gerencial levado a efeito a partir da década de 1990 (e ainda vigente na idéia de construção artificial de um terceiro setor no Brasil), uma negativa à atuação do Estado ou entendê-lo como organismo acessório. Pelo contrário, como afirma Adriana SCHIER “a democracia, no Estado Social definido pela CF/88, deixa de ser simplesmente um sistema de governo para tornar-se verdadeira modalidade tendente a assegurar a felicidade da vida”.³⁷⁵

Por certo que, juridicamente, o Estado possui papel primordial nesta empreitada cujo dever é a felicidade e cujo fundamento é o interesse público (e não a subsidiariedade); o que não inibe de forma alguma a sua obrigação de cada vez mais reconhecer e garantir a participação democrática da sociedade civil, tanto na esfera política em geral quanto na propriamente administrativa. Esta participação não deve ser priorizada na prestação de serviços e sim nas diferentes esferas de decisão e

³⁷⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167-168.

³⁷⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública ...** Op. cit., p. 103.

controle, inclusive relativas ao próprio sistema federativo e suas distintas instâncias de controle. Nestes termos é que deixa de ser possível a aceitação de que o sistema de descentralização administrativa brasileiro pauta-se pela subsidiariedade, e nem mesmo que poderia ser legitimado por um modelo de Estado gerencial-liberal; pelo contrário, concorda-se com BERCOVICI que o “Federalismo Cooperativo” tipicamente brasileiro relaciona-se estritamente com o Estado social intervencionista.³⁷⁶

Silvia Faber TORRES propõe que os municípios constituem “o nível de governo mais apto a compreender as necessidades de seus cidadãos e a prover de forma mais eficaz e responsável suas carências”; em decorrência disso o reconhecimento do município como ente federativo teria fortalecido o princípio da subsidiariedade.³⁷⁷ Contudo, esta não parece ser a melhor opção hermenêutica. O raciocínio que pode ser extraído do mecanismo brasileiro de atribuição de competências prevê que as entidades municipais serão responsáveis por tudo o que possa se enquadrado como interesse local. Isso desde que não seja um interesse previamente reconhecido como de competência da União e dos Estados Membros. Se for, então mesmo que o município possa, do ponto de vista prático, realizar de forma eficiente a atividade, ela não será de sua competência. E o caso inverso também é verdadeiro. Se a atividade for de interesse local, não importa se a União ou o Estado poderiam prestá-lo de forma mais eficiente; ou, ainda, não é relevante se o município está prestando a atividade de forma insuficiente ou precária. Não pode a União ou o Estado intervir unilateralmente para o fim de prestar serviços aos indivíduos alegando a precariedade municipal. No máximo, uma situação como esta exigiria a firmação de acordos tais como os previstos no artigo 241 da Constituição (cuja característica básica é a bilateralidade), sempre sendo respeitada a competência originária como o fundamento autônomo de decisão.

O critério do legislador brasileiro não é de suficiência ou de eficiência para a divisão de competências, mas sim de identificação apriorística e principiológica, a partir de escolhas de caráter político-jurídico e não pragmático-político. José Afonso da SILVA denomina o critério geral que regula a repartição de competência entre as entidades componentes da federação de “princípio da predominância do interesse”,

³⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 90.

³⁷⁷ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Op. cit. p. 239-242.

nos termos do qual “à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local”. Divisão esta que não resolve os problemas concretos que surgem como decorrência do critério adotado, considerando-se que, na atualidade, torna-se “cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local”.³⁷⁸ De todo modo, relevante é o interesse público subjacente e não a idéia jusnatural de que sempre a entidade menor deve se prestigiar aprioristicamente. Até porque o modelo federativo brasileiro tem como fundamento a cooperação entre as unidades federadas, visando o desenvolvimento nacional equilibrado. Segundo Gilberto BERCOVICI, a Constituição Federal de 1988 adota o “princípio da solidariedade funcional” entre as diferentes esferas de competência administrativa (federal, estadual e municipal), instaurando um equilíbrio dinâmico com a abolição da rígida partilha de competências”.³⁷⁹

O entendimento recorrente de que a subsidiariedade é o fundamento utilizado sempre que se busca sustentar a ação combinada de várias entidades menores na solução de problemas comuns (proposta de autores como Margarida Salema d’Oliveira MARTINS)³⁸⁰ não é verdadeiro. Muitas vezes a ação combinada de várias entidades menores requerem justamente o movimento oposto ao da subsidiariedade, mediante a criação de entidades em nível de maior centralidade (ainda que para funções exclusivamente administrativas). Exemplo típico desta situação no Brasil são as regiões metropolitanas, que podem receber poderes administrativos e recursos financeiros destinados aos serviços transferidos para sua competência (se tornando, portanto, um nível administrativo intermediário entre Estado e municípios, cujo aspecto estrutural será de uma entidade autárquica, paraestatal, consorciada, ou meramente orgânica – como um conselho ou secretaria).³⁸¹ A tendência futura é da existência cada vez maior de interesses que ultrapassam as fronteiras municipais, estaduais ou nacionais, notadamente na área do desenvolvimento humano e ambiental. Estes interesses, decorrentes de necessidades de ampliada complexidade, dificilmente

³⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 478.

³⁷⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento ...** Op. cit., p. 89-90.

³⁸⁰ MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 35.

³⁸¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 94.

serão mais bem atendidos mediante recursos localizados - o que torna a subsidiariedade um instrumento tendencialmente obsoleto.

Não é possível ligar de forma plena a subsidiariedade à descentralização federativa. E isso é típico do federalismo de duplo grau em que a “competência e autonomia são irreduzíveis, salvo por emenda constitucional”.³⁸² A descentralização política da Federação brasileira retrata clara autonomia entre os entes federados; cada qual possui sua competência a não ser que se tratem de competências comuns ou concorrentes. Caso em que também não se aplicará a subsidiariedade, ainda que por motivo diverso: todos podem atuar em conjunto (nas comuns, sem qualquer relação de prioridade) ou a União poderá expedir normas gerais vinculantes (no caso das concorrentes - o que, aí sim, implica a adoção de um critério não só paralelo como inverso ao da subsidiariedade, pois a preferência é do ente maior em detrimento dos menores).³⁸³

As reais dificuldades inerentes à atuação dos municípios como entes federativos eficientes na realização das políticas públicas pelas quais são responsáveis não está na divisão constitucional de competências; sua grande questão não é predominantemente jurídica ou de descentralização administrativa. Para os municípios vencerem a lógica centralista tradicionalmente existente no Brasil devem vencer o difícil (e não raramente inócuo) desafio de reduzir a sua dependência financeira, bem como a ausência de condições materiais sob qual a maioria está submetida (e os próprios Estados em geral não fogem muito desta situação).³⁸⁴ É comum os governantes utilizarem o princípio da subsidiariedade, paradoxalmente, como argumento para que sua autonomia implique uma desoneração dos Estados e da União. Fato este que só reforça a regra da precariedade da autonomia municipal (com ênfase na econômica), pois “a autonomia dos entes federados perante a União pode se transformar em farsa quando faltam os recursos necessários à sua manutenção”.³⁸⁵ Ao contrário de uma visão subsidiária, é preciso que os Poderes Públicos se conscientizem e atuem no sentido de reconhecer o que de há muito constatou Regina Maria Macedo Nery FERRARI: “a comunidade local está inserida num contexto maior da comunidade

³⁸² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 113.

³⁸³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 61 et seq.

³⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. In: _____ (Org.). **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 141-151.

³⁸⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento ...** Op. cit., p. 91.

estadual e federal. Assim, as carências locais se projetam também nesse contexto mais amplo, o que faz com que também haja interesse estadual e federal no bom andamento e desenvolvimento das entidades locais”.³⁸⁶

II

A construção de um espaço público, mas nem tanto

Alguns pensadores têm defendido com argumentos consistentes (e um justificável exagero) que a democracia moderna não possui um espaço realmente relevante no mundo permeado pela globalização. O prognóstico, neste quadro, seria uma nova era de caráter “imperial”; um mundo sem centro ou imperador; um Império Romano eletrônico impessoal, cuja falta de um espírito é retratada pela incapacidade de manifestação de uma soberania coletiva. O caso é que não existiriam mais *loci* de solidariedade regionais em um mundo caracterizado pela fragmentação de interesses e pelas disputas econômicas exaustivamente individualizantes. O fim do Estado-nação, em razão da regionalização supraconstitucionalizante e o fim de política, em face da premência econômica³⁸⁷ e mesmo do niilismo cultural tão bem identificado por Gilles LIPOVETSKY “como a era do vazio”,³⁸⁸ entre outras tantas alterações paradigmáticas ocorridas nos últimos tempos, teria ocasionado uma ruptura brusca no modelo de Estado, fazendo com que a democracia seja restringida e, assim sendo, a condição do espaço público não-estatal tornar-se-ia inóspita para a responsabilização por atividades que são paulatinamente abandonadas pelo “dever ser” do Estado. Desta forma, ter-se-ia um vácuo político-institucional; um “outro vazio” que se denota um espaço bastante propício para a proliferação de ideologias de natureza neoliberal. Ou, ainda, como aponta Abili L. Castro de LIMA, o retraimento da esfera pública deixa espaço à “esfera

³⁸⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 63.

³⁸⁷ Esta é a visão de Jean-Marie Guéhenno. Cf.: GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio**. 2. ed. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 10. No mesmo sentido, porém elaborando uma interessante proposta de “resistência contra-imperial” é o trabalho de Negri e Hardt. Cf.: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Op. cit., p. 110.

³⁸⁸ Período em que surge um “poder negativo desertificante”; em que “as finalidades e todos os grandes valores que organizaram as épocas anteriores são aos poucos esvaziados da sua substância” propiciando a transformação do corpo social em um “organismo desativado”. Cf.: LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005, p. 18.

privada identificada com o mercado, colocando em risco o futuro da política, da democracia e da solidariedade, ensejando desestruturação e fragmentação social”.³⁸⁹

Nesta era do vazio, caracterizada pela fluidez, a mentalidade pós-moderna cada vez mais fomenta como necessária a busca “de um outro”, seja para negá-lo, seja para afirmá-lo; ou mesmo, para contextualizar a si próprio. Entretanto, e paradoxalmente, esta busca pelas “dicotomias perdidas” em regra concretiza-se à revelia de uma perspectiva voltada a uma alteridade legitimada pelo caráter político da ação social.³⁹⁰ Os movimentos que surgem na sociedade, em geral de caráter particularista, se tornam cada vez menos públicos, inibindo o aparecimento de “formas de sociabilidade mais amplas e generosas”. Como pondera Marilena CHAUI: “os movimentos sociais duram o tempo em que dura a demanda que, uma vez satisfeita, dispersa os que estavam unidos numa ação”.³⁹¹ Mesmo os movimentos sociais de solidariedade internacional em regra são “carnavalescos”, esporádicos, curtos ou totalmente insuficientes.³⁹² Eles esgotam-se muito rapidamente, não conquistando o objetivo público fundamental que é a alteração sustentável da “realidade objeto”, em que pese muitas vezes produzirem uma intensa publicidade auto-promocional. Aliás, esta é outra característica marcante do espaço público tipicamente contemporâneo: a sobrevalorização da “promoção pública”; o que torna difícil identificar o que é realmente público nos problemas privados, bem como identificar quais são as verdadeiras preocupações pessoais em questões públicas. Às vezes é preciso lembrar o óbvio de que uma questão não se torna pública apenas por estar em “exibição pública”.³⁹³ Na atualidade, a correta delimitação destes espaços está cada vez mais difícil. O espaço público esvazia-se de questões públicas e começa a se diluir.³⁹⁴ Michael HARDT defende tese neste sentido ao descrever o declínio da relação dialética entre o público e o privado tipicamente liberal, ocasionando uma tendência de verdadeiro desaparecimento dos espaços públicos na pós-modernidade.³⁹⁵ A crença compartilhada de que o Estado não é mais capaz de normatizar a vida de forma a melhorar sua

³⁸⁹ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Op. cit., p. 237.

³⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro ...** Op. cit., p. 7.

³⁹¹ CHAUI, Marilena. **Público, privado, despotismo**. Op. cit., p. 387.

³⁹² BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 194.

³⁹³ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 10.

³⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 49.

³⁹⁵ HARDT, Michael. A sociedade mundial de controle. In: ALLIEZ, Eric (Org.). **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. São Paulo: Editora 34, 2000, p. 358.

qualidade, mas é apenas um organismo ineficiente e ultrapassado, acaba se tornando uma profecia auto-realizante, mediante a submissão dos valores éticos à economia, o retorno da preferência pelo indivíduo e a própria destruição da responsabilidade coletiva por uma vida melhor.³⁹⁶

Cabe ressaltar que esta não é uma tendência somente de um ideário possivelmente neoliberal, ela também é típica de um pós-marxismo que se pauta em alguns pressupostos interessantes: 1. “o Estado como inimigo da democracia e da liberdade, propondo como contra-tendência o protagonismo da sociedade civil”; 2. “a afirmação de que o planejamento centralizado leva à burocracia, enquanto o mercado conduz a um maior consumo e distribuição eficiente”; 3. a preferência por algumas lutas localizadas em detrimento das disputas pelo poder institucionalizado típicas da esquerda tradicional.³⁹⁷ Isso sem contar os casos também freqüentes de corrupção (às vezes quase oficial), *pantouflage* (traição do serviço público), nepotismo e clientelismo que acabam destruindo a imagem do Estado por intermédio de grupos que a princípio demonstraram-se por longo período refratários a tais práticas. Assim, parece claro que mesmo os socialistas têm contribuído para a depreciação da coisa pública rumo a um paradoxal “elogio ao privado”, segundo expressão de Pierre BOURDIEU.³⁹⁸

A paradoxal importância formal da participação de todos no processo de qualificação do bem estar coletivo torna-se um novo consenso. E neste processo o Estado torna-se um autofágico protagonista. No Brasil, o caso se agrava devido à carência de uma tradição solidarista espontânea. Ou seja, em certa medida a atuação do Estado colaborou para a ausência de uma sociedade fundada em vínculos autônomos de solidariedade. E agora é novamente pela atuação estatal que se procura induzir à participação “autônoma” dos indivíduos, aumentando sua responsabilidade. Para alguns poderia se tratar de uma forma de compensação histórica. Não obstante, apenas retrata a forma como os brasileiros se constituíram como sujeitos dentro da coletividade que é seu reflexo. Deve-se registrar que este processo é exatamente o inverso do que ocorreu em países de verdadeira constituição de um espaço público não-estatal, como

³⁹⁶ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos** ... Op. cit., p. 15.

³⁹⁷ PETRAS, James. **Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa**. Blumenau: Furb, 1999, p.

17.

³⁹⁸ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: ... Op. cit., p. 11.

parece ser o caso dos Estados Unidos³⁹⁹ ou da região norte da Itália.⁴⁰⁰

Alexis de TOCQUEVILLE foi pioneiro no estudo deste “espírito associativista” característico da democracia estadunidense (em oposição a uma mentalidade aristocrática isolacionista tipicamente europeia continental). É interessante o exemplo que traz de um grupo autônomo de cem mil norte-americanos que, assustados com o aumento da embriaguez, comprometeram-se publicamente a não mais fazer uso de bebidas alcoólicas. Afirma o autor que se estes cem mil homens fossem franceses teriam se dirigido um a um ao governo para pedir que este tomasse providências quanto à venda de bebidas no reino.⁴⁰¹ Ilustra-se assim a proposição de que as sociedades personalistas caracterizam-se pela existência de um grande número de indivíduos que são impotentes e um pequeno grupo de indivíduos que são poderosíssimos; desse modo, “a força aglutinativa do cidadão rico e poderoso substitui a associação”. Do contrário, num sistema efetivamente democrático, todos são independentes, porém fracos, em razão do que precisam aprender a se ajudar mutuamente (condicionados, obviamente, pelos seus próprios interesses coincidentes).⁴⁰² Robert PUTNAM fez semelhante constatação ao estudar as relações sociais e mentalidades na história italiana. Sua comparação das regiões o levou à conclusão de que a combinação entre pobreza endêmica e desconfiança mútua (o que é típico de territórios latifundiários) propiciou uma mentalidade refratária à formação de vínculos horizontais de solidariedade, com prevalência habitual de liames verticais de exploração ou dependência.⁴⁰³

A sociedade brasileira enquadra-se perfeitamente no modelo “aristocrático” de Tocqueville ou “anti-solidarista” de Putnam. Primeiro foi a metrópole, depois os senhores e coronéis; por fim o próprio Estado substituiu o associativismo civil (inibindo tanto as formas de vinculação egoístas fundadas no interesse privado, como aquelas altruístas, inerentes ao verdadeiro solidarismo). Inibição esta que não foi imposta; é preciso que se deixe claro. A situação história

³⁹⁹ Esta é, pelo menos, a clássica conclusão de Alexis de Tocqueville. Sobre o assunto ver: WEFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2004, v. 2, p. 169.

⁴⁰⁰ PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. 5. ed. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2006, p. 133 et seq.

⁴⁰¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 135.

⁴⁰² TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América ...** Op. cit., p. 132.

⁴⁰³ PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. Op. cit., p. 154.

retrata um sistema simbiótico e circular em que a forma de atuar do Estado é causa e consequência da realidade típica do seu entorno. Buscar uma causa primeira; uma “culpa originária” a ser atribuída ao aparato institucional seria ignorar de forma ingênua o condicionamento mental interferente nas relações sociais e políticas.

Na atualidade, a identificação deste problema promove a tentativa de recuperação de um “espaço público” seja por intermédio de reformas governamentais terceirizantes, seja como decorrência da atuação das entidades da sociedade civil. Todavia, ao contrário de se procurar o desenvolvimento de formas de relacionamento efetivamente público e político, é favorecido o modelo tipicamente egoístico e privatista de solidariedade social, na qual o Estado acaba sendo relegado a mero coadjuvante (ou seja, como ente financiador). A princípio o fundamento ético deste repasse é o desenvolvimento de uma área pública não-estatal.

Não é sem razão, portanto, que a doutrina social da Igreja esmerou-se tanto em desenvolver o princípio da subsidiariedade em termos paralelos aos do Estado de bem-estar.⁴⁰⁴ Hannah ARENDT, ao tratar do princípio político cristão a partir de Santo Agostinho, esclarece que não é a política, mas a personalista caridade típica da irmandade seu pressuposto fundamental. Isso “porque o vínculo da caridade entre as pessoas, embora incapaz de criar uma esfera pública própria, é bem adequado ao princípio fundamental cristão de extraterrenidade e admiravelmente capaz de guiar por este mundo um grupo de pessoas essencialmente situadas fora dele – um grupo de santos ou um grupo de criminosos”.⁴⁰⁵

Apesar de alguns autores, como Maria Sylvia Zanella di PIETRO, procurarem compatibilizar o Estado subsidiário com o Estado social,⁴⁰⁶ a diferença é clara e já fora apontada há tempos por Mário MASSAGÃO quando afirmou que sob o manto da doutrina social da Igreja a ação do Estado nesta seara é somente acessória e facultativa. Ao contrário do Estado social (inspirado nas teorias solidaristas) a “Escola Intermédia”, de caráter subsidiário, torna defeso ao Estado a consagração de um

⁴⁰⁴ A doutrina social da Igreja que tratou desta temática foi ampla e profícua, estando fundamentalmente proclamada nas encíclicas papais do final do século XIX ao final do século XX. Especial destaque deve ser conferido aos seguintes documentos: Encíclica *Rerum Novarum* (1891), Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), Encíclica *Mater et Magistra* (1961), e Encíclica *Centesimus Annus* (1991). Cf.: SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais: da Rerum Novarum à Octogesima Adveniens**. São Paulo: LTr, 1972; SARTORI, Luis Maria A. (Org.). **Encíclicas do Papa João Paulo II**. São Paulo: LTr, 1996.

⁴⁰⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 63.

⁴⁰⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 28.

programa determinado de ação social.⁴⁰⁷ No mesmo sentido descreve Chantal MILLON-DELSOL que a justiça social, segundo o Estado de bem-estar, não promove a caridade; ou seja, “ninguém deve a ninguém”, pois o beneficiário não deve se sentir como o responsável pela sua insuficiência. Nos termos da subsidiariedade, parte-se do pressuposto inverso (e típico tanto da tradição liberal quanto da cristã) que evita identificar tão facilmente a desigualdade com a injustiça. Para os liberais, relegar ao Estado o auxílio para quem precisa enfraquece a espontânea assistência mútua, reduzindo-se a responsabilidade moral dos sujeitos e provocando um mal coletivo ainda maior que a existência individualizada de necessitados.⁴⁰⁸ Por sua vez, a crítica contida no pensamento católico propõe que o anonimato e a impessoalidade do Estado providência facilitam que o indivíduo continue indolente. Se o sujeito sabe de quem está recebendo a caridade (devido a uma atuação humanitária), então tende a sair mais rapidamente de sua condição. Ao contrário, o regime burocrático do Estado social exclui a relação entre quem dá e quem recebe, em razão do que este “anonimato” desenvolve um papel “anestesiante”, conformando o assistido no papel de vítima, e ao mesmo tempo “fossilizando” a “solidariedade solitária”. A consequência desta situação seria a multiplicação do número de assistidos e a limitação da iniciativa individual. Em suma: enquanto o Estado social buscaria apenas reparar uma injustiça, a doutrina católica visa conferir uma real dignidade ontológica ao indivíduo.⁴⁰⁹

Esta perspectiva caritativo-cristã de ação social não corresponde, de forma alguma, a um real ambiente político e coletivo. Não pode ser ignorado que se o caráter da prestação do serviço é voluntário ou benemérito, especialmente o relativo à assistência social, ele não constitui efetivo “direito” a quem o recebe. A cidadania não pode se fundar em pressupostos de carência/caridade, pois esta relação determina uma hierarquia na sociedade, quase que como se esta fosse necessária e desejada por Deus.⁴¹⁰ Seria uma forma de compensação pela aceitação como natural da existência de indivíduos que não são auto-suficientes e, portanto, precisam do auxílio daqueles que possuem autonomia. Compensação e legitimação dos recíprocos status de auxiliador e

⁴⁰⁷ MASSAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1959, t. 01, p. 31.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, ver: HUMBOLT, Wilhelm von. **Os limites da ação do Estado: idéias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado**. Tradução de Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 161.

⁴⁰⁹ MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Traduzione di Massimo Tringalli. Milano: Giuffrè, 2003, p. 68-71.

⁴¹⁰ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social ...** Op. cit., p. 21.

auxiliado; nestes termos é que a sociedade civil benemerita se constitui segundo uma perspectiva individualista/caritativa, consagrando o ideal de “boa-ação cristã”. Conforme descreve Hannah ARENDT “o caráter apolítico e não público da comunidade cristã foi bem cedo definido na condição de que deveria formar um *corpus*, cujos membros teriam entre si a relação que têm os irmãos de uma mesma família”.⁴¹¹

Ao contrário desta forma de percepção dos problemas sociais, o Estado de bem-estar social consagrado na Constituição de 1988 pauta-se, por definição, pelo dever político-jurídico de solidariedade, que parte da idéia de “direitos de cidadania”. Nesse sentido, não seria correto asseverar que o repasse de atividades à sociedade civil, sob esta perspectiva (e que é a dominante) realmente propicie a construção de um verdadeiro espaço público. Pelo contrário, nada mais faz do que colaborar à tradição personalista típica da realidade histórica brasileira.

III

Os serviços públicos e os serviços sociais como atividades econômicas

A tratativa dos serviços públicos exige um recuo às relações entre Direito e economia, ainda que se reconheça que tais pontos de vista contrastam quanto aos seus critérios ontológicos (autoridade/resultado).⁴¹² Independente de se entender o Direito e a economia como sistemas autônomos ou como parte de um mesmo campo de estudo,⁴¹³ é fato incontestado que desde a constituição de sua soberania o Estado moderno se interessou pela atividade econômica. Dos tradicionais interesses fiscais, militares, políticos e de polícia chegando até a avançada proposta de responsabilização pelo desenvolvimento, os fins do Estado sempre estiveram ligados direta ou indiretamente à consecução de bens econômicos.

Embora receba variação de autor para autor, pois não existe uma definição precisa na Constituição Federal de 1988, a atuação do Estado na esfera econômica no Brasil pode ser classificada em três espécies fundamentais: a) a política

⁴¹¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Op. cit., p. 63.

⁴¹² OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada: aspectos de Direito público econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 28.

⁴¹³ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito econômico**. São Paulo: RT, 1997, p. 19 et seq.

econômica; b) a intervenção; e c) a regulação. A política econômica equivale ao planejamento (artigo 174 da CF/88) e pode ser realizada mediante normas configuradoras de instrumentos diretos de controle (fixação de salários, racionamento, tabelamento de preços) e diretos de adaptação institucional (legislação de efeitos concretos, criação de órgãos), além dos indiretos (de finanças, monetários, creditícios, cambiais). A intervenção pode ocorrer de duas formas principais: por absorção, quando o Estado assume integralmente a atividade econômica (caso do monopólio de atividade econômica fundamentado no artigo 173 ou do privilégio de serviço público fundado no artigo 175 da CF/88); ou por participação, em que o Estado exerce a atividade simultaneamente aos particulares.⁴¹⁴ Como visto, seja num ou noutro caso, as duas formas principais de intervenção direta do Estado na economia são justamente a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. A regulação (também reconhecida no artigo 174 da CF/88) manifesta-se por intermédio de ações de controle normativo e fiscalizatório seja por direção (estabelecimento de um comportamento compulsório), seja por indução (mera provocação, fomento).⁴¹⁵

Fala-se em atividade econômica em “sentido estrito”, pois o serviço público também possui a ontologia de uma atividade econômica, apesar do sistema constitucional não reconhecer tal nomenclatura. Na realidade, a questão resolve-se satisfatoriamente (e de forma plenamente compatível com a Constituição) quando estudado o próprio conceito de atividade econômica: a ação de escolha e busca de recursos (bens) para o atendimento das necessidades econômicas. Será econômica toda atividade que tenha por objeto um bem econômico.

José Petrelli GASTALDI define bens econômicos como aqueles “objetos relativamente escassos, suscetíveis de posse e que servem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades humanas”.⁴¹⁶ A doutrina em geral define-os como aqueles recursos úteis e escassos.⁴¹⁷ Tais conceitos devem ser entendidos no seu peculiar sentido, mediante uma ligação direta com a idéia de necessidade humana. Dessa forma, tem-se que todo bem inútil não é escasso e todo bem abundante é inútil. O

⁴¹⁴ Esta classificação foi montada a partir da conjugação da doutrina de Fábio Nusdeo e Eros Roberto Grau (embora não coincida exatamente com nenhuma das duas). Cf.: NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. Op. cit., p. 215 et seq. e GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 138 et seq.

⁴¹⁵ Sobre o conceito de regulação ver: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003, p. 47 et seq.

⁴¹⁶ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 88.

⁴¹⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia ...** Op. cit., p. 34.

conceito de necessidade é polêmico. Sem embargo, é pertinente o sentido que lhe dá Alberto Baltra CORTES quando afirma que se trata de um fator eminentemente psicológico composto por três elementos: a) presença de uma sensação penosa e desagradável; b) conhecimento do meio para eliminar a sensação desagradável; e c) vontade de adquirir o meio (mediante a ponderação entre a satisfação a ser obtida e o sacrifício para alcançá-la). Porém, é preciso ressaltar que nem todas as necessidades são econômicas. Somente assim serão entendidas aquelas que puderem ser satisfeitas por bens econômicos.⁴¹⁸ E os bens econômicos, como já asseverado, serão justamente aqueles que se caracterizem pela sua utilidade (no sentido específico da capacidade de satisfação de uma necessidade humana – ou seja, sua “ofelividade”), escassez (não podem ser encontrados livremente na natureza) e, também, capacidade de poderem ser valorados e transmitidos. Todos estes elementos estão imbricados.⁴¹⁹

Recorrendo-se a estas considerações conceituais preliminares, pode-se chegar à conclusão de que a classificação de Eros Roberto GRAU, que arrola a atividade em sentido estrito e o serviço público como espécies da atividade econômica em sentido amplo, parece absolutamente consonante não só com a Constituição, mas com a própria natureza da expressão. O gênero se constitui pelo fato de caracterizar-se fundamentalmente pelo fornecimento de um bem econômico à coletividade.⁴²⁰ As espécies se diferenciam tanto pela materialidade de sua condição quanto pelo regime jurídico a elas incidente. Entretanto, este enquadramento normativo não é pacífico. Romeu Felipe BACELLAR FILHO, partindo da interpretação constitucional de seus dispositivos expressos, não encontra esta diferenciação entre atividade em sentido estrito e em sentido amplo, preferindo diferenciar ontologicamente o serviço público da atividade econômica; ademais, propõe a alteração da própria natureza da atividade econômica quando prestada pelo Estado (mediante o reconhecimento de um regime jurídico diferenciado dos particulares e próximo ao das atividades eminentemente administrativas).⁴²¹

A atividade econômica em sentido estrito retrata atividade que não é considerada pelo ordenamento positivo de “relevância social peculiar”, ou seja, não

⁴¹⁸ CORTES, Alberto Baltra. **Teoria Económica**. Santiago do Chile: Andres Nello, 1968, p. 31 et seq.

⁴¹⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia ...** Op. cit., p. 34; e GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. Op. cit., p. 88 et seq.

⁴²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 141.

⁴²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172 et seq. e 197 et seq.

está enquadrada no critério de essencialidade. Ocorre que esta característica não lhe é peremptória, pois o sistema jurídico brasileiro admite a possibilidade da existência de atividades econômicas materialmente essenciais (reconhecidas pelo Direito ou não). Trata-se de uma excepcionalidade que em nada prejudica o estabelecimento do critério geral (que é a ausência de essencialidade). É o caso das atividades essenciais declaradas por lei como tal (ou simplesmente reconhecidas pela coletividade como de importância ímpar), mas que não receberam a *publicatio*, ou seja, não tiveram sua responsabilidade atribuída para o poder público.⁴²²

A atividade econômica em sentido estrito é uma ação típica dos particulares no Brasil, como uma decorrência natural do princípio da livre iniciativa. Para além de um direito de natureza negativa perante o Estado, ou seja, uma garantia contra a intervenção do poder, a Carta Magna estabelece uma garantia positiva, ao reservar com exclusividade a atividade econômica em sentido estrito aos agentes privados, conforme previsão do seu artigo 173, *caput*. Este dispositivo proíbe a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, exceto nos casos que estejam ou que venham a ser previstos na Constituição, nos casos de segurança nacional (assim declarados pela União Federal) e nos casos em que estiver presente o relevante interesse coletivo estabelecido por lei. Se o Estado identificar qualquer destes casos, deverá propor a criação de pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas ou de sociedades de economia mista), que em regime de descentralização administrativa integrarão a vulgarmente chamada Administração indireta para que explorem a atividade mediante um regime jurídico misto (privado, porém parcialmente derogado pelo Direito público). Por uma questão mais lógica que jurídica, o Estado somente poderá explorar atividade econômica em sentido estrito de forma organicamente direta (ainda que por entes da Administração indireta, conforme a terminologia adotada pelo Decreto-lei 200/67).

Diferente é o caso dos serviços públicos, cujo regime é muito mais complexo.⁴²³ Trata-se de uma importante noção histórica ligada ao Estado e, assim sendo, retrata um instituto dinâmico por essência. Sua definição popular raramente

⁴²² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

⁴²³ Sobre a complexidade da conceituação de serviço público e as diferentes possibilidades de seu entendimento, ver: VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 511-552.

coincide com o entendimento que o pensamento oficial tem dele. E, ainda, é comum que o próprio posicionamento doutrinário a respeito do seu conceito retrate variações quando não fortes divergências, considerando que os sistemas jurídicos nem sempre trazem elementos suficientes para um fechamento conceitual. Ademais, seria razoável supor que a idéia que se tenha da própria ontologia dos serviços públicos varie conforme o modelo de Estado instituído pelo ordenamento jurídico-político.

De pronto é preciso reafirmar que o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico. Como uma atividade econômica qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito privado, caracterizado pela autonomia da vontade, capacidade universal, vinculação negativa ao Direito, disponibilidade de direitos e interesses e igualdade das partes. Diferentemente, como serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público, cujos adjetivos fundamentais são, *mutatis mutandi*, a heteronomia, a capacidade por atribuição legal, a vinculação positiva ao Direito, a indisponibilidade de direitos e interesses e a desigualdade entre as partes.⁴²⁴

É realmente paradoxal imaginar a prestação de um serviço público no regime jurídico de Direito privado. Ocorre que por intermédio do processo de reformas gerenciais da década de 1990 romperam-se os limites estabelecidos originalmente entre o público e o privado, tornando-se comum a promoção de alternativas jurídicas até então inexistentes, e em relação às quais parte dos juristas apresentou fortes resistências, como é o caso paradigmático de Weida ZANCANER.⁴²⁵ Autores como Raquel Dias da SILVEIRA acreditam nesta possibilidade;⁴²⁶ outros, como Romeu Felipe BACELLAR FILHO, não a admitem.⁴²⁷ Vê-se que a questão é polêmica e, no mínimo, justifica o seguinte questionamento: se for possível prestar serviço público sob o regime privado, então cabe sustentar que o regime de Direito público (sentido formal) ainda é apto a caracterizá-lo? Não seria mais razoável supor que não se está mais diante de um

⁴²⁴ ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración – três estudos**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 117.

⁴²⁵ ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 339-346.

⁴²⁶ SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 111.

⁴²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **AeDP – Actualidad em el Derecho Público**. Buenos Aires: Ad-Hoc, n° 18/20, 2002, p. 68.

serviço público? Caso se mantenha o entendimento de que a atividade é realmente serviço público, não seria inconstitucional (e logicamente incongruente) aplicar a ele um regime de Direito privado? Ainda, se o regime for desimportante para a caracterização ou não de um serviço público, então não seria o caso de assumir o critério material como exclusivo, abandonando-se a tese de um “regime geral” e reconhecendo-se a setorialização como característica da ontologia dos serviços públicos no Brasil? Uma resposta interessante é aquela desenvolvida por João Batista Gomes MOREIRA, ao propor o abandono da dicotomia de regimes mediante o reconhecimento de que o Direito administrativo não seria público nem privado, situando-se fora das antigas categorias para prestigiar a alocação da noção de “finalidade pública administrativa” no seu “centro de gravitação”.⁴²⁸ Trata-se de uma idéia ousada e talvez inapropriada para a realidade brasileira, mas não deixar de indicar uma reflexão necessária.

No caso das atividades econômicas privadas exploradas pelo Estado, parece fácil a atribuição genérica e abstrata de uma predominância do regime privado parcialmente derogado pelo Direito público, afinal, a situação não requer a existência de um regime especial que caracterize a atividade. A atividade já será privada, independentemente de uma especial recorrência ao Direito. Além do que, sua exploração pelo Estado é definida, constitucionalmente, a partir de critérios de natureza material (relevante interesse coletivo ou segurança nacional). O mesmo não ocorre com os serviços públicos, que não possuem esta delimitação em sede constitucional. Todos estes elementos dificultam sobremaneira a proposição de uma resposta definitiva sobre os questionamentos incidentes.

Mas o fato é que não basta o exercício da *publicatio* para que uma atividade econômica em sentido estrito transforme-se em serviço público. Os elementos políticos, sociológicos e filosóficos que se traduzem em determinada história da utilização de institutos como o serviço público são relevantes para a sua própria definição. São fatores que delineiam, a partir da mentalidade vigente, o caráter material imprescindível para a legitimação de qualquer tentativa formal de reconhecimento de um serviço como público.

⁴²⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168.

Não há um regime jurídico extenso dos serviços públicos previsto expressamente na Constituição Federal. O artigo 175 assevera somente que serão prestados pelo Estado direta ou indiretamente (neste último caso, mediante o respeito ao regime licitatório). Decorrência inafastável desta disposição é a exclusão do serviço público da garantia inerente à livre iniciativa. Os particulares, a contrário senso, estão proibidos de prestar atividade que teve seu regime publicizado pela Constituição ou pela lei. Todavia, caso o Estado tome a decisão política de novamente repassá-lo aos particulares, poderá fazê-lo mediante a utilização do instituto da delegação. Se não entender necessária a delegação, deve o Estado prestar o serviço diretamente, criando para tanto as propaladas empresas públicas e sociedades de economia mista, que atuarão em um regime misto – público, porém parcialmente derogado pelo Direito privado (pois suas personalidades serão de Direito privado). Obviamente a opção por uma ou outra forma de descentralização produz conseqüências no plano normativo. Como destaca Cristiana FORTINI, a distinção entre a descentralização funcional, “que provoca o nascimento de entidades componentes da máquina estatal, e a descentralização por colaboração, que se utiliza de entidades preexistentes, criadas a partir da iniciativa particular, sem a participação estatal, está, ainda, na natureza da delegação e nas conseqüências que a partir de então surgem”.⁴²⁹

Contudo, não termina aqui a questão dos serviços públicos. Há situações em que determinadas atividades econômicas em sentido estrito serão declaradas como de titularidade estatal (como um dever público típico), mas não receberão a *publicatio*, ou seja, não serão excluídas da incidência do princípio da livre iniciativa. Trata-se de uma forte exceção, que pode ser interpretada de duas formas. Na primeira, adotada por Carlos Ari SUNDFELD, em tal situação não se estará diante de um serviço público propriamente dito, mas do que pode ser denominado de um “serviço social” (terceira modalidade que não se confundiria com a atividade econômica em sentido estrito nem com o serviço público). Isso porque seu status constitucional não é enquadrável no artigo 173 nem no *caput* do artigo 175.⁴³⁰

Entretanto há a segunda interpretação, desenvolvida por Eros Roberto GRAU. Como materialmente é uma atividade essencial que, inclusive, foi juridicamente

⁴²⁹ Sobre as peculiaridades desta diferenciação, ver: FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 12.

⁴³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. Op. cit., p. 83.

reconhecida como um dever típico do Estado (portanto de sua titularidade) seu enquadramento é realizado como sendo um efetivo serviço público, só que não privativo do Estado, pois poderá ser prestado livremente pelos particulares no regime jurídico de Direito privado (ainda que parcialmente derogado pelo Direito público).⁴³¹ Não se trata aqui, obviamente, de nenhum tipo de delegação. E nem o será quando o Estado resolver prestar, ele mesmo, o serviço. Neste caso cabem duas alternativas, que não são escolhidas discricionariamente, mas dependem da peculiaridade do caso. Em regra o ente estatal deverá descentralizar a atividade a uma autarquia ou fundação pública. Esta talvez seja a única exceção à regra de vedação à exploração de atividade econômica pelas pessoas jurídicas de Direito público (o que é plenamente justificável), pelo que, o regime de prestação será igualmente público. Excepcionalmente, vem-se difundindo a ampliação da possibilidade de prestação do serviço público não privativo do Estado mediante a simples firmação de convênio, consórcio, contrato de gestão ou termo de parceria. Institutos que fazem as vezes da delegação, ainda que com ela não se confundam, pois implicam apenas o estabelecimento contratual de uma parceria, considerando que a atividade é livre e, portanto, seria incongruente pensar em atribuir ao particular uma prerrogativa que já lhe é própria.⁴³² O que não impede que, comumente, os governos acabem por promover, na prática, tal impropriedade jurídica.

É importante destacar que há uma distinção teleológica no tocante à intenção do prestador privado do serviço vinculado ao Estado. No caso dos serviços públicos privativos do Estado, há uma pretensão de lucro por parte do chamado “colaborador” que, na realidade, não tem intenção nenhuma de colaborar, mas de obter o maior núcleo de vantagens econômicas possível. No caso dos serviços públicos não privativos do Estado, em tese, a solução não pode ser a mesma, pois os agentes devem ter a intenção de colaborar, sem a preocupação com a obtenção de lucros. Afinal, se o objetivo for a obtenção de lucros, o agente privado pode se dedicar a esta atividade livremente, sem a necessidade de uma vinculação formal com o ente público.

Saliente-se que o repasse dos serviços públicos não privativos do Estado para o mercado ou para o terceiro setor exige como contrapartida uma ampliação da atuação do Estado na área da regulação e da fiscalização. Esta advertência é importante em face de algumas posições radicais como a de Luis Cabral de MONCADA quando

⁴³¹GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 153.⁴³²Sobre o assunto ver: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de gestão**. Op. cit., passim.

assevera que na área de serviços públicos como a saúde, com a privatização e a concorrência entre o setor público e o setor privado não poderá nem mesmo o Estado atuar como regulador, sob pena de uma “grosseira distorção da concorrência”. Sugere o autor que o controle adequado deve ser realizado por uma “entidade reguladora independente do Estado”.⁴³³

No Brasil tais entidades reguladoras independentes do Estado não existem, pois no máximo há alguns entes análogos criados no bojo do projeto de reforma do Estado da década de 1990, mas que, na realidade, nada mais são do que autarquias especiais.⁴³⁴ Talvez o autor quisesse se referir às agências norte-americanas, cujo grau de autonomia é realmente grande. De qualquer modo, seu entendimento não é apropriado seja para o ordenamento português seja para o brasileiro (pois no tocante ao modelo de Estado interventor os dois sistemas constitucionais são parecidos). O fato é que mesmo as entidades independentes, sejam as agências americanas, sejam as autoridades européias, não são externas ao Estado, apenas compondo um local especial na estrutura administrativa.⁴³⁵ E parece ser bastante adequado que assim seja, pois a proposição de que a atuação como agente econômico conduziria à necessidade de abstenção de sua atuação como regulador não merece crédito nem mesmo no caso de exploração de atividade econômica em sentido estrito, que se dirá então na realização de atividades que lhe são típicas, tais como os serviços públicos não privativos do Estado. Não há que se contrapor, como faz o autor, duas formas de atuação estatais diferentes (a sempre necessária regulação e às vezes opcional intervenção). Tais atividades não se misturam nem se atrapalham se realizadas nos contornos constitucionais.

Reitere-se, ainda, que em face do dever administrativo previsto no artigo 175, inciso IV, da Constituição Federal, a doutrina administrativista brasileira chega a identificar um verdadeiro “direito fundamental ao serviço público adequado”.⁴³⁶ Talvez esta conclusão possa ser entendida como exagerada, pois embora a prestação do serviço público seja um dever constitucional inerente ao próprio modelo de Estado, sua

⁴³³ MONCADA, Luis Cabral de. A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 51.

⁴³⁴ Sobre o assunto ver: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Op. cit., passim.

⁴³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 51.

⁴³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. **Serviços públicos e direitos fundamentais ...** Op. cit., p. 64.

realização possui caráter eminentemente instrumental, visando garantir o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição, estes sim, cujo caráter é material e finalístico. De qualquer modo, a importância da prestação de um serviço público adequado não pode ser diminuída, ainda que não seja reconhecido o seu caráter de fundamentalidade. E isso ocorre devido à sua vinculação material aos direitos humanos. Nesse sentido, concorda-se com Raquel Dias da SILVEIRA que a noção de serviço público é progressiva e histórica, sendo imperioso seu caráter mutável para que disponha de “elementos que lhe facultem uma constante adaptação às necessidades da coletividade”,⁴³⁷ o que não poderá significar um desligamento do modelo que lhe condiciona. As formas de prestação dos serviços públicos possuem limites não só expressos, mas implícitos, que impedem, inclusive, a alteração do regime jurídico de sua prestação. Tais limites podem ser mais ou menos abrangentes, dependendo da estabilidade institucional e mental da sociedade. Ademais, podem variar os mecanismos de sua realização em face das opções políticas legítimas de prestação direta ou indireta. Todavia, a referência inerente ao modelo constitucional institui um caráter próprio que tende a permanecer no tempo como uma garantia contra qualquer tentativa de retrocesso social. No caso brasileiro a Constituição Federal de 1988 é clara ao retratar juridicamente a imposição de um regime típico do Estado social que, por ser “parte nuclear” do sistema é emblematicamente estável, apesar de ser reconhecido o “caráter heraclitiano” da Constituição, conforme original caracterização de Carlos Ayres BRITTO.⁴³⁸

IV

O repasse de atividades estatais para o terceiro setor

Tomando-se como justificção a subsidiariedade, o momento contemporâneo passa a defender confortavelmente a devolução de tarefas à sociedade.⁴³⁹ De acordo com o resumo de Maria Sylvia Zanella di PIETRO três tendências fundamentais podem ser apontadas a partir desta perspectiva: a) de redução

⁴³⁷ SILVEIRA, Raquel Dias da. **O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira**. Op. cit., p. 103.

⁴³⁸ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 210-212.

⁴³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 126.

do tamanho do Estado por intermédio da privatização, movida por fatores de ordem financeira (diminuição do déficit público), jurídica (diminuir os controles excessivos da Administração centralizada) e política (valorização da iniciativa privada por meio de um “pragmatismo político”); b) de abandono da idéia de que o Estado é titular exclusivo do interesse público com ampliação do fomento à iniciativa privada para que busque de forma autônoma seus próprios objetivos (realização de parcerias entre o setor público e o privado e desregulamentação); e c) de alteração do sentido da expressão interesse público que passa a ser entendido como interesse primário (dos cidadãos) e não o interesse secundário (da máquina administrativa) e mais eficiente utilização dos recursos na prestação dos serviços (repúdio à forma burocrática de organização administrativa).⁴⁴⁰

Se os indivíduos, nessa qualidade, podem prestar serviços de interesse coletivo, principalmente por meio de realizações mutualistas, tornar-se-ia irrazoável que o Estado as mantivesse sob sua responsabilidade. O Estado passa, então, a fomentar atividades de organismos não vinculados subjetivamente ao seu aparelho. Paralelamente aos tradicionais convênios, sua forma de indução prioritária passa a ser a certificação por títulos especiais. Certificados estes que ultrapassam os benefícios (especialmente isenções tributárias) historicamente conferidos às entidades de utilidade pública ou benemerência social. As organizações sociais⁴⁴¹ e as organizações da sociedade civil de interesse público sustentam-se em função da nova concepção.⁴⁴² Segundo a orientação dominante, que implica uma ampliação das parcerias com as organizações não tradicionalmente ligadas por via institucional, a entrada de novos atores incrementaria de forma positiva o sistema, desonerando o Estado desta atividade e aumentando a eficiência da prestação, inclusive mediante a implementação de programas de qualidade total.⁴⁴³

⁴⁴⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração Pública ...** Op. cit., p. 29-32.

⁴⁴¹ Sobre o tema das organizações sociais, ver: FERRARI, Paola e FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle das organizações sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁴⁴² As organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público são constituídas mediante a concessões de títulos, cujos critérios foram estabelecidos, respectivamente, pelas Leis 9.637, de 15 de maio de 1998 e 9790, de 23 de março de 1999. Sua criação, segundo Paulo Modesto, decorreu da ineficiência do título de utilidade pública no atendimento das demandas sociais atendidas pelo setor para-estatal. Cf.: MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, n° 1, jan./mar., 1999, p. 35.

⁴⁴³ GENTILI, Pablo. O discurso da “qualidade” como nova retórica conservadora no campo educacional. In: GENTILI, Pablo; SILVA, Tomaz Tadeu da (Orgs.). **Neoliberalismo, qualidade total e educação: visões críticas**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 111-178.

Como fundamento do repasse de atividades não privatizadas do Estado aos particulares está o pessimismo em face do “princípio da solidariedade” (que ganha novos contornos ontológicos) e o otimismo em face do “princípio da subsidiariedade”. Segundo o padrão emergente, encontra-se em crise o sistema de solidariedade automática, sistemática e compulsória (financiada através de contribuições obrigatórias e executadas por entes estatais).⁴⁴⁴ O neoliberalismo instaurado por Reagan e Thatcher recuperou velhas teses desenvolvidas pela doutrina social da Igreja e introjetou na mentalidade do final de século a ideologia da crise do Estado de bem-estar mediante a promoção de um “novo sentido de comunidade e de solidariedade comunitária” em que a organização política estatal deve ser entendida como uma associação de associações (indivíduo-família-corporações-regiões).⁴⁴⁵

Recebendo tal influência, desenvolvem-se no Brasil teses que propugnam a desnecessidade de realização da Constituição Federal de 1988, pois se trata de um documento que estabelece um Estado de bem-estar social. Modelo que exige uma forma de intervenção que passa a ser considerada inadequada: a atuação direta por intermédio de entes estatais submetidos ao regime jurídico administrativo. Entre as principais justificativas teóricas para a proliferação das parcerias entre Estado e terceiro setor, está a “tese da passagem e compensação”.⁴⁴⁶ Nesta perspectiva, pode (e deve) ser relegada à responsabilidade de entes meta-estatais a prestação dos serviços públicos, rumo à valorização da iniciativa privada e do espaço público não estatal. Por certo isso não impediria a prestação direta, mas esta seria realizada apenas após identificada pelo critério da subsidiariedade.

Estas reflexões indicam o quanto é necessário para a tratativa da temática a discussão a respeito da política e do Direito, pois é indissociável do projeto orgânico e funcional de repasse ao “espaço público não estatal” das atividades (destacando-se as sociais) a existência de uma teoria política que confira a ele sustentação e legitimidade. E esta exigência é ampliada se considerado que o processo de mudança acaba por gerar um grande paradoxo, pois promove o enfraquecimento do poder político do Estado, ao

⁴⁴⁴ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado providência**. Goiânia: Editora da UNB e Editora da UFG, 1997, p. 32.

⁴⁴⁵ AMARAL, Carlos Pacheco. Autonomia: uma aproximação na perspectiva da filosofia social e política. **Revista da Universidade dos Açores**: Ponta Delgada, 1995, p. 156 e 162.

⁴⁴⁶ A redução do Estado estaria compensada por uma ampliação da sociedade civil. Sobre o assunto, ver: MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica do padrão emergente de intervenção social**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 222.

mesmo tempo em que conduz a uma maior intervenção estatal na esfera da sociedade civil, causando uma verdadeira “estatização” do terceiro setor combinada com a privatização dos serviços sociais. Andreas NOVY pondera que “esta forma de estatização da sociedade fomenta a simultânea economicização do Estado e da sociedade. Organizações estatais e da sociedade civil são tratadas como empresas. Chega-se a uma ampliação conseqüente da forma econômica para a dimensão social”.⁴⁴⁷ Um verdadeiro contra-senso pós-moderno. É neste fértil ambiente que ganha autonomia um novo ramo do ordenamento jurídico e da própria ciência jurídica, que passa a ser chamado “Direito do Terceiro Setor”.⁴⁴⁸ Por outro lado, é importante também considerar que as prestações pessoais e sociais realizadas por “redes primárias” são mais baratas para a coletividade, pois são suportadas pelos particulares. Isso, em certa medida, explica o movimento internacional reivindicatório de ações da família e da comunidade realizados a partir de 1973 (quando adveio a crise do petróleo).

Nas palavras de Demetrio CASADO, tratou-se de um “oportunismo óbvio”. O caso é que, por maior boa-vontade que se tenha, não é possível ignorar as *“limitaciones técnicoeconômicas de las redes primarias para producir y distribuir la mayor parte de los bienes y servicios requeridos por una sociedad compleja”*.⁴⁴⁹ Desse modo, parece claro que estas teses e tendências precisam ser analisadas sob um ponto de vista bastante crítico. Ao contrário de Maria Sylvia di Pietro, Odete MEDAUAR apresenta-se cética em face do princípio da subsidiariedade, notadamente no seu sentido horizontal (na relação Estado-sociedade). Respalhada na doutrina italiana a autora ressalta que a presença pública não pode ser explicada em termos de alternatividade ou fungibilidade. As atividades públicas e privadas “não são homogêneas e

⁴⁴⁷ NOVY, Andreas. **A desordem da periferia: 500 anos de espaço e poder no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 323.

⁴⁴⁸ O pioneiro na identificação deste novo ramo é Gustavo Henrique Justino de Oliveira, que chega a elaborar um conceito de “Direito do Terceiro Setor”, nos seguintes termos: “ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado)”. Cf.: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*. In: _____. (Org.). **Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 214.

⁴⁴⁹ CASADO, Demetrio. *Cauces para la solidaridad social y bases de la subsidiariedad*. In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad en la sociedad española**. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas de Madrid, 1993, p. 37.

intercambiáveis na base de um critério de maior eficiência ou adequação e qualquer outro; não exprimem as mesmas situações de partida e não apresentam as mesmas características”. Sendo assim, conclui que “o princípio da subsidiariedade mostra-se inadequado para determinar o papel dos sujeitos públicos de uma determinada coletividade”.⁴⁵⁰ No mesmo sentido, Vital MOREIRA também não vê como seria possível aceitar a subsidiariedade como critério constitucional, pois a própria sistemática constitucional (está falando da portuguesa, mas suas considerações cabem perfeitamente para a brasileira) “não deixa margem para tal lógica”. O autor não consegue encontrar “nenhum arrimo para um princípio geral de limitação jurídico-constitucional da esfera de actividade pública em nome da reserva para os indivíduos ou organizações privadas de tudo o que estes estejam em condições de realizar”.⁴⁵¹

George JELLINEK, ao refletir sobre os limites da ação estatal como fator social determinante, propôs a interessante teoria dos limites reais à intervenção do poder: o Estado realizaria um influxo escasso nas relações sociais; portanto, a utilização de seus instrumentos de poder unilateral seria, “*como todo lo que viene de fuera, incapaz de llegar a transformar la parte interna de la vida del hombre, pues aun cuando esta se exterioriza en el mundo de los fenómenos, burla la acción de todo poder exterior*”. Isso significa que nenhum efeito sócio-interventivo sucede nos termos idealizados, correspondendo exatamente à intenção dos autores das medidas.⁴⁵² Esta tese acaba por contrabalançar a idéia de que o Estado tem que ser subsidiário, em face da sua posição “natural” de perfeito condicionador social, ao contrário da sociedade civil, totalmente passiva em face da atuação do Estado sobre suas estruturas. Em sentido semelhante, Gilberto BERCOVICI entende que a concepção que vem sendo exaltada pelas correntes liberalizantes de que o Estado brasileiro seria “demasiadamente forte”, opondo-se a uma sociedade civil tradicionalmente “fragilizada” seria falsa “pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas”. Todavia, a realidade tem denotado uma real dificuldade do Estado conseguir efetividade para o seu Direito positivo.⁴⁵³

A crítica o autor é procedente, embora talvez um pouco excessiva, pois

⁴⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 246.

⁴⁵¹ MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 250.

⁴⁵² JELLINEK, George. **Teoría general del Estado**. Op. cit., p. 194.

⁴⁵³ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 265.

existem algumas áreas em que o Estado realmente atua e torna efetivo o Direito, com destaque na proteção das liberdades fundamentais de primeiro nível (ainda que esteja longe do ideal). A grande dificuldade atual está na ampliação da atividade estatal em termos positivos, rumo à realização de seus objetivos republicanos fundamentais contidos no artigo 3º, incisos I a IV, da Constituição de 1988. Com a tendência de valorização da subsidiariedade são colocados de lado estes deveres constitucionais.

A desoneração do Estado demandada pela onda liberalizante denota uma proposital despreocupação com a possibilidade de perda popular de conquistas jurídicas históricas, pois é promovido um sério risco aos princípios da impessoalidade, da universalidade e continuidade dos serviços públicos não privativos do Estado (além de ser relativizada a sua incondicionalidade). Mesmo Bresser PEREIRA não ignora os problemas típicos de um regime prioritariamente descentralizado, tais como o conformismo, o exercício oligárquico do poder ou mesmo o que denomina de “paroquialismo”. Fenômenos estes notoriamente presentes na história brasileira, caracterizada pelo personalismo nos costumes e por uma franca tendência à coronelização quando atribuído poder aos pequenos espaços de decisão. No Brasil, tradicionalmente a descentralização não propiciou qualquer redução da corrupção. Mas este reconhecimento não o leva a perder seu otimismo gerencial em relação à subsidiariedade, pelo contrário, reacende seu ideal de “democratização” comunitária do Estado.⁴⁵⁴ Ou seja, para o novo paradigma gerencial “a descentralização é apresentada como um fator de eficiência e controle da atuação governamental, sugerindo que o poder central e/ou estatal é corrupto e ineficiente”. Isso por definição, fazendo com que a descentralização passe a ser um fim em si mesma,⁴⁵⁵ o que é totalmente coerente com a tomada da subsidiariedade como princípio.

Não parece ser esta a melhor opção de entendimento a respeito de um instituto que deveria ser encarado, sempre, como instrumental. Os institutos da descentralização e da desconcentração, seja internamente do Estado, seja para atribuir competência a entidades externas ao seu aparelho, não se justificam se não para o atendimento dos fins constitucionais que são preenchidos com valores e princípios de ordem material. Isso significa que não há como, por princípio, identificar na descentralização para o mercado e a sociedade civil um comprometimento com

⁴⁵⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 106.

⁴⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição.** Op. cit., p. 178.

programas efetivos de ação social. Aliás, em geral confere-se preferência a uma atuação filantrópica ou benemerente. É coerente com a realidade brasileira a própria negação de direitos sociais mediante a sua pseudo-atribuição a entidades privadas (que não raras vezes carecem de infra-estrutura para a realização do serviço ou não detém *know how* suficiente para compreender o caráter da prestação atribuída).⁴⁵⁶ Ou então, prestam os serviços com objetivos que não são aqueles identificáveis no espírito do Estado social presente na Constituição, seja ela entendida como norma jurídica, seja como essência política.

A retórica lingüística que encoberta este fenômeno desconsidera que os projetos sociais “lidam com fundos escassos sob severa vigilância, que por sua vez não toleram amadorismo, antes exigem, pelo contrário, um cálculo profissional de custo/benefício, na previsão do ‘retorno’ do investimento, o qual vem a ser enfim a transformação do apoio recebido em serviço”. Em razão desta premissa Paulo E. ARANTES destaca que “nem sempre é fácil perceber onde termina a utopia republicana e principia um empreendimento tocado à imagem e semelhança do mundo dos negócios”.⁴⁵⁷

Ao contrário das aparências, a flexibilização do regime jurídico dos serviços públicos, que é o tipicamente administrativo, promove um verdadeiro rompimento com o caráter público da prestação. Observam-se “contratos temporários, inexistência de concursos públicos, abertos e obrigatórios, seguindo critérios técnicos e de carreira profissional, inexistência de licitações públicas, inexistência de controles sociais sobre os recursos públicos gastos”, etc.⁴⁵⁸ Além disso, conforme relata André BORGES, “a passagem de atividades públicas para o setor privado, em vez de reduzir as oportunidades de corrupção, acaba por criar novas ‘rendas’ passíveis de serem caçadas”.⁴⁵⁹

A própria posição ambígua do poder público, que hierarquiza as reivindicações sociais de acordo com critérios político-eleitorais, somada à condição de

⁴⁵⁶ Ilustrativa é a situação estudada por Maria Luiza Amaral Rizotti na região do AMEPAR-PR, em que a descentralização foi instituída mediante a criação dos Conselhos Municipais de Assistência Social. Cf.: RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A política de assistência social: uma análise à luz da democratização da gestão**. Op. cit., p. 2 et seq.

⁴⁵⁷ ARANTES, Paulo Eduardo. Esquerda e direita no espelho das ONGS. **Cadernos ABONG**, n° 27, maio 2000, p. 168.

⁴⁵⁸ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social ...** Op. cit., p. 46.

⁴⁵⁹ BORGES, André. Ética burocrática, mercado e ideologia administrativa: contradições da resposta conservadora à crise do caráter do Estado. **Dados [on line]**. 2000, v. 43, n° 1.

monopólio das ONG's na representação da sociedade civil e à rigidez na organização dos serviços (que são submetidos a uma lógica formal-legal pré-estabelecida, mas nem sempre cumprida) são sustentadas por uma política de legitimação financeira que não recorre (porque não precisa) ao debate público.⁴⁶⁰ Esta situação fomenta de forma dramática o próprio “lado negro” destas organizações não governamentais, muitas vezes apenas instituições de fachada utilizadas para a prática de atos ilícitos (inclusive com o apoio e condescendência do Poder Público – quando não com sua participação).⁴⁶¹

Tem sido afirmado o papel do Estado na primazia da condução do processo (colocando as ONG's em uma situação de dependência) e amplia-se a participação popular na definição dos objetivos, prioridades e recursos. Contudo, em geral, o município não possui recursos; os governos locais não desejam arcar com o ônus político inerente às atividades; a sociedade civil não está organizada o suficiente para exigir maior presença no processo de decisão política; e os beneficiários estão submetidos a uma situação em que o universo político está reduzido ao individual/pessoal (vizinhança, laços de cortesia). Possibilita-se, assim, que os políticos mantenham sua “ação subordinante”.⁴⁶²

Na prática, o efeito desta descentralização em nada democratiza a atividade; pelo contrário, reduz fortemente a possibilidade de se efetivar qualquer forma de organização autônoma que consiga representar de forma legítima os interesses dos grupos sociais precarizados no contexto político social. O abrandamento das lutas por efetivos direitos sociais coletivos deveria ser a tônica de fundamentação do terceiro setor. Ao contrário, observa-se a manutenção da tradicional concepção vinculada à prática da benemerência, que recusa a lógica de direitos para afirmar a concessão de benefícios (em geral clientelistas ou corporativos).⁴⁶³

Neste contexto, uma das principais características da sociedade civil, sua independência, fica fortemente comprometida, propiciando o desenvolvimento daquilo que já se convencionou chamar de “terceiro setor governamental”. Na realidade, o projeto de reforma do Estado no Brasil, vindo “de cima para baixo” é pautado

⁴⁶⁰ RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A política de assistência social ...** Op. cit., p. 5.

⁴⁶¹ Situação denunciada com certo realismo sarcástico no lúdico e trágico filme “Quanto vale ou é por quilo?”. Cf.: BIANCHI, Sérgio. **Quanto vale ou é por quilo?** Brasil: Agravo Produções Cinematográficas, Riofilme, 2005.

⁴⁶² RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A política de assistência social ...** Op. cit., p. 4

⁴⁶³ RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A política de assistência social ...** Op. cit., p. 4.

claramente (ainda que não assuma este fato) pelo “princípio da participação subordinada”.⁴⁶⁴ O Estado passa a ser, então, indispensável para a sociedade civil prestadora de serviços públicos. E veja-se que isto não ocorre somente no Brasil. Na década de 90 observa-se que nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França, na Alemanha, na Itália, na Hungria e no Japão a principal fonte de renda são os próprios encargos sobre os serviços (em média 47%), ou seja, existe contraprestação pela atividade. Já a segunda maior fonte de recursos é o Estado (43%), enquanto as doações particulares não ultrapassam a média dos 10%.⁴⁶⁵ É o retorno da doutrina clássica que propugna por “uma sociedade de serviços em lugar de um Estado de serviços” como forma de resolver os problemas típicos da propalada crise do Estado social.⁴⁶⁶

Nota-se que, no caso brasileiro, se não é o próprio governo nacional que os financia, muitos são financiados pelos governos estrangeiros,⁴⁶⁷ o que já passa a gerar uma preocupação em face à garantia de soberania.⁴⁶⁸ Cria-se um novo Estado dentro da própria sociedade civil: um “sub-Estado”, que é financiado por recursos públicos e que segue a política do governo, mas que não se submete ao regime administrativo por se encontrar organicamente fora do Estado do ponto de vista jurídico. Isso significa que na realidade os projetos de reforma tem como sujeito e sujeitado o próprio Estado. A sociedade civil é somente um elemento justificador. O que não reduz o efeito de ampliação geométrica das atividades (e do poder) das ONG’s.

Note-se que mesmo as próprias entidades do terceiro setor já estão alertas em face desta perigosa “estatização” de suas atividades. É o caso da Associação Brasileira de Organizações Não-governamentais - ABONG, quando afirma textualmente que as ONGs não podem ser utilizadas para a terceirização do papel do precípua do Estado, por consequência, defendendo uma atuação destas entidades na discussão de políticas públicas e não em sua exclusiva execução.⁴⁶⁹ Além disso, não

⁴⁶⁴ Este termo foi cunhado por Carlos MONTAÑO, a partir de seus estudos sobre Tocqueville e apropriado livremente neste trabalho. Conferir: MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social ...** Op. cit., p. 72.

⁴⁶⁵ IOSCHPE, Evelyn Berg (Coord.). **Terceiro Setor: desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 95.

⁴⁶⁶ “una società di servizi in luogo di uno Stato di servizi”. GUALDANI, Annalisa. **I servizi sociali tra universalismo e seletività**. Op. cit., p. 214.

⁴⁶⁷ PETRAS, James. **Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa**. Op. cit., p. 30.

⁴⁶⁸ Caso bastante ilustrativo é o da Amazônia, em que as ONG’s estrangeiras têm feito pressão para a adoção de um controle externo. Cf.: GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos gigantes**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 177.

⁴⁶⁹ SEABRA, Cátia. A força das ONGS no governo. **Jornal O Globo**. 3/05/2004, Primeiro Caderno, p. 3.

pode ser olvidado que a caracterização do público pelo simples fato de possuírem caráter não-lucrativo é precária, pois tal natureza não retira a perspectiva particularista da prestação. Nesta conjuntura, o abandono do espaço político, que já é uma realidade, torna-se ainda mais profundo, restando-lhe somente um simulacro da democracia participativa.

Segundo a visão dominante, as “competitivas” organizações não-governamentais da pós-modernidade devem ser “menos politizadas, mais empresariais, voltadas para o autofinanciamento ou para a procura de parcerias no sentido de obter fundos, o que lhes exige maior eficiência”. Esta orientação é clara quando se observa, por exemplo, a paradigmática convocatória do *IV Encuentro Iberoamericano del Tercer Sector: “Hacia um nuevo contrato social para el siglo XXI”*, ocorrido em Buenos Aires, em setembro de 1998. Este novo contrato social reporta-se à construção de um espaço público não-estatal, ‘não-classista’ e ‘não-político’, voltado para a harmonia e para o consenso.⁴⁷⁰ Provoca-se, assim, a substituição da política pela ação moral subjetiva, com preferência aos chamados *corpos intermédios*, como a família e a associação de bairro. Nos termos do novo padrão, reforçar a atuação do terceiro setor não implica o reforço democrático da cidadania ou da sociedade civil. Ao contrário, em culturas como a brasileira, que não possui tradição em termos de organizações privadas autônomas e ainda vem sendo influenciada pelo fenômeno global do niilismo político, observa-se um retrocesso. Como destaca Carlos MONTAÑO, o surgimento deste novo modelo de intervenção social gera “*localização* (descentralização e focalização) no lugar da universalização das políticas sociais; *temporalidade* (solidariedades curtas) no lugar da permanência e garantia dos serviços; *voluntariado* no lugar do direito de cidadania articulado pelo Estado”.⁴⁷¹

Não se discute que o incentivo à participação social na deliberação sobre a forma e os problemas inerentes à prestação de serviços sociais é de todo pertinente. Entretanto, algumas admoestações poderiam ser feitas: o Estado não deve oprimir o terceiro setor pela regulamentação excessiva, pois estaria subvertendo o escopo fundamental, que é restringir-se à atuação meramente indutora; em nível funcional, deve o Estado sempre considerar que as atividades desenvolvidas pelas chamadas organizações não-governamentais jamais poderão substituir atividades típicas, pois as

⁴⁷⁰ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social ...** Op. cit., p. 139 e 142.

⁴⁷¹ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social ...** Op. cit., p. 115.

falhas do setor privado são estruturais e a condição do espaço público não estatal no Brasil não permite o otimismo gerencial característico do processo de publicização. Quando o repasse de atividades sociais é meramente funcional, a atuação do terceiro setor não é política, mas meramente orgânica, a partir de um processo de descentralização (paradoxalmente típico do regime burocrático).

A reestruturação dos serviços sociais deveria pautar-se por uma visão diferente daquela inerente à mentalidade predominante e atualmente reconhecida pelo Direito brasileiro e que não somente significa um equívoco de princípio como promove uma prática ineficiente. Nestes termos, torna-se essencial para reverter esta situação: a) expandir a oferta de serviços estatais, criando uma rede sob gestão pública; b) passar de um sistema individualista para um coletivista; c) retransferir a responsabilidade prioritária dos serviços sociais (com ênfase aos relativos à assistência social) da sociedade para o Estado; d) superar a oferta voluntarista pela prestação obrigatória pelo Estado; e) reconhecer o direito social dos cidadãos, negando o caráter filantrópico das atividades; e f) ampliar de forma efetiva a base social da política e a base política da sociedade.⁴⁷² Finalmente, encampa-se a proposta de Tarso Cabral VIOLIN de que “o Estado, principalmente nos países periféricos ou semiperiféricos como o Brasil, ainda têm um papel fundamental na execução direta de serviços sociais”.⁴⁷³ Diversamente do que se tem propagado, há que se publicizar o Estado tanto quanto a sociedade civil. Só assim é possível efetivamente defender a idéia de que a prestação de serviços públicos pelo Estado configura verdadeiro direito fundamental subjetivável.

A tendência de delegação dos serviços públicos não privativos do Estado ao terceiro setor dificilmente escapa do enquadramento em um claro caso de desvio de finalidade. Há desvio de finalidade no campo dos valores e também no campo dogmático-administrativo. Os motivos declarados, em geral, não são os motivos reais, pois na verdade, a combinação entre mais controle do déficit público e menos controle das verbas assistenciais parece agradar tanto os agentes do aparelho estatal quanto às entidades, grupos e agentes vinculados a esta “sociedade civil prestacional”. Por outro lado este repasse também interessa ao governo e à elite dominante, pois as associações típicas do ascendente terceiro setor, possivelmente “mais do que uma forma de ampliar

⁴⁷² RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A política de assistência social ...** Op. cit., p. 5.

⁴⁷³ VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.** Belo Horizonte: Fórum, 2006, p 151.

o poder popular dos oprimidos e explorados, consistem numa forma de conter as insatisfações destes e pulverizar a participação e lutas sociais, retirando o caráter revolucionário destas e transformando-as em atividade por interesses específicos de pequenos grupos.”⁴⁷⁴ Mais uma razão para confirmar a proposição de que a disseminação de núcleos específicos de defesa de interesses não congrega uma verdadeira proposta política. A privatização de serviços públicos não privativos, significa desinstitucionalização do espaço público e enfraquecimento do Estado mediante o fortalecimento dos centros privados, onde a decisão decorre de fatores prioritariamente econômicos (e o terceiro setor não foge a esta regra).⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A política de assistência social ...** Op. cit., p. 75.

⁴⁷⁵ CHAUI, Marilena. **Público, privado, despotismo.** Op. cit., p. 387.

- PARTE II -

O ESPÍRITO DO ESTADO SOCIAL E A NEGAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE

QUARTA PROPOSIÇÃO

O “dever ser social” como espírito do Estado democrático é uma das mais importantes conquistas ético-civilizatórias da humanidade, apesar da forte contestação pragmatista contemporânea.

O Estado-nação ocidental constitui uma representação mental simbolicamente nascida por meio das duas principais revoluções do tempo moderno: a revolução francesa e a revolução industrial; liberdade e igualdade; direitos subjetivos frente aos outros particulares e contra o Poder Público. Elementos estes que marcam o estabelecimento de uma nova relação institucional condicionadora das opções políticas.

A existência de um “poder ordenador” obviamente não é característica do momento moderno, mas acompanha a própria história da sociedade e é determinada pela mentalidade imanente ao grupo (ou pelo próprio pensamento filosófico predominante); o pai, o monarca, o senhor feudal, o parlamento, o governo, os juízes, o coronel. Várias formas de intervenção pública impostas, entre outros motivos, para evitar o abuso na satisfação dos interesses individuais ou no exercício de direitos e liberdades pelos particulares. O afastamento da autotutela parece ser uma exigência sócio-cultural típica da condição humana. Mas entender o Estado nacional como um fenômeno unívoco seria um erro grosseiro. Em que pese algumas características fundamentais o peculiarizem como um signo (e instituição) eminentemente moderno, ele passa por várias fases. No tocante à sua relação com a sociedade e a distribuição de fins públicos entre os dois, pode-se observar que seu status alterou-se paulatinamente de mero guardião para um interventor esporádico e, por fim, para um interventor institucionalizado.¹ Estas formas de intervenção conduzem ao reconhecimento de diferentes mentalidades, correntes de pensamento e sistemas econômicos.

¹ PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 40.

Toda economia é um sistema ou um tipo, “no sentido de um conjunto de elementos ordenados unitariamente e dotados de certa estabilidade”.² Por conseguinte, possui elementos pessoais (produtores, consumidores), materiais (meio de produção, matéria prima) e processos (produção, distribuição), podendo ser caracterizado segundo dois critérios fundamentais: o modo-de-produção (foco de Karl Marx) e o tipo-de-coordenação (foco de Max Weber). O primeiro trata das relações entre produtores, meios ou instrumentos de produção e os próprios produtos (por exemplo, o capitalismo defende a apropriação privada dos meios; o socialismo, a sua expropriação). O segundo critério indica a pré-ordenação da ação econômica, por exemplo, sugerindo a economia de mercado (autonomia dos indivíduos típica do capitalismo) ou a economia dirigida (interferência de uma entidade central e superior típica do socialismo). Há várias possibilidades entre estes modelos estruturantes e, ademais, em uma economia concreta nunca há um único sistema econômico puro (embora sempre haja um dominante).³ O Estado social, desse modo, caracteriza-se por introduzir por meio da ordem constitucional um específico modelo de forte intervenção cujo modo-de-produção é pautado pela apropriação mista dos meios de produção e por uma esquema de planejamento parcial em um sistema econômico predominantemente capitalista.

O modelo econômico estabelecido, bem como as correntes de pensamento intervencionistas, não teriam condições de predominar e alcançar sucesso político e jurídico se não possuíssem uma base mental que lhes fosse favorável. O surgimento do Estado social correspondeu a um período ímpar na história da humanidade, caracterizado por guerras sem precedentes, por uma forte concorrência ideológica entre capitalismo e socialismo e pelo fracasso do liberalismo clássico na preservação do sistema vigente. O avanço da indústria, as políticas habitacionais, o incremento do consumo de base, o pleno emprego e a melhoria geral das condições de vida no ocidente contribuíram para a crença no Estado e na sua capacidade de normalização da realidade.⁴ Crença que não se sustentou por muito tempo, de um lado porque efetivamente o capitalismo se reergueu de tal forma (nos países desenvolvidos) que passou a novamente prescindir da intervenção estatal e, de outro lado, porque nos países não desenvolvidos a frustração logo superou a esperança como uma decorrência

² MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelho, 1978, p. 17.

³ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 21.

⁴ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 264.

justificável da inefetividade do modelo. A soma de amplo sucesso e forte frustração fez o amálgama necessário para o paulatino ressurgimento liberal na década de 1980. Bastava apenas aguardar o momento adequado para instaurar de vez uma nova fase. Quem forneceu este “dia D” foi o próprio sistema burocrático socialista, ao reconhecer a inevitabilidade de seu fracasso econômico e social com a queda do muro de Berlim. Prever quais serão os frutos desta ruptura paradigmática, bem como por quanto tempo serão sentidos os seus efeitos, seria uma tentativa temerária de futurologia. Muito antes do que se imaginava o final da primeira década do século XXI está vivenciando outros acontecimentos de acentuada relevância global, como a própria crise financeira levada efeito pela precariedade estrutural do sistema creditício estadunidense. Novo exemplo histórico (nada original) de que o liberalismo exaspera-se no seu auto-elogio quando em períodos de bonança, mas não sustenta receio algum de recorrer ao Estado quando as coisas vão mal. Nada mais típico do capitalismo liberal do que se apropriar dos benefícios e distribuir os prejuízos.

I

Ascensão e queda da imagem do Estado social

Do século XV a XVIII verifica-se o predomínio, em maior ou menor escala (dependendo do período específico e do local em foco), do mercantilismo e do colonialismo como políticas públicas interdependentes de atuação do Estado na economia. A relação econômica fundamental é realizada entre os comerciantes e o Estado. Elimina-se a concorrência por meio da instituição do monopólio público, bem como o Estado intervém a favor da incipiente “indústria nacional” com medidas protecionistas em busca de uma balança comercial que lhe seja francamente favorável.⁵

Os excessos do mercantilismo e a mudança paradigmática provocada pelo renascimento e pelo desenvolvimento do capitalismo começam a fomentar idéias que mais tarde modificam a própria estrutura do mercado, que passa a conviver (e sobreviver) com a dicotomia intervenção/liberdade. É no momento de abandono da

⁵ Sobre a relação entre mercantilismo e colonialismo, ver: LOPES, Andréa Roloff. **Alexandre Rodrigues Ferreira e a viagem filosófica: economia e ciência na Amazônia colonial**. Curitiba, 1998. Dissertação de Mestrado (Mestrado em História) – Setor de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal do Paraná.

mentalidade e das práticas mercantilistas que surgem as doutrinas mais importantes da história da economia: a Escola Fisiocrática (na França, com François Quesnay e Jacques Turgot) e a Escola Clássica (na Inglaterra, com Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill), ambas defendendo o *laissez faire*.⁶

As mentalidades históricas tendem a se contrapor radicalmente. Dificilmente os momentos de transição manifestam-se como situações de equilíbrio social e cultural. Mesmo quando não emergem conflitos, revoluções ou guerras, o combate na esfera das idéias é inevitável. Foi assim que ocorreu com o liberalismo do século XIX ao opor-se veemente ao mercantilismo e, por via de consequência lógica, ao próprio Estado e sua política de intervenção.

Os fisiocratas, inspirados no naturalismo e focados na atividade agrícola admitiam certa regulação estatal apenas para promover uma necessária restrição às exportações de manufaturas e fixação de preços mínimos para a agricultura. Os clássicos, voltados para uma economia moderna (e com certa inspiração na própria Idade Média), propugnavam por um mercado auto-regulado. A abstenção de intervenção também não deveria ser total, pois caberia ao poder público a garantia da polícia, da propriedade privada, além da defesa da concorrência e a construção de algumas obras públicas necessárias à sociedade, mas que não interessavam economicamente ao mercado.⁷ A crença no empenho pessoal como gerador de benefícios sociais, aliada a de que a concorrência reduz os custos, fomenta o entendimento de que o Estado não deve intervir. Por outro lado, a realidade impera e o liberalismo não consegue desvencilhar-se do Estado, até mesmo exigindo-o para proteger a sociedade de violências externas ou de agressões entre os indivíduos (promovendo a justiça e inibindo a autotutela privada), bem como admitindo a prestação de alguns serviços públicos relevantes (como o postal e o de higiene pública) financiados por um sistema de “tributação proporcional”.⁸

De fato, a prática interventora do Estado liberal, para além da teorização fisiocrática ou clássica, caracterizou-se preliminarmente por uma eliminação de qualquer intervenção direta estatal, garantindo-se, todavia, o estabelecimento de uma política antitruste (ao menos no final do século XIX). O reconhecimento de uma “ordem

⁶ HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 7. ed. Tradução de Alayde Traveiros. São Paulo: Atlas, 1962, p. 104-175.

⁷ HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. Op. cit., p. 114 et seq.

⁸ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 40.

natural”, onde parecia razoável supor que somente os melhores competidores sobreviveriam, sustentava uma postura interventora progressista em que o Direito torna-se eminentemente formal e individualista (exemplo interessante é o sucesso do Código Napoleônico e sua garantia da igualdade formal e da autonomia da vontade).⁹

Mas o modelo “filosófico” e o dever ser jurídico foram confrontados pelos fatos. Se na teoria propugnava-se como natural e desejável um número indefinido de participantes econômicos, agentes sem influência autônoma na oferta e na procura, maximização da utilidade das trocas, fungibilidade de mercadorias, transparência do mercado e rápido atendimento à demanda, na prática o mercado de trabalho não retratava adequado ambiente devido ao excedente de mão-de-obra, sendo importante o papel do Estado para a repressão ao operariado, a proibição de sindicatos e greves e a criação de condições para o funcionamento da economia (por exemplo, com a abertura de fontes de matéria prima por intermédio do colonialismo).¹⁰

A revolução industrial gerou oferta de bens maior que a procura (até mesmo pelo baixo poder aquisitivo dos consumidores). Então os comerciantes, para sobreviver, tinham que, de qualquer forma, suplantar seus concorrentes. Este fato implicou um comum abuso de poder no mercado, o que, por sua vez, ocasionou aumento da desigualdade entre concorrentes e a tendência de desaparecimento da liberdade efetiva. Paradoxalmente, o proclamado regime de liberdade levava ao germe de sua própria destruição. A partir da década de 1860 vários setores da economia passam a ser controlados por grandes empresas (gerando o desenvolvimento de fortes monopólios e oligopólios). A competição é substituída por acordos e associações, surgindo uma tendência de desvalorização do capitalismo industrial com o surgimento do capitalismo financeiro. Ademais, ganha sustentabilidade a “questão social”, decorrente do aumento do poder dos trabalhadores.¹¹

Para atenuar parte deste problema, na última década do século XIX os EUA e a Europa começaram a editar normas de controle do mercado. É neste momento que nascem, particularmente, duas espécies de normas: as antitruste e as de proibição da concorrência desleal; ambas com o objetivo de restabelecer as condições ideais de mercado, de acordo com os princípios da multiplicidade de operadores e da liberdade

⁹ PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Op. cit., p. 59.

¹⁰ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 43 et seq.

¹¹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 48.

de iniciativa.¹² O *Sherman Act* (1890) é o exemplo fundamental deste novo modelo regulatório.¹³ Esta forma interventiva caracterizou o primeiro estágio do Estado social (a intervenção para proteção do mercado – um mero “Estado interventor”).

Obviamente esta legislação não se destina à resolução da questão social subjacente. Os conflitos de classe eram evidentes e cada vez mais intensos e organizados, o que fez com que o Estado tivesse também que assumir uma postura assistencialista (ainda que tímida) em países como a Inglaterra e a Alemanha. Francisco C. GUEDES chega a identificar a origem do *welfare state* justamente na década de 1880, com a criação por Otto von Bismarck de um sistema composto de seguro obrigatório para acidentes do trabalho, doenças, invalidez e velhice. Por consequência da política social iniciada em 1911 foi instituído o primeiro “Código Imperial dos Seguros Sociais”. No mesmo período, em 1908 e 1911, foram criadas as leis inglesas de pensões e seguro social.¹⁴

A Primeira Guerra é um momento paradigmático de desenvolvimento desta tendência protetiva, pois contribuiu para a efetiva quebra do modelo liberal impondo novas exigências ao Estado, que abandona o regime antecedente rumo à formação de um “Estado de economia mista”.¹⁵ Em meados do século XX ocorre uma mudança radical na forma de intervenção do Estado na economia. A falta de capital, a quebra de mercados, o nacionalismo e o protecionismo praticados à revelia dos ensinamentos liberais propiciam o surgimento do segundo estágio do Estado social: o que veio a ser chamado de “Estado providência”, cujas características essenciais passam a ser a redistribuição assistencialista de riqueza, a fixação de preços e o controle administrativo da vida privada e do próprio mercado. Esta nova forma de regulação econômica exige uma mudança na própria estrutura jurídica-constitucional. Há a necessidade, portanto, de uma “ordem pública econômica”, que visa garantir o interesse coletivo sobre o individual.¹⁶ Os objetivos econômicos fundem-se aos políticos tornando-se “político-sociais” mediante a defesa do crescimento econômico, da

¹² PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Op. cit., p. 60.

¹³ Norma esta que “deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998, p. 65.

¹⁴ GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei: economistas, políticos e o Estado do mundo**. Lisboa: Bertrand, 1991, p. 159.

¹⁵ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 53.

¹⁶ Sobre o assunto ver: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, passim.

estabilidade do padrão de vida e da possibilidade de busca da igualdade material.¹⁷

O Direito assume de vez o seu papel central nesta tarefa determinante dos fins do Estado, firmando legalmente o modelo político que não só passa a ser aplicado institucionalmente, como adquire um caráter fortemente positivo na mentalidade de então. Neste ambiente é que se desenvolve, com a Constituição de Weimar, o conceito de “constituição econômica” dotado de um específico conjunto de princípios normativos expressos que fundamentam e determinam a estrutura e o funcionamento da atividade econômica dentro do Estado e na sua relação externa.¹⁸ Situação que gera três conseqüências fundamentais: a) o poder do mercado se converte em uma questão jurídica; b) a ciência do Direito mantém sua função crítica sobre a economia; e c) o Direito assume tarefas de redistribuição e autodireção econômicas. De forma definitiva, o Direito não pode mais ser entendido como um mero produto das relações econômicas.¹⁹

De acordo com Vital MOREIRA, a Constituição Econômica torna-se no século XX um conjunto de normas fundamentais congregadoras de princípios constituintes da ordem econômica que necessariamente passam a regulamentar os institutos que definem a propriedade dos meios-de-produção, delimitam a esfera de competência do Estado e da iniciativa privada e organizam os sujeitos econômicos entre si. Mas esta realidade não foi vivenciada de forma equânime no tempo e no espaço. Já existiam constituições econômicas mesmo no período liberal, em razão do que a idéia de uma ordenação constitucional da economia não é uma novidade do constitucionalismo social.²⁰ A Constituição do México (1917) foi a primeira, embora a de Weimar tenha sido a mais paradigmática (1919); outros Estados somente num momento posterior foram inspirando-se no modelo e incrementando seus ordenamentos positivos (Espanha em 1931, Portugal em 1933, Brasil em 1934, França em 1946, Itália em 1947, Suíça em 1949); cada qual com suas peculiaridades, até porque seus regimes de governo não eram iguais.²¹ Mesmo os Estados que não reformaram seus sistemas constitucionais ou seguiram regidos por uma constituição material acabaram adotando em linhas gerais uma prática semelhante, com ampliação

¹⁷ PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Op. cit., p. 63.

¹⁸ PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Op. cit., p. 104.

¹⁹ PETERMANN, Rolf. Reflexões sobre o Direito econômico e Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). **Contratos internacionais e Direito econômico do Mercosul**. São Paulo: LTr, 1996, p. 575.

²⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento ...** Op. cit., p. 32.

²¹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 67.

progressiva da intervenção do Estado na economia e implantação crescente de uma política colonialista. Os Estados Unidos criam em 1935 um sistema nacional de indenização por desemprego.²²

A crise do capitalismo pós-primeira Guerra mundial propiciou um ambiente favorável para a queda da importância da democracia no imaginário popular (que até então relacionava de forma intensa liberalismo econômico e democracia política). E assim, a idéia de um governo forte tornou-se cada vez mais palatável, quando não obrigatória, seja em termos políticos, seja em termos econômicos, exigindo-se, então, um aparato jurídico que lhe desse respaldo.²³

Enquanto as experiências soviética, fascista e nazista aproveitavam-se desta mentalidade antiliberal típica do início do século XX, tradutora de uma imagem do Estado como o “ente do bem”, eticamente positivo e preferível como instituição responsável pelos indivíduos (em detrimento da sociedade civil), nos demais países as respostas caminharam em sentido diverso. Apesar de também recusarem o modelo liberal, os Estados proto-sociais que começavam a se estabelecer mantinham seu apego, em maior ou menor grau, ao Estado de Direito. Elaborava-se, assim, uma terceira direção mediante a reavaliação da tradicional dicotomia entre Estado e sociedade civil. Fenômeno este que Jorge Reis NOVAIS entende como uma pretensão de “estadualização da sociedade” e recíproca “socialização do Estado”. Deste amálgama surge o modelo misto consolidado como o Estado social.²⁴ Um Estado composto de princípios cuja força normativa foi cada vez mais sendo reconhecida. Princípios que passam a visar uma conformação político-social positiva e não mais somente negativa, o que exige uma ultrapassagem da mera restrição dos fins estatais para também limitar a própria atividade privada, considerando que abusos são cometidos não só pelo Poder Público. Como propõe Regina Maria M. Nery FERRARI os “poderes extra-estatais, como os raciais, os eclesiásticos e econômicos, podem propiciar o mesmo resultado”.²⁵ Ou seja, “a violentação das consciências não provém apenas do Estado, através da lei; pode vir também da sociedade, através da imposição de cânones opressivos de

²² GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei: economistas, políticos e o Estado do mundo**. Op. cit., p. 160.

²³ MAZOWER, Mark. **Continente sombrio: a Europa no século XX**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 113 et seq.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 188.

²⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: RT, 2001, p. 252.

comportamento (regras “de pensar” e de “actuar politicamente”, regras “de decência”, regras “de trato”, “de vestir”, “de falar”, etc.).²⁶

A partir da década de 1930 impôs-se uma nova espécie de nacionalismo econômico incompatível com o livre-comércio internacional. John Maynard Keynes passa a defender, com êxito, o protecionismo estatal para a geração de empregos. Ainda que não deixasse de acreditar no livre comércio a longo prazo, a doutrina keynesiana propunha a intervenção do Estado para superar a falta de demanda mediante a garantia artificial dos preços, a manutenção de uma balança comercial favorável, o pleno emprego e o crescimento sustentável. Apesar de nem sempre utilizar-se de institutos originais, mudou radicalmente o sistema econômico, que se antes era baseado na determinação autônoma dos preços pelas unidades de produção (que em decorrência da lei da oferta e da procura seriam sempre os melhores), agora tem como objetivo o “desenvolvimento sustentado”, com o setor público sendo responsável pelo controle das deficiências do mercado, inclusive tornando-se o aparelho estatal um dos maiores produtores e consumidores de bens e serviços.²⁷

A estratégia moderna de meados do século XX possuía como idéia-força a superação dos princípios liberais mediante o reconhecimento de uma franca imposição do interesse público sobre os interesses privados e sobre o sistema capitalista. Este modelo intervencionista busca explorar a vantagem principal da economia de mercado (a liberdade e a eficiência competitiva) sem ser objeto de suas falhas (externalidades negativas, desigualdade, exploração). As funções do Estado no *welfare state* das décadas de 60 e 70 passam a ser legitimadas pela realização de condições mínimas aos grupos mais débeis, sem mesmo levar em conta seu status no mercado de trabalho. Busca-se, assim, efetuar uma correção no funcionamento cego das forças do mercado por meio da imposição de metas políticas à economia. De forma inédita na história da humanidade é conferido ao Estado uma efetiva função substantiva e finalística, democratizando a própria economia mediante a melhor alocação de recursos, a distribuição mais justa da riqueza e a proteção dos socialmente necessitados.²⁸

²⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 92.

²⁷ PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Op. cit., p. 53.

²⁸ REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia: reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica. Tradução de Fernando Herren Aguillar. **Cadernos de Direito Econômico e Empresarial – Revista de Direito Público**. São Paulo, n° 94, abr./jun. 1990, p. 264 et seq.

O período posterior à Segunda Guerra mundial caracteriza-se por uma mudança substancial das relações econômicas internacionais, com a alteração do padrão de lastro monetário estabelecido em *Bretton Woods* (1944), assumindo-se formalmente a hegemonia norte-americana mediante a aceitação do dólar como moeda internacional conversível em ouro e criando-se importantes organismos como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD).²⁹

Tornam-se muitíssimo bem sucedidos os Planos Marshall e Dodge, instituídos pelo governo norte-americano para auxiliar na reconstrução da Europa e do Japão, respectivamente, mediante a reconstrução da sociedade capitalista, a integração de várias economias importantes à dos Estados Unidos e, ainda, a adequação entre a imensa defasagem entre os dólares e o ouro existentes no EUA e falta deles entre os aliados. Sucesso este não somente por conta dos benefícios gerados aos Estados subsidiados, mas pelo reflexo positivo e amplamente favorável à economia norte-americana dos anos de 1950 e 60. A “ajuda” recebida implicava a imposição de determinadas condições como, por exemplo, o acesso especial à determinadas matérias-primas, o incremento da exportação para a Europa e Japão, a fiscalização por técnicos dos EUA da utilização dos fundos, a não abertura de empresas concorrentes em determinados setores e a implantação do fordismo.³⁰ Além do que, tal estratégia econômica induzia ao alinhamento propugnado pela Guerra Fria, em que “as lideranças políticas do Ocidente dividiram o mundo em ‘países do bem e países do mal’, situando-se evidentemente no primeiro bloco”.³¹

A redução do desemprego, a ampliação da mecanização, o aumento da produtividade, a emancipação da mulher como protagonista produtiva e política, a incrementação da educação – com o aumento de sua importância como condição de ascensão social, e o advento de certa “crise do sentimento religioso”, além do fenômeno consumista decorrente das novas ofertas de produtos eletrônicos como a televisão e de revolucionárias formas de entretenimento como o cinema acabam firmando o “modo

²⁹ FIORI, José Luís. Estados, moeda e desenvolvimento. In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 70 et seq.

³⁰ PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: REIS FILHO, Daniel Araújo; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Orgs). **O século XX: o tempo das crises**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 233.

³¹ GOMES, Eduardo Biacchi. **Comércio internacional e comunidade sul-americana de nações: o projeto democrático da integração**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 84.

de vida americano” como o padrão de felicidade do homem moderno típico do Estado de bem-estar.³² Porém, os chamados “anos dourados” da intervenção econômica socializadora duraram um curto espaço de tempo, não conseguindo nem mesmo concluir o século como o paradigma dominante.³³ O pensamento liberal (que se manteve intacto mesmo como uma representação fortemente negativa no imaginário popular e acadêmico), tendo sido rechaçado pela mentalidade econômica prevalecente entre as décadas de 30 e 60 do século XX, volta com força total nas décadas seguintes. A força da tradição, aliada a certa ânsia de se considerar a economia uma ciência com soluções perfeitas e naturais, encontrou solo fértil nos anos 70, fazendo com que a defesa de um papel mais ativo do mercado não mais encontrasse objeções como uma alternativa viável e até mesmo necessária. Ademais, não se pode ignorar a força de interesses econômicos que ficaram obstados pelos controles típicos do Estado de bem-estar.³⁴ E ainda, é relevante o fato de que “o acesso ao consumo de certos bens de massa, o pleno emprego, assim como o entorno protetor do Estado de bem-estar, moderaram as reivindicações e fragilizaram o poder sindical”.³⁵

Certa “insubordinação” político-econômica do capitalismo periférico, a ruptura do sistema dólar-ouro instituído em *Bretton Woods* e, paradoxalmente, a própria estabilidade política estadunidense e européia, com forte ampliação do bem-estar social, acabaram dando origem a uma mentalidade de reversão do movimento ocorrido na década de 30. O Estado começa, então, a aparentar um ente desnecessário ou até mesmo prejudicial ao bom desempenho econômico da sociedade civil. Sem dúvida, os movimentos sociais anti-conservadores e libertários da década de 60 tiveram importante papel na consolidação desta nova (e negativa) imagem do Estado.³⁶ A precária situação econômica da década de 80, em boa parte decorrente dos problemas de financiamento decorrentes da crise do petróleo de 1973, é causa e consequência da sua própria realidade.³⁷ Uma realidade muito mais perversa para Estados como o Brasil, dependente de petróleo externo, devido à sua total vinculação ao transporte rodoviário, e necessitado do crédito e investimentos externos, em razão da sua falta de

³² PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social**. Op. cit., p. 244 et seq.

³³ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Op. cit., p. 253.

³⁴ PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Op. cit., p. 54.

³⁵ PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social**. Op. cit., p. 244.

³⁶ FIORI, José Luís. **Estados, moeda e desenvolvimento**. Op. cit., 70.

³⁷ PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social**. Op. cit., p. 251.

produção e poupança internas.

Na Inglaterra, a Primeira Ministra Margaret Thatcher inicia a implantação de um “liberalismo centralista”, fomentando a subsidiariedade horizontal mediante a privatização de atividades estatais, e negando a subsidiariedade vertical mediante a progressiva restrição da autonomia das regiões. A forte tradição inglesa de autonomia e governo local é absorvida por uma propaganda intensa e pela edição de vários decretos de 1980 a 1982. Os órgãos mais afetados foram as “*local authorities*” trabalhistas, que se opuseram à redução da proteção social e à privatização de serviços comunais. Em 1984 as *local authorities* perderam o direito de fixar as alíquotas de seus impostos (o que faziam desde 1601).³⁸

O Consenso de Washington, incentivado pela onda neoconservadora do final da década de 70 e início da década de 80,³⁹ reconheceu como causas da crise a indisciplina fiscal, o populismo econômico, a excessiva intervenção estatal, a restrição ao comércio externo e a concessão de subsídios; somente em um plano de inferior importância era mencionado o problema da dívida externa contraída de forma intensa (e abusiva) para o financiamento do crescimento econômico da década de 70.⁴⁰

O Brasil vivenciou um tempo fora do tempo. Enquanto o Estado social implantado e bem sucedido na Europa e, em certa medida nos Estados Unidos, chegava ao seu apogeu, o receio público geral de implantação de um sistema socialista refreava os possíveis avanços no país. Embora também influenciada pelo pensamento de autores como François Perroux, Gunnar Myrdal e Albert Hirschman, a política brasileira de desenvolvimento das décadas de 1950 e 1960 em regra apenas seguiu os ditames da teoria do subdesenvolvimento da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina), cujo foco era o nacional-desenvolvimentismo fulcrado na industrialização setorial e na forte intervenção direta do Estado.⁴¹

³⁸ GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei: economistas, políticos e o Estado do mundo**. Op. cit., p. 172.

³⁹ WILLIAMSON, John; KUCZYNSKI, Pedro-Pablo (Org.). **Depois do consenso de Washington: retomando o crescimento e a reforma na América Latina**. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. Tradução de Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 46.

⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento ...** Op. cit., p. 46-50.

O desenvolvimento buscado no período pós-64 visava permitir a utilização da capacidade da indústria então instalada, assegurar a poupança necessária à consolidação do processo de substituição de importações e promover a modernização da agricultura por meio de subsídios.⁴² Na realidade, não se observa a implantação de um legítimo Estado social, pois apesar do assistencialismo e da forte intervenção, inclusive mediante a proliferação das empresas estatais, o foco não era a redistribuição de renda e o desenvolvimento da qualidade de vida dos cidadãos, mas apenas um crescimento econômico setorial, fundado na modernização da infra-estrutura. A ineficiência e a improdutividade da Administração pública ditatorial aliada à sua incompetência na percepção dos interesses emergentes no processo de industrialização produziu uma marginalização das classes sociais já marginalizadas. A intervenção estatal passa a ter, então, um caráter dúbio. Há uma presença formal do Estado (com garantias constitucionais) e uma ausência informal (não há efetividade dos direitos).⁴³

A crise dos anos 1980 e 90 ocorrida nos países latino-americanos, não obstante seja causada por vários fatores que inclusive ultrapassavam as barreiras dos Estados nacionais, foi entendida prioritariamente como uma “crise do Estado”; mais especificamente, uma crise fiscal do Estado, decorrente da implantação do modo de intervenção do Estado social. Além do que, a burocracia passa a ser considerada um elemento maléfico por definição,⁴⁴ sendo responsabilizada por todo um sistema de ineficiência funcional e precariedade estrutural. Esta realidade é altamente favorável à adoção de programas econômicos pragmáticos e objetivos (aplicando-se aqui uma tendência mental que começa a se generalizar no mundo ocidental e, até mesmo, em partes do oriente).⁴⁵ A abordagem pragmática passa a condicionar as variadas posturas ideológicas a partir dos anos 80, apoiando-se fortemente em uma revalorização do mercado e da sociedade civil (moralmente individualista, porém publicizada como novo ente prestador de serviços de caráter social-caritativo).

⁴² FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 40.

⁴³ FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. Op. cit., p. 48 e 120 et seq.

⁴⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. Op. cit., p. 15.

⁴⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. Op. cit., p. 72 et seq.

II

O bem-estar social como espírito do Estado e a essência constitucional

Não faz pouco tempo que a teoria constitucional vem afirmando a existência de uma espécie de “essência constitucional”, que deve possuir uma íntima ligação com a própria “experiência constitucional”, propiciando assim uma práxis que esteja de acordo com a consciência política geral de uma comunidade. Tudo leva a crer que esta essência decorre da experiência e não o contrário.⁴⁶ Mas a partir de identificada uma determinada ordem de valores e de princípios morais que o “espírito do tempo” consagra, então é impossível ser negada uma determinada “dimensão constitucional essencial” determinante, ou seja, com natureza efetivamente jurídica.⁴⁷ Por outro lado, “embora a juridicidade seja essencial, a Constituição não poder ser entendida isoladamente”. Esta idéia de “unidade” é fundamental para compreender o substrato teórico necessário à construção de um modelo de Estado sócio-interventor. Como aponta Gilberto BERCOVICI, “Constituição, Estado e política não podem ser entendidos separadamente, sob pena de cairmos no mais ingênuo e contra-producente instrumentalismo”.⁴⁸ Do mesmo modo Agustín GORDILLO propõe que há um equilíbrio a ser exigido entre os elementos fundamentais do mundo contemporâneo: indivíduo e sociedade; indivíduo e Estado. Mas qualquer meio termo que se busque será instável, pois o que *“representa la cómoda solución de la tensión es para otros una submisión o un atropello”*. Assim sendo, torna-se obrigatório buscar um equilíbrio do próprio critério a ser utilizado para arrefecer as contraposições sociais. E não pode ser outro este equilíbrio que não *“espiritual y político”*, pois deve ser *“sensibilidad jurídica y humana”*, ou seja, *“preocupación constante por llenar no solo formal sino también sustancialmente los requerimientos de la justicia”*.⁴⁹

O espírito do tempo nada mais é do que a mentalidade subjacente a uma determinada época e que forja a organização das instituições, suas funções, princípios,

⁴⁶ Em certa medida esta experiência retrata o que seria a “história constitucional”, segundo Dworkin, tendo relação também com a idéia de um “processo civilizador”, conforme Norbert Elias. Cf.: ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: uma história dos costumes**. 2. ed. Tradução de Ruy Jungmann Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

⁴⁷ Todas as expressões utilizadas na construção desta idéia são de Canotilho. Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedida, 2000, p. 1105.

⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento ...** Op. cit., p. 41 e 9.

⁴⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Parte General, t. 1, 2003, p. III-1.

deveres e direitos. É a partir deste raciocínio que se torna pertinente a afirmação de que não somente a Constituição possui uma essência, como o próprio Estado possui um espírito; uma reserva de conteúdo meta-jurídica que condiciona o seu estabelecimento e desenvolvimento. Aliás, é importante ressaltar que a idéia de uma “reserva constitucional” não é incompatível com a proposta de “desenvolvimento constitucional”, em razão do que, a compreensão institucional do Estado também não pode ser vista em termos “fixistas”; afinal o seu problema não é o passado e sim o futuro.⁵⁰ Aponta Luis Roberto BARROSO que a Constituição não pode ser imutável, precisando ser dotada de uma importante capacidade de evolução histórica. Por outro lado, ela também não pode ser volúvel, cambiando “ao sabor das circunstâncias”.⁵¹

Como descreve Regina Maria Macedo Nery FERRARI, o Estado e a sociedade atuais estão conformados pela Constituição, que passa a ser estabelecida como o meio jurídico fundamental de aglutinação entre diferentes forças políticas ativas e em luta entre si; nesse sentido, atuando como um mecanismo de reação no processo político. Por este motivo, quando o Estado assume a responsabilidade pela conformação de uma determinada ordem social, acaba também se tornando o guardião de uma específica “realidade política sob a qual se sustenta a Constituição”.⁵² Há uma relação de imbricação necessária, portanto, entre o espírito do Estado e a essência da Constituição, sendo ambos colmatados pela idéia de um “sentimento jurídico”, que fornece o liame mental à configuração público-institucional. Este sentimento brota das convicções em relação às normas e ao modelo de Estado. Tal adesão não é somente emocional. Ela promove um cálculo racional na medida em que é sempre relevante a conveniência e adequação dos postulados que pedem aderência.⁵³ O Estado social só possui condições de se constituir e tornar efetivo, portanto, se estiver imbuído de um “querer” constitucional-social.

Do ponto de vista político, é preciso concordar com Karl LOEWESTEIN que a Constituição é “*un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación.*”⁵⁴ Esta afirmação pauta-se na idéia de que a Constituição é

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 1106.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

⁵² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas ...** Op. cit., p. 173.

⁵³ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

⁵⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1983, p. 199.

resultado de uma comunidade política existente e compreensiva das forças político-sociais, que mediante concessões recíprocas chegam a um ponto de conformação suficiente a legitimar o processo constituinte. A idealização do autor, fortemente embasada em alicerces sociológicos, traz à tona uma importantíssima questão, que é a existência de um sentimento constitucional advindo da sociedade civil, que seria fonte de legitimação política do Estado.⁵⁵ Por certo que esta visão, muito difundida no início do século, não encontra substrato teórico tão fértil nos tempos atuais, cujo foco é justamente a força normativa da Constituição. Mas o fato é que a Carta Constitucional não está desvinculada da realidade concreta, da mesma forma que não está simplesmente condicionada por ela.⁵⁶ As propostas normativas de adoção de determinados modelos pelo ente estatal (como o do Estado social) se estabelecem a partir de uma relação fundada em uma eticidade compartilhada.⁵⁷

Não há como negar certo “tom comunitarista” nestas considerações. Michael WALZER identifica o cenário argumentativo da relação entre Estado e sociedade civil a partir da proposição de que “a comunidade política talvez seja o mais próximo que conseguimos chegar de um mundo de significados comuns”. A justiça distributiva só pode existir onde exista um cenário de livre afiliação, nestes termos, retratando determinada “consciência coletiva”, resultante da “partilha de sensibilidades e intuições entre os membros de uma comunidade histórica”. O ponto fraco da tese do autor (ao menos segundo o ângulo de visão ora adotado) está justamente na sua recusa de aceitar qualquer extensão destas considerações para além dos territórios locais.⁵⁸ Contrariando qualquer perspectiva que una os indivíduos a partir de um critério de humanidade, Walzer acaba limitando as possibilidades de um passado geograficamente mais amplo para o ser humano. Seria como se o indivíduo localizado não sofresse influências positivas ou negativas de origens meta-comunitárias; certamente que não é possível concordar com esta proposição, pois se por

⁵⁵ Estas considerações a respeito do sentimento constitucional foram originalmente desenvolvidas em pesquisa já publicada, embora em outro contexto. Para conferir na íntegra as considerações aqui parcialmente retomadas ver: GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba: Juruá, nº 03, 2000, p. 75 et seq.

⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 287.

⁵⁷ SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 115.

⁵⁸ WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 35-37.

um lado o foco do espírito do Estado possui fronteiras estabelecidas, por outro lado, sua condição é forjada por fontes que desconhecem qualquer possibilidade de delimitação temporal ou espacial.

Segundo Pablo Lucas VERDÚ o sentimento constitucional estabelece inter-relações permanentes entre o Estado, a sociedade civil e a natureza. “Sentir significa estar implicado em algo”, sendo que o centro da necessária consciência política pode ser ocupado pela própria implicação. Ou seja, para o autor tal representação simbólica exige certo comprometimento com as “normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque se estima (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.”⁵⁹

A tese do sentimento constitucional busca tocar em um dos fenômenos sociológicos do existencialismo político mais difíceis de captar. O sentimento seria uma forma de manifestação da consciência constitucional, com todos os antagonismos a si inerentes, que primordialmente é determinado por fatores irracionais, embora possa ser produzido racionalmente, inclusive por decorrência do processo educacional. Todavia, o sentimento constitucional não se confunde com a consciência nacional. De acordo com LOEWESTEIN um povo pode possuir esta, sem dar valor àquele (como no caso dos suíços e franceses) ou vice-versa (como no caso dos belgas). A consciência nacional estaria mais ligada a questões de valores abstratos, como o sentimento democrático; já o sentimento constitucional corresponderia ao valor dado à constituição posta e à maior resistência à sua alteração.⁶⁰ A inspiração do autor para estas considerações talvez esteja nas pioneiras análises de George JELLINEK sobre o assunto quando tratou da natureza dinâmica da essência da nação, a partir de um “sentimento cultural comum”.⁶¹

De forma idêntica que a Constituição, o Estado (seu maior artifício) não equivale a um conjunto de normas escritas, mas é um signo reflexo do desenvolvimento cultural da sociedade. O equilíbrio entre o reconhecimento das conquistas históricas do passado e a projeção para um futuro a ser construído com base em um modelo

⁵⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional ...** Op. cit., p. 75.

⁶⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Op. cit., p. 200.

⁶¹ JELLINEK, George. **Teoría general del Estado.** Tradução de Fernando de los Ríos. Montevideo: Julio César Faria Editor, 1954, p. 189.

democraticamente estabelecido é sua grande tarefa. Uma tarefa a ser necessariamente retratada ao lado de um fundamento ético que, no caso do modelo social, o define de forma particular, porém bastante lúcida: a redução por meio coletivo das desigualdades e a consagração de uma alteridade republicana. Estas são as duas características essenciais passíveis de forjar qualquer Estado que possua a pretensão de ser reconhecido como social na atualidade. E, felizmente, este é o Estado que está previsto na Constituição Federal de 1988. A partir desta relação indissociável entre a Constituição e o Estado, torna-se possível identificar três princípios básicos de ordenação das instituições políticas no regime democrático: a) “o reconhecimento dos *direitos fundamentais*, que o poder deve respeitar; b) a *representatividade* social dos dirigentes e da sua política; e c) a consciência de *cidadania*, do fato de pertencer a uma coletividade fundada sobre o direito.”⁶²

Para Raul Machado HORTA, o domínio do sentimento constitucional requer um acatamento da Constituição “que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional” e ultrapassando o caráter juridicamente imperativo de seu comando supremo.⁶³ Tal sentimento não é derivado da pura e simples constituição escrita; é resultante da sua conformação real. E é devido a esta teoria que não se pode falar em uma Constituição legítima outorgada seja por Atos Institucionais ou por qualquer outra forma de arbítrio. VERDÚ procura reforçar que a teoria do sentimento constitucional, ou o próprio “sentimento do Estado”, não tem qualquer aproximação às teses fascistas (ainda que usem da mesma ou de semelhante terminologia).⁶⁴

O exemplo autoritário brasileiro é uma prova de que a legitimação de um modelo constitucional é decorrência direta de uma fundamentação também extra-normativa. Raul Machado HORTA cita o caso das Constituições do México de 1917, da Venezuela de 1961 e do Peru de 1979, que continham normas afirmando “a permanência da Constituição, apesar de sua derrogação por ato de força ou outro procedimento nela não previsto”.⁶⁵ Tal norma manifesta um paradoxo, tanto no contexto de sua natureza, quanto de sua eficácia. É a única regra que somente possui

⁶² TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. 4. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 345.

⁶³ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 188, 1992, p. 17.

⁶⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional ...** Op. cit., p. 129.

⁶⁵ HORTA, Raul Machado. **Permanência e mudança na constituição**. Op. cit., p. 16.

vigência quando for derrotado o sistema constitucional ao qual pertencia, e somente possui eficácia se, após o período revolucionário, for restabelecida a ordem anterior. Entretanto, é extremamente ilustrativa para demonstrar a força do sentimento constitucional enquanto componente de um estatuto legitimador. Em suma, não basta que um direito seja um componente formal da Constituição. Ele tem de ser reconhecido como tal por um sentimento coletivo advindo da sociedade civil. O espírito do Estado social não surge apenas mediante imposições de ordens políticas superiores. Ele deve nascer e, se for caso, morrer, dentro do grupo social a ser considerado. “É a consciência solidarizante da comunidade que integra os detentores e os destinatários do poder na constituição”.⁶⁶ Esta relação pode ser bem traduzida nas poéticas palavras de Carlos Ayres BRITTO: “A efetividade da Constituição depende da afetividade que se tem dela”.⁶⁷

A “falta de afeto” ao sistema constitucional, ao Direito, ao Estado, à política, e à esfera pública em geral pode se tornar um problema crônico do século passado e, particularmente, deste período de transição para o século XXI. Há muito tempo LOEWENSTEIN sugerira que é recorrente na democracia contemporânea a distância que separa o povo da sua Constituição. Os cidadãos dificilmente se colocam como legítimos participantes nas questões relegadas a tal plano.⁶⁸ Principalmente em uma nação como a brasileira, que possui uma população de proporções gigantescas, formada por uma massa majoritária de cidadãos que ganham menos de um salário mínimo e que possuem ínfimo grau de instrução, quando o têm. O que não significa que a ultrapassagem do estado de necessidade, bem como a incrementação intelectual, resultem em uma efetiva condição participativa. Tais caracteres prestam-se comumente como pré-requisito necessário, por certo não suficiente, de participação política. Tanto é assim, que não é pequeno o conjunto de indivíduos formalmente aptos em termos políticos, mas que compõem um setor fortemente alienado (consciente ou inconscientemente).

Esta massa humana de sujeitos formal ou materialmente ausente (ainda que por motivos distintos) é extremamente influenciada pelos meios de comunicação,

⁶⁶ HORTA, Raul Machado. **Permanência e mudança na constituição**. Op. cit., p.17.

⁶⁷ BRITTO, Carlos Ayres. Controle judicial das políticas públicas e a independência dos Poderes. **XXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. 10 out. 2008.

⁶⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Op.cit., p. 202

cuja visão disseminada contribui para o distanciamento da Carta Magna, elevando o grau de indiferença constitucional. Isso ocorre embora as aparências muitas vezes não traduzam este fato, pelo contrário, o encobrendo por meio da publicidade pontual de atitudes isoladas, que pouco ou nada influenciam o quadro da realidade fática. Parece haver uma verdadeira guerra travada apenas contra as “autoridades institucionais”, ao mesmo tempo em que se aceita facilmente a imposição de autoridades não-institucionais (como a mídia e o mercado). Zygmunt BAUMAN chama isso de uma “ditadura política das necessidades”.⁶⁹ No campo da teoria do Estado esta mentalidade anti-institucional é retratada por Pedro GONÇALVES como uma “crise de autoridade” em que qualquer posição afeta ao exercício pelos Poderes Públicos de autoridade é mal recebida, na medida em que contraria a tendência atual de valorização das teorias que promovem o consenso e a paridade no âmbito do Direito público. Esta crise é profunda, pois destrói “a idoneidade do sistema para a produção de decisões que se impõem por serem reconhecidas como legítimas” e não se pode ignorar que “num sistema democrático, a crise e o declínio da autoridade para impor decisões suscita sérias perplexidades”.⁷⁰ Daí a necessidade de recuperação de um “sentido” que legitime a recuperação da própria imagem do Estado constitucional de bem-estar social.

A idéia de um “espírito” não se confunde com uma posição jusnaturalista (muito menos idealista). Ela não depende apenas de uma justificação intrínseca, derivada do plano humano natural ou do “desenvolvimento espiritual da humanidade”, para utilizar uma expressão de Carlos Santiago NINO.⁷¹ Trata-se de uma metáfora para traduzir o que Émile DURKHEIM define como a “propriedade distintiva da vida representativa no indivíduo”, ou seja, reconhece-se que a “vida social” é “hiperespiritualidade”.⁷²

O Estado, como instituição social pode ser representado, portanto, não só pela sua estrutura orgânica ou funcional. É provocada uma redução da sociedade “quando não se vê nela mais que um corpo organizado que tem por objetivo cumprir certas funções vitais. O certo é que neste corpo vive uma alma: é o conjunto dos ideais

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 78.

⁷⁰ GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1099.

⁷¹ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 15.

⁷² DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Tradução de Paulo J. B. San Martin. São Paulo: Ícone, 1994, p. 54.

coletivos.” Ideais que não são somente abstratos, pois configuram importantes motores de mudança.⁷³ É por isso que o espírito do Estado não se confunde com a essência constitucional (ao menos não nos termos em que classicamente teorizada por Ferdinand LASSALLE).⁷⁴ No entanto, e mesmo considerada a distinção, há uma relação necessária no plano fático, pois os fatores reais de poder não podem ser desconsiderados. Ainda, apesar de totalmente superada a identificação da Constituição com estes fatores,⁷⁵ o fato é que eles não deixam de existir como condicionantes do sistema e condicionados pelo modelo constitucional. Nessa linha também pondera Sérgio Buarque de HOLANDA quando afirma: “Já temos visto que o Estado, criatura espiritual, opõe-se à ordem natural e a transcende”. O surgimento Estado promove o triunfo do geral sobre o particular e do abstrato sobre o corpóreo. É nesta perspectiva que ocorre uma transcendência.⁷⁶ Isso significa que os fatores reais de poder que compreendem certa essência político-constitucional carregam a idéia de um espírito do Estado com elementos normativos e não somente descritivos.

O espírito social do Estado inverte a própria fundamentação ética-filosófica dos direitos e deveres de cidadania rumo a um dever ser qualificado e que estabelece uma condição normativa essencial para determinado tempo. É criticável a oposição entre “natureza e espírito, ato e sentido, vontade e norma”.⁷⁷ O Estado deve possuir um perfil completo, a partir das exigências politicamente estabelecidas em sede constitucional. Ao contrário do Estado liberal, que requer uma atuação do Estado apenas como garantidor de direitos subjetivos titularizados contra o Poder Público a partir de um predomínio da função negativa de proteção da sua autodeterminação, o Estado social exige um modelo cujos fins partem de um pressuposto de positividade.⁷⁸

Deve-se reconhecer que esta caracterização não torna mais fácil o estabelecimento do que seja, do que foi, ou do que pode vir a ser efetivamente um Estado social na contemporaneidade. De todo modo, parece ser a própria idéia de existência de uma sociedade civil que fornece a razão pela qual, aceita a felicidade

⁷³ DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Op. cit., p. 139.

⁷⁴ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, passim.

⁷⁵ Especialmente pela obra também já clássica de Konrad Hesse. Cf.: HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁷⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 24 ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1992, p. 142.

⁷⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional ...** Op. cit., p. 129.

⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra: 2005, p. 71.

republicana como princípio, o Estado passe a ter um conteúdo espiritual específico: o caráter social. Nestes termos é que se completa o ciclo, pois o Estado social passa a ser o modelo típico de uma sociedade cuja exigência é máxima.

III

Os fundamentos econômicos e éticos do Estado social contemporâneo

Os EUA constituíram no século XX um interessante modelo constitucional, ainda que abstraído do viés socializante e humanista típico de um regime de Estado social que prima pela igualdade na distribuição de renda como *a priori* estruturante. O liberalismo republicano norte-americano uniu racionalidade e jusnaturalismo propondo uma prevalência de princípios ao ponto em que nenhuma maioria parlamentar pudesse derrogar direitos individuais,⁷⁹ mas o bem-estar social consistiu em um programa conjuntural. A partir do primeiro pós-guerra, a doutrina econômica anglo-americana espalhou-se pela Europa, sendo construído o modelo de *welfare state*. Modelo este que inaugurou uma nova forma de atuação do Estado.

Particularmente importante, o programa substantivo do *New Deal* promoveu uma “rejeição do sistema do *common law* em favor de uma nova concepção de direitos, embora de dimensões ainda incertas”. Segundo a visão de seus elaboradores, o incremento do controle coletivo, com foco na economia, era necessário para o atingimento real da democracia. Ao afirmar que o catálogo de direitos protegidos classicamente pela tradição anglo-americana não era natural ou pré-político, mas fruto de uma opção racional e consciente, os reformadores alteraram as bases do Direito público e dos fins do Estado até então intra-predominantes. Ou seja, este novo constitucionalismo, consonante com o advento de um modelo social de Estado, reconheceu pioneiramente que “as linhas básicas derivadas do *common law* ou do *status quo* não mais proviam pontos de vista neutros ou naturais para a tomada de decisões jurídicas”. Conforme destaca Cass SUNSTEIN “em sua dimensão substantiva, o constitucionalismo do *New Deal* rejeitou de forma consciente o *common law*”. A idéia era que seria preciso reconstruir o próprio conceito de “direitos subjetivos”, prestigiando os

⁷⁹

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. Op. cit., p. 59.

menos favorecidos na tradicional lógica do mercado.⁸⁰

Boaventura de Sousa SANTOS destaca que o período de reorganização capitalista implicou uma forte alteração da própria dimensão político-jurídica, visando à possibilidade de conciliação entre objetivos a princípios antagônicos e amalgamando interesses que até então eram aparentemente inconciliáveis. Fenômeno que exigiu certa redução das expectativas e dos elevados ideais de emancipação tão típicos dos pensamentos revolucionários do período de transição de século XIX para XX. “Solidariedade, justiça e igualdade podiam ser compatíveis com autonomia, identidade e liberdade, desde que cada conjunto de valores, aparentemente incompatíveis, fosse reduzido ao que era realisticamente exequível, numa sociedade capitalista”.⁸¹ Isso não significa que os antagonismos foram superados. A tarefa de “socialização do capitalismo” requer a permanência de uma situação conflituosa que precisa ser administrada. Quando o Estado passa a realizar generalizados gastos tidos como “improdutivos” com o objetivo de reduzir as externalidades negativas da acumulação capitalista “a tensão entre a lógica do mercado e a necessidade de um *ethos* de serviço público baseado na confiança e no comprometimento torna-se ainda mais acentuada”.⁸² A exigência de bem-estar social teve como ponto de partida prático a idéia de que é função típica do Estado a intervenção na sociedade e, particularmente, na economia. O novo modelo recusa a visão liberal clássica de que a escassez é mais bem controlada pelo mercado.

Apesar de teoricamente pobre e faticamente equivocada, a doutrina liberal da escassez foi recuperada no final do século XX por autores que pensaram a relação entre Estado e sociedade buscando um predomínio da última, como é o caso paradigmático de Michel FOUCAULT.⁸³ Como o autor explica, na relação entre governo e acontecimento, o problema da escassez, tratado originariamente pelos fisiocratas, reporta-se a uma situação que os governos tradicionalmente tentam evitar (ligando-se historicamente à idéia de azar); não era um bem nem um mal, mas apenas

⁸⁰ SUNSTEIN, Cass. R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo; et al. (Coords.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Tradução de Jean Paul Cabral Veiga da Rocha. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 144, 145 e 200.

⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 149.

⁸² BORGES, André. Ética burocrática, mercado e ideologia administrativa: contradições da resposta conservadora à crise do caráter do Estado. **Dados [on line]**. 2000, v. 43, n° 1.

⁸³ FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France (1977-1978)**. Tradução de Horário Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 47.

um dado da realidade, ou seja, está no âmbito da consideração de ser um fenômeno a evitar ou não evitar. Daí a sua tese de que este “evitar” preventivo da escassez comporta um exemplo de “segurança” em um sistema jurídico disciplinar. A escassez, nestes termos, é fictícia, ou seja, se trata de uma mera “obra de opinião”. Exemplificando, chega a afirmar que “com a liberdade pura e simples de circulação de grãos não pode haver escassez”, pois haveria auto-moderação e auto-regulação (isso após fazer larga digressão histórica para tentar fundamentar sua assertiva).⁸⁴

Obviamente não se pode concordar com uma análise tão superficial (e liberal) da escassez e da própria relação econômica, pois o mercado possui relações estruturais de demanda e oferta complexas (considerando-se a própria complexidade das necessidades humanas), além de defeitos estruturais graves, como demonstrou a teoria econômica do século passado.⁸⁵ O controle da escassez é uma função essencial do Estado de Direito social do século XX; e ele não dá sinais de que tenha perdido esta característica. Tão importante quanto o planejamento econômico de mercado propriamente dito são as práticas sociais e políticas, para caracterizar um Estado social. No seu núcleo devem ser colocados os programas de redistribuição econômica. Por sua vez, a identificação da “política social” se faz por meio da alocação obrigatória de um sistema de organização e prestação de serviços nas áreas da saúde, trabalho, cultura e educação, além do estabelecimento de garantias para a população jovem, idosa e portadora de necessidades especiais. Ainda, em uma concepção contemporânea de Estado social, não se pode deixar de lado a preocupação efetiva com a natureza e a urbanização, cabendo destaque à recente exigência de atribuição de uma função social à propriedade urbana.⁸⁶

Não é sem razão que J. J. Gomes CANOTILHO atribui ao “princípio da democracia econômica e social” o caráter legitimatório da intervenção do Estado nos domínios econômico, cultural e social. E ressalta que embora o princípio da subsidiariedade esteja hoje consagrado na própria Constituição portuguesa, ele “não

⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France (1977-1978)**. Op. cit., p. 62.

⁸⁵ Sobre a questão das necessidades ver: CORTES, Alberto Baltra. **Teoria Económica**. 2. ed. Santiago do Chile: Andres Bello, 1968, p. 31 et seq. Conferir sobre a concepção atual da teoria da escassez: NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao Direito Económico**. São Paulo: RT, 1997, p. 27 et seq.

⁸⁶ Sobre o assunto ver: COSTALDELLO, Angela Cassia. A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas: transformações e perspectivas. In: GUIMARÃES, Edgar (Org.). **Cenários do Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85-117.

pode ser invocado na qualidade de cláusula-barreira ou de presunção de não estatalidade para impor a excepcionalidade das intervenções públicas”. O Estado liberal, ao converter-se para um Estado social “colocou-se em oposição à idéia de subsidiariedade”. E conclui o autor: “a actividade social do Estado é, assim, actividade necessária e objectivamente pública”.⁸⁷

Ou seja, cabe ao Estado de bem-estar, como atividade que lhe é própria, responsabilizar-se pelo incremento civilizatório da sociedade, protegendo os indivíduos em face da possibilidade de retrocesso. Esta é a consideração pontual de HABERMAS, que completa: “muitas bases infra-estruturais da vida pública e privada, caso sejam abandonadas à regulação do mercado, estarão ameaçadas de decadência, destruição e de descuido”.⁸⁸ A face reguladora e interventora do Estado na economia é, portanto, imprescindível, ainda que deva ser muito bem delimitada na ordem constitucional. Ao contrário do que propugna o pensamento anti-estatalista, a desigualdade social e a opressão política não são naturais. São produzidas socialmente (e, portanto, modificáveis). Para que se altere esta realidade é preciso que “instituições igualitárias” acreditem na sua capacidade de intervenção (mediantes as ações que se façam necessárias a partir de um modelo de princípios).⁸⁹

Durante um largo período de tempo foi considerado como um verdadeiro dogma a idéia de que os direitos sociais custam muito ao Estado; por este motivo acabariam onerando a sociedade de forma não compensável. Contrariando esta assertiva, vários autores, entre os quais Ernest TUGENDAHT, têm ressaltado que os direitos de liberdade custam dinheiro da mesma forma, ou até mais, que os sócio-econômicos.⁹⁰ Cass SUNSTEIN reflete sobre o problema da escassez ressaltando que o debate sobre direitos positivos e negativos depende das diretrizes escolhidas e dele exigir ou não mudanças nas práticas existentes, o que requer um questionamento sobre as tradicionais distinções no tocante aos tipos de direitos e às espécies da atuação estatal (como aquela que identifica de forma simplista a proteção da propriedade como negativa e a proteção dos direitos de bem-estar como positiva).⁹¹

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 335.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera-mundi, 2001, p. 98.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional ...** Op. cit., p. 76.

⁹⁰ TUGENDAHT, Ernest. **A controvérsia sobre os direitos humanos**. Op. cit., p. 21.

⁹¹ SUNSTEIN, Cass. R. **O constitucionalismo após o New Deal**. Op. cit., p. 195.

Se não é possível ignorar as condições pragmáticas inerentes à capacidade financeira do Estado para a garantia de direitos, ao mesmo tempo o fato de o Estado ter dificuldade para proteger determinados direitos também decorre de fatores meta-econômicos. Por conta da condição pós-moderna (e notadamente da globalização) várias dificuldades têm sido apontadas no sentido de criticar o aparelho público-institucional, a forma moderna de intervenção e fundamento de legitimidade da atuação positiva estatal. O problema, portanto, possui natureza relativa, assim como são relativas as análises econômicas e históricas sobre o assunto. Veja-se que Margareth Thatcher atacou o Estado de bem-estar dizendo que seus gastos haviam “retardado o crescimento econômico, ao invés de promovê-lo”. Esta crítica logo se tornou lugar comum, pois difundida pelos entes oficiais, bem como pela mídia em geral, cujo papel repetidor do discurso oficial sempre foi marcante. Ocorre que, segundo historiadores como o inglês Mark MAZOWER, “o registro histórico não corrobora esse tipo de argumento, menos condizente com a economia da década de 1950 que com a política da década de 1980”. Neste período, e ao contrário do que propalado pelo *stablishment*, “baixos gastos com serviços sociais acompanharam baixos índices de crescimento na Europa ocidental como um todo”.⁹²

Outra questão importante é que não se estabeleceu o modelo do Estado apenas em uma proposta de caráter econômico. O desenvolvimento do regime interventor posterior à Segunda Guerra coincide com a incrementação da democracia européia. Ainda que esta situação não seja homogênea, pois foi facilmente identificada na Inglaterra e na Suécia, mas restou dúvida em outros países que acabaram por demonstrar uma “forte continuidade com os regimes conservadores e fascistas anteriores ao conflito”.⁹³ O fato é que, apesar do lento avanço institucional, do ponto de vista da esfera das idéias o sucesso da social democracia só pôde ocorrer porque o processo democrático assumiu historicamente “uma figura institucional mais ou menos convincente”.⁹⁴

Na contemporaneidade, a idéia de manutenção de uma democracia de caráter social implica a adoção de uma interpretação moral da Constituição que seja capaz de unir os pontos positivos de ambas as tradições do Direito público, em

⁹² MAZOWER, Mark. **Continente sombrio: a Europa no século XX**. Op. cit., p. 293.

⁹³ MAZOWER, Mark. **Continente sombrio: a Europa no século XX**. Op. cit., p. 294.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Op.cit., p. 79.

substituição a uma interpretação constitucional eminentemente pragmática. Esta “leitura moral” é a concepção defendida por Ronald DWORKIN quando afirma que os agentes devem interpretar as normas constitucionais, que em geral são amplas e abstratas, a partir de princípios de decência política e justiça. “*La lectura moral, por lo tanto, incorpora la moralidad política al corazón del derecho constitucional*”.⁹⁵ Isso conduz ao abandono da visão simplista da maioria dos teóricos e que acaba penetrando no imaginário popular de modo a reforçar a “visão do leigo que reduz o direito à fidelidade à lei”.⁹⁶

Ocorre que alguns autores consideram até perversa a leitura moral, pois ela produziria uma forte atribuição de protagonismo ao Poder Judiciário, quando não o reforço à perigosa idéia de “ativismo”. Sendo assim, é taxada de elitista, antipopular, anti-republicana e antidemocrática. DWORKIN refuta estas visões pessimistas, argumentando que tais críticas estão embasadas em uma tendência de ligação entre democracia e vontade da maioria, o que não é mais sustentável na contemporaneidade. A leitura moral não somente não é contrária à democracia, como é praticamente indispensável a ela.⁹⁷ Na realidade, é preciso reconhecer que o autor não é assim tão original nesta análise, pois já em Alexis de TOCQUEVILLE é possível observar uma forte crítica à valorização da premissa majoritarista (mais que isso, à própria estrutura política de reconhecimento absoluto da maioria como fundamento da democracia moderna).⁹⁸ O princípio democrático, portanto, não possui caráter exclusivamente “pragmático-deliberativo”, mas se realiza por intermédio de princípios inerentes à própria estrutura substancialmente democrática e republicana. Vera Karam de CHUEIRI resume bem o sentido desta atuação prestigiada, porém limitada, dos juízes na concretização do constitucionalismo democrático: “É certo que há limites constitucionais para o ativismo dos juízes, mas estes não inibem o seu papel criativo e, em se tratando de jurisdição constitucional, a sua responsabilidade em identificar os direitos das partes e garanti-los com base em argumentos de princípio, moral e

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (Orgs.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 101-102.

⁹⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995, p. 90.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarista**. Op. cit., p. 106.

⁹⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 294.

politicamente significativos”.⁹⁹ Contudo, uma ressalva deve ser feita, pois a correta premissa da autora não parece permitir a conclusão a que chega *a posteriori*, quando assevera que “tanto o argumento substancialista quanto o argumento procedimentalista buscam conciliar o inconciliável, isto é, governo do povo e governo das leis, democracia e constitucionalismo”.¹⁰⁰ Discorda-se, pois não resulta impossível tal conciliação; muito pelo contrário, esta é a grande tarefa do Estado social contemporâneo. A democracia só não é conciliável com o constitucionalismo a partir de uma perspectiva positivista e exclusivamente deliberativa, em que se presume que só será democrática a vontade das pessoas expressas plebicitariamente. Por sua vez, o constitucionalismo só não será conciliável com a democracia se entendido como uma manifestação exclusiva do sistema legal-representativo e não do “sentimento constitucional” ou da própria “essência da Constituição”. Por isso, melhor seria afirmar a perene existência de tensão, mas uma tensão perfeitamente contornável e que permite uma “conjunção jurídica” entre os postulados de ambos os paradigmas.

Ronald DWORKIN pergunta-se: “Democracia significa governo do povo. Mas o que quer dizer isso?” Para o autor, a resposta poderia impor controvérsias sobre as técnicas de representação, a distribuição de poder entre os governos, a frequência das eleições e as diferentes espécies de instituições. Todavia, o foco da sua crítica é em relação à comum atribuição de um “valor” ou “sentido fundamental” à democracia nos termos de uma “premissa majoritarista” caracterizada por referir-se à justiça do resultado do processo político e por defender que a decisão alcançada favoreça a (ou seja, ao menos aprovada por) uma maioria de cidadãos. O autor reconhece que esta premissa não nega que os indivíduos têm importantes direitos que a maioria deve respeitar. Ao mesmo tempo, porém, ela permite que exista uma interpretação em que a visão da maioria decida o significado destes direitos – o que não seria adequado. DWORKIN não rejeita a premissa; apenas discorda do peso da idéia de escolha racional majoritária como critério para significação do sentido democrático. Para isso torna-se necessária uma “concepção constitucional da democracia” segundo a qual *“las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y*

⁹⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo do governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 165.

¹⁰⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. **O discurso do constitucionalismo do governo das leis versus governo do povo**. Op. cit., p. 169.

*prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto.”*¹⁰¹

A democracia é um valor que “perpassa os poros todos da axiologia constitucional”. Por este motivo, seu sentido é muito superior que o de um procedimento formal ou de relevância infra-estrutural fundamentalmente econômica. Conforme sublinha Carlos Ayres BRITTO, a democracia compreende uma dimensão processual e uma “coloração material”, sendo esta última resultado de um “compromisso das normas jurídicas gerais com a defesa e promoção dos indivíduos e daqueles que só podem ser concebidos como parcelas do todo social”.¹⁰² As duas palavras chaves para a composição desta fórmula são justamente tolerância e solidariedade. Aí estão os fundamentos éticos de um Estado de bem-estar, que se aglutinam ao seu fundamento econômico prioritário: a redistribuição de riqueza.

IV

A solidariedade e a tolerância como aspectos nucleares do Estado social

Alguns autores vêem o princípio da solidariedade como um critério vazio de sentido por “não trazer conteúdos materiais específicos”, embora tenha um “sentido eminentemente ético”. Tratar-se-ia, nesta perspectiva, de um princípio complementar ao da subsidiariedade, que seria este sim um “princípio de direito natural” e base suprapositivista.¹⁰³ Outros autores defendem a tese de que a expressão “automática da solidariedade social” é a principal causa da própria crise vivenciada pelo Estado social no final do século XX (o problema estaria, então, não na captação de recursos, mas na sua distribuição).¹⁰⁴ Nestes termos, torna-se um equívoco a tentativa inglória do Estado de liberar o indivíduo das redes reais de solidariedade na qual se insere, pois tal pretensão produz efeitos perversos no sistema social. A ineficácia econômica de tal modelo seria uma decorrência inafastável da sua inadequação sociológica. Como resume Pierre ROSANVALLON: “A perda de autonomia, o isolamento crescente dos

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarista**. Op. cit., p.115-117.

¹⁰² BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 185.

¹⁰³ Esta é a posição de Silva F. Torres. Cf.: TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 89.

¹⁰⁴ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UnB e Editora da UFG, 1997, p. 32 et seq.

indivíduos para quem o Estado é o principal recurso, alimentam a crise do Estado-providência”.¹⁰⁵

Obviamente discorda-se deste posicionamento, que nada mais faz do que inverter totalmente os fundamentos de ordem ética e jurídica que consagram os Estados cujas constituições contemplam um modelo social. O fato de o Estado constitucional impor formas de solidariedade automática não possui a pretensa prerrogativa de inibir a responsabilização social, principalmente em Estados onde esta auto-responsabilização justamente não existe ou é deficitária. Esta idéia de que o intervencionismo estatal acarreta uma apatia moral é um dos falsos, porém muito difundidos, pilares da concepção ética neoliberal. Milton FRIEDMAN, por exemplo, argumenta que se não tivessem sido lançados os programas de bem-estar “numerosas pessoas hoje deles dependentes ter-se-iam transformado em indivíduos autoconfiantes, em vez de tutelados do Estado”.¹⁰⁶ Afirmação esta que talvez possa fazer algum sentido em alguns momentos da história norte-americana. Entretanto, nem de longe se trata de um postulado universal ou uma hipótese demonstrável empiricamente ou aceitável logicamente (ainda que tenha esta pretensão). A solidariedade automática promovida pelo Estado social, onde ela se realizou, foi profundamente importante para a salvaguarda das condições de vida e dignidade das pessoas, inclusive nos Estados Unidos do período entre guerras. Afinal o que significava o *New Deal* se não uma política tipicamente intervencionista e solidarista? Não há motivos para crer que a implantação desta política social, talvez a principal do século XX, tenha desresponsabilizado os norte-americanos, nem conduzido sua sociedade à apatia. E mesmo do ponto de vista normativo, o modelo de intervenções socialmente constitutivas do Estado “não significa que tenha sido eliminado o *princípio da auto-responsabilidade* ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidas”. Continuando na trilha de J. J. CANOTILHO, deve-se reconhecer que “o livre desenvolvimento cultural, social e econômico dos cidadãos é um processo público aberto às mediações de entidades privadas (instituições de solidariedade social, associações desportivas, cooperativas de habitação)”. Porém, há uma diferença substancial entre atividades desenvolvidas neste ambiente e aquelas

¹⁰⁵ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Op. cit., p. 37.

¹⁰⁶ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher: o novo liberalismo econômico**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record, 1980, p. 125.

inerentes ao princípio da democracia econômica, social e cultural, pois estas decorrem de uma imposição constitucional.¹⁰⁷

A solidariedade é atributo típico do Estado social e justificável como característica da intervenção pública automática considerando-se a realidade ainda vivenciada pelo ser humano. Trata-se de um substantivo pleno de eticidade e sentido semiológico. Embora sua compreensão seja evidentemente plurívoca e complexa, há um núcleo de sentido que não pode ser desconsiderado e que traz um evidente conteúdo material e não meramente procedimental que possui condições de compartilhamento na atualidade. Rafael Lopez PINTOR, por exemplo, aponta três sentidos para a solidariedade: a) o “estrutural”, que reconhece serem mais solidárias as sociedades democráticas que possuem um sistema de seguridade social (como por exemplo, adoção de políticas de incorporação das mulheres ao trabalho, aumento da oferta de emprego, melhoria da educação, distribuição de renda, ampliação dos serviços públicos, etc.); b) o “psicológico-social”, que está em decadência, pois os indivíduos não se mostram mais solidários uns com os outros devido a uma redução significativa na responsabilidade moral; e c) “moral”, que retrata apenas a manutenção de um sistema de tolerância recíproca e em certa medida, é típico das sociedades atuais (o que retrataria uma aproximação com a experiência medieval).¹⁰⁸ Em outros termos, Paulo OTERO também identifica uma “tripla dimensão material” da solidariedade, tratando-a como um “valor constitucional” que não só estabelece um vínculo entre as gerações presentes, como as futuras. Para o autor, a primeira dimensão se expressaria na relação entre o Estado e a pessoa humana, materializando-se em uma cláusula de bem-estar; a segunda dimensão reporta-se à própria relação entre particulares, exortando-os a agir com “espírito de fraternidade”; já a terceira dimensão operar-se-ia na relação entre os Estados, a partir de um humanismo de caráter internacional. É por intermédio destas três dimensões que se torna viável a constituição do homem como ser digno, afinal “sem solidariedade a vida humana é menos digna e sem dignidade a solidariedade torna-se desumana”.¹⁰⁹

Independentemente da pluralidade de sentidos que possam preencher o conteúdo da solidariedade nas diferentes concepções sociais e doutrinárias extraíveis

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 335.

¹⁰⁸ PINTOR, Rafael Lopez. Es la sociedad española solidaria? In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad en la sociedad española**. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas de Madrid, 1993, p. 24-31.

¹⁰⁹ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. v. 1, Coimbra: Almedina, 2007, p. 585.

do debate atual, o modelo típico do Estado social, conforme positivado nos diferentes ordenamentos que o consagram (o sistema constitucional brasileiro é um exemplo) possui elementos mais que suficientes para uma atribuição ético-jurídica de sentido à idéia. Sendo assim, deve-se reconhecer que é da combinação entre a visão teórica constituída e a positivação de valores constitucionais que pode ser identificado o sentido normativo de solidariedade.

Um dos pontos de destaque nesta compreensão é que a solidariedade social não se restringe a questões de natureza econômica, mas possui forte referibilidade, e tão importante quanto, em questões de caráter moral. Ainda, não pode se tratar um mero mecanismo de compensação social ou prevenção, como se a ação solidária pudesse significar certa “condição assecuratória” ou “garantística” de uma convivência menos problemática. Solidariedade não deve ter como pressuposto legitimatório a promoção da auto-segurança social. Por este motivo precisam ser recebidas com cautela percepções como a de Chantal MILLON-DELSOL, que entendem ser fundada a solidariedade política no pressuposto objetivo de que “um homem viverá mais feliz em uma sociedade poupada da miséria e da indiferença, deste modo deve-se contribuir pessoalmente ao bem comum”.¹¹⁰ A exigência de redistribuição, nestes termos, teria um fundamento exclusivamente pragmático, pois o sujeito não iria inserir-se em uma estrutura solidária porque esta é uma atividade, por princípio, inerente ao seu dever de cidadania, mas sim porque a solidariedade coletiva pode lhe trazer benefícios particulares. Nesta perspectiva, a solidariedade, em geral, apenas tende a reforçar critérios de separação entre sujeitos ativos e sujeitos passivos da ação social solidária, inibindo o ideal formato circular dos valores constitucionais que devem propugnar pela eliminação de quaisquer formas de hierarquização dos grupos sociais e não o contrário.

Como já identificara WEBER, o sujeito moderno tende a não conseguir compreender alguns “fins últimos” e valores pelos quais se orientam os demais, ainda que seja possível apreendê-los intelectualmente. Isso significa que “quanto mais divergem de nossos próprios valores últimos, tanto mais dificuldade encontramos em

¹¹⁰ “Un uomo vivrà più felice in una società risparmiata dalla miseria e dall’indifferenza, anche se deve contribuire personalmente al benessere comune.” Cf.: MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Traduzione di Massimo Tringalli. Milano: Giufrè, 2003, p. 04.

torná-los compreensíveis por uma *revivência* mediante a imaginação intuitiva”.¹¹¹ Nestes termos, a identidade passa a ser, paradoxalmente, o critério de separação.

Esta forma de entendimento do recíproco reconhecimento cultural não parece combinar com o ideal de cidadania, em razão do que se torna crível defender a possibilidade de um sentido ainda universalista de entendimento ético do ser humano. Sentido este que vem sendo contestado fortemente pela visão pragmatista. Segundo Richard RORTY a resposta “*porque essa pessoa é um ser humano*” acaba por constituir “uma explicação pouco convincente para um ato generoso”.¹¹² O autor parte de um ponto de vista em certa medida “antropológico”, procurando discutir as razões que considera “reais” para a justificação da solidariedade entre os indivíduos. Conclui, então, que seria o reconhecimento em face de um grupo ou uma situação localizada que justificaria em regra as ações solidárias (e não algum tipo de moralidade referente ao ser humano como tal). Sua idéia central sugere que as responsabilidades morais dos indivíduos para com os demais representam apenas o lado público da vida humana; um lado “que compete com nossas afeições pessoais e nossas tentativas privadas de autocriação, e que não tem prioridade automática sobre essas motivações privadas”.¹¹³

Nos termos da visão pragmática não há como ser estabelecido um fundamento geral para a idéia de solidariedade, pois ela ocorre em razão das escolhas subjetivas particulares. Sendo a colonização do viés público pelo viés privado um fato, não haveria como dele escapar. Resta apenas ser defendida a idéia de que, embora não exista uma essência humana, o ser humano deve ser capaz de “considerar sem importância um número cada vez maior de diferenças tradicionais (de tribo, religião, raça, costumes, etc.), quando comparadas às semelhanças concernentes à dor e à humilhação”.¹¹⁴

Esta posição de Rorty não é unânime entre os pragmatistas, principalmente se considerados os autores clássicos, ainda influenciados pelos paradigmas do século XIX. John DEWEY, por exemplo, aceita a idéia de valores comuns, chegando a afirmar que “a essência de toda forma de intolerância é o

¹¹¹ WEBER, Max. **Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva**. 2. ed. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parrela, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1997, p. 6.

¹¹² RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 315.

¹¹³ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Op. cit., p. 319.

¹¹⁴ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Op. cit., p. 316.

comportamento anti-humanístico”.¹¹⁵ A tolerância, desse modo, é o ponto chave da própria ontologia da solidariedade segundo a tradição pragmatista, fugindo-se, assim, da tradição kantiana de separar as noções como princípios gerais autônomos, porém interligados.

Ocorre que a contestação efetuada pelo pragmatismo em face do universalismo, acompanhada por uma série de outras contestações de diversa índole filosófica, embora relevante como crítica, carece de um espaço positivo prospectivo. Ao contrário do que se propugna atualmente, a universalidade não é necessariamente inimiga da diferença; ela não requer “homogeneidade cultural”, nem precisa de “pureza cultural” para ser realizada.¹¹⁶ Uma correta reavaliação do universalismo implica tomá-lo a partir de uma identificação republicana, como se fosse possível uma recuperação analógica da cultura grega, justamente no seu aspecto mais relevante, a tolerância, que significa “levar em conta o que se apresenta como o heterogêneo, ou mesmo a extrema alteridade para os participantes daquela cultura.”¹¹⁷ Tal recuperação exige o enfraquecimento da subjetividade, “um abandono do Eu”, na busca por uma espécie de renovação do ser, que se tornaria pluripessoal, ou ainda, suprapessoal. De acordo com HABERMAS, na medida em que se torna prevalente este processo de abandono de uma cultura da maioria, é possível transformar a solidariedade dos cidadãos no sentido de construir um “patriotismo constitucional”.¹¹⁸ Ainda que este termo escolhido pelo autor não seja dos melhores, pois em geral o “patriotismo” não tem combinado com solidariedade e tolerância, muito pelo contrário (aliás, não é possível desconhecer o desserviço que as idéias de patriotismo e nacionalismo têm prestado à história da humanidade), o fato é que a construção teórica habermasiana é bastante interessante no sentido normativo de conceber uma nova forma de entendimento da relação entre o Estado (a pátria) e a sociedade civil “constitucionalizada”.

Este posicionamento conduz ao abandono de uma concepção “estatística” da democracia, rumo a uma visão em que possam ser realizadas as condições de

¹¹⁵ DEWEY, John. **Liberdade e cultura**. Tradução de Eustáquio Duarte. Rio de Janeiro: Revista Branca, 1953, p. 34.

¹¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 204.

¹¹⁷ VERNANT, Jean-Pierre. **Entre mito e política**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Edusp, 2001, p.

71.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Op. cit., p. 95.

“pertencimento moral” do povo como um todo.¹¹⁹ Pertencimento que possui um importante caráter relacional (requer participação do indivíduo nas decisões coletivas, destaque à liberdade de expressão, e ainda, reciprocidade entre os partícipes, pois ninguém se sente membro de uma comunidade se não é tratado como tal). Uma sociedade em que a maioria não se preocupa com as minorias é ilegítima e injusta.

É preocupante quando as pessoas passam a buscar somente um governo no qual se reconhecem como raça, religião, nacionalidade, etc. A valorização do pertencimento busca contornar esta problemática e, em certa medida, acabar com a rivalidade entre liberdade e igualdade, pois *“la igualdad no es una cuestión de relaciones entre ciudadanos uno a uno, sino más bien una relación entre la ciudadanía, entendida colectivamente como ‘el pueblo’ y sus gobernantes”*.¹²⁰ É preciso limitar os próprios interesses dos indivíduos até mesmo por conta da convicção moral geralmente aceita de que todos têm o “direito a uma abstenção recíproca quanto a certos tipos de conduta prejudicial”.¹²¹ Por este motivo o ordenamento jurídico típico do Estado social contemporâneo traz consigo a necessidade de normas tanto consagradoras de ações afirmativas quanto de proibição à qualquer forma de discriminação ou preconceito – evitando, assim, o que Carlos Ayres BRITTO chama de um “déficit de dignidade ou de cidadania”, a partir do entendimento do preconceito como um fator de desigualdade civil e moral inerente à intolerância e contrário a uma comunidade plural que mereça ser qualificada como verdadeira “sociedade civilizada”.¹²²

Trata-se de trazer a proposta de tolerância quanto ao outro, ao lado da idéia de solidariedade, para dentro do espírito do Estado social. Noção esta que possui elevado grau de “indecidibilidade”, o que não a torna menos importante ou não concretizável. Esta perspectiva não é exatamente nova ou inerente apenas ao Estado social. Em certa medida o ideal de tolerância é típico da visão liberal clássica (e de sua separação com a religião, fonte típica de intolerâncias). Ludwig von MISES afirma que

¹¹⁹ A idéia de pertencimento moral está presente tanto em Habermas quanto em Dworkin. Segundo Dworkin, o pertencimento moral é implicado por dois conjuntos de condições: 1º) o estrutural: refere-se à história em comum; às condições psicológicas compartilhadas; 2º) o relacional: reporta-se à forma como o indivíduo é tratado pela comunidade, considerando a sua efetiva participação nas decisões com destaque à liberdade de expressão; ou seja, deve existir “reciprocidade”. DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarista**. Op. cit., p.125.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarista**. Op. cit., p. 129.

¹²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 179.

¹²² BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do racismo. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145-163.

só não se pode ser tolerante com o intolerante, pois o liberalismo “precisa ser intolerante com todo o tipo de intolerância”.¹²³

E neste ponto há bastante recorrência entre os liberais e os pragmatistas clássicos. Pode a intolerância alegar razões especiais para afirmar que determinado grupo não é digno de respeito, confiança e tratamento humano? DEWEY responde categoricamente que não, sob pena de ser reconhecido o mais desumano dos comportamentos. “Não há ácido que possua o poder corrosivo da intolerância dirigida contra certos indivíduos, pelo fato de pertencerem a um grupo que ostenta certo rótulo”. É por isso que a essência de todo comportamento intolerante é contrário ao humanismo.¹²⁴

No mesmo sentido Ernesto LACLAU explica seu entendimento demonstrando que o sentido ontológico da tolerância exclui totalmente do seu interior da idéia de intolerância (a partir de um conceito lógico). Todavia, uma tolerância absoluta é autodestrutiva porque: a) quando se aceita tolerar a intolerância, acaba-se permitindo a existência de uma sociedade de intolerantes, sob os auspícios da tolerância; b) há práticas que são repugnadas pelo sentido moral da comunidade. E esta condição acaba por denunciar um problema: para que a tolerância não tenha um sentido ambíguo, torna-se necessário algum “princípio normativo”. Princípio este que não decorre da noção de tolerância e, portanto, dissolve o significado do conceito. Ou seja: “se o que tolero é o que aprovo moralmente (ou, ao menos, aquilo frente ao qual sou moralmente neutro) não estou tolerando nada”.¹²⁵ A tolerância só existiria quando mesmo desaprovando algo, o sujeito a aceita. A tolerância não consistiria, portanto, em uma questão ética. Qual poderia ser, então, o fundamento da tolerância? Segundo o autor, seria a necessidade de funcionamento da sociedade a partir de certo grau de diferenciação interna. Daí a necessidade de neutralidade institucional do Estado. Ou seja, frente às concepções rivais de bem, é preciso uma neutralidade ética. Este raciocínio irá implicar a conclusão de que a tolerância não é ilimitada. “*Una tolerancia ilimitada sería tan destructiva del tejido social como una unificación ética totalitaria*”. Isto é, “*ser intolerante respecto de algunas cosas es la condición misma para ser tolerante respecto de*

¹²³ MISES, Ludwig von. **Liberalismo segundo a tradição clássica**. Tradução de Haydn Coutinho Pimenta. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, p. 56-57.

¹²⁴ DEWEY, John. **Liberdade e cultura**. Op. cit., p. 147.

¹²⁵ LACLAU, Ernesto. **Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia**. Op. cit., p. 105

otras".¹²⁶ Em resumo, a dualidade "tolerância/intolerância" é muito mais importante que seus pólos isolados e irá se relacionar intimamente com a idéia de solidariedade.

Concorda-se com a conclusão do autor, porém se discorda da sua premissa, pois a tolerância, mesmo nestas condições, resulta num elemento de natureza ética. Paul HIRST ressalta que "a tolerância não é indulgência com os demais, a submissão aos seus objetivos, seja quais eles forem". Desse modo, ser tolerante exige o reconhecimento de "um limite e a disposição para, atingido esse limite, apoiar e auxiliar na supressão das associações e grupos totalitários, em defesa da esfera pública e do princípio do pluralismo".¹²⁷ Qualquer idéia de neutralidade neste campo corre o risco de retroagir ao sentido típico do liberalismo econômico para quem "não é a consideração do conteúdo da doutrina que se quer tolerada, mas a consciência de que apenas a tolerância pode criar e preservar as condições para a paz social", sem a qual o homem pode retornar à barbárie.¹²⁸ Noção esta que não escapa da igualdade formal.

Sobre esta tormentosa questão parece melhor elaborada a análise de António Manuel HESPANHA, quando localiza a tolerância dentro de um contexto de "relativismo metodológico", que impossibilita a cominação de valores pessoais como se fossem verdades universais ou naturais. Este relativismo, ao ser o fundamento da tolerância, também requer a garantia do diálogo, sendo permitida como condição fundamental a presença de diferenças individuais. Mas isso não implica a ausência de regras pré-estabelecidas, pois elas são essenciais à convivência; nem mesmo impõe a ausência de eticidade. Como adverte o autor, "o relativismo metodológico não tem nada a ver com o relativismo moral e, longe de constituir um factor de dissolução e permissividade, esta atitude metodológica contém uma forte carga ética."¹²⁹

A partir de meados do século XX a idéia de "direitos de cidadania" tornou-se indissociável do reconhecimento moral dos direitos humanos e da positivação jurídica dos direitos fundamentais. De forma sintética, Francisco LAPORTA aponta como traços estruturais dos direitos humanos a universalidade, o caráter absoluto e a inalienabilidade. O mais relevante deles é, sem dúvida, a universalidade, que assevera estarem fora do âmbito do sistema jurídico positivo, não dependendo de

¹²⁶ LACLAU, Ernesto. **Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia**. Op. cit., p. 106-107.

¹²⁷ HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 26.

¹²⁸ MISES, Ludwig von. **Liberalismo segundo a tradição clássica**. Op. cit., p. 57-58.

¹²⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 91-93.

circunstâncias, condições ou contextos para sua validação. Nesse sentido é que podem ser entendidos como “direitos morais”. Sua natureza tende a abstrair-se da condição empírica particular. E, assim sendo, tal característica promove uma substancial “mutação ética” que influencia a própria mentalidade subjacente à formação do Estado social. Passa-se de uma solidariedade baseada na caridade tipicamente liberal (a ética da beneficência) para uma solidariedade pautada por uma exigência ética forte (a ética da justiça). Segundo o autor, justapondo-se a um dever forte de “abstenção de interferência” que pode prejudicar o exercício de direitos, coloca-se um dever forte de “colaboração ativa” para a proteção dos bens e para a satisfação dos direitos. Deveres estes que se põem tanto para os indivíduos como para o Estado.¹³⁰

A solidariedade típica do Estado social deve superar aquela inerente ao simples associativismo utilitarista, que possui como fundamento do interesse público primeiro o atendimento da necessidade particular (ainda que em um segundo momento pudesse se tornar uma vontade altruísta).¹³¹ É preciso distinguir a “solidariedade factual”, decorrente de uma mera conexão de interesses (como no propalado caso de dois presos que querem fugir e para isso precisam um da ajuda do outro), de uma “solidariedade emocional”, fundada em uma comunidade de interesses (como no caso dos dois presos que planejam fugir *juntos*). Certamente é mais comum a presença de interesses conectados do que interesses coincidentes, o que só aumenta o prestígio do segundo conceito. Esta forma de compor a solidariedade em sociedade permite justamente a formalização da idéia de um “sujeito coletivo”, ou seja, uma comunidade.¹³² A ultrapassagem de uma solidariedade de fato resultante de interesses meramente coincidentes retrata também um aspecto inerente à persuasão; um apelo recíproco resultante da vontade de formação de uma identidade comum. Isso implica, por certo, a situação de preferência por uma solidariedade instituída em detrimento do interesse particular egoístico de cada um; uma solidariedade, portanto, que não é resultado de um mero reconhecimento social, mas possui necessária função normativa determinada objetivamente pelas escolhas democráticas efetuadas e consagradas no modelo social de Estado adotado.

¹³⁰ LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 4, 2005, p. 36.

¹³¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 129.

¹³² ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 414.

Veja-se que esta solidariedade não se funda em nenhuma espécie de altruísmo antropológico, seja ele moral (normativo) ou decorrente de uma relação de simpatia (espontâneo).¹³³ Trata-se de reconhecer e prescrever uma legítima e solidária “identificação de interesses”. A palavra forte que condiciona o conteúdo tanto da solidariedade quanto da tolerância no paradigma do Estado social contemporâneo é “alteridade”. Ou seja, como propõe Celso Luiz LUDWIG, deve ser reconhecida uma exigência de “exterioridade” em relação à totalidade como afirmação “analética” (ou seja, uma afirmação de elementos subjetivos como a dignidade, a liberdade, a cultura, os direitos, o trabalho). Explica o autor que “esta exterioridade consiste na reserva real atual que o povo mantém através de um existir com alteridade, num sistema caracterizado pela dominação eticamente injusta”.¹³⁴ A negação de qualquer forma de opressão inicia-se com o reconhecimento da exterioridade “do outro”, devendo-se negar, portanto, toda e qualquer forma de preconceito. E isso pode e deve ser feito por intermédio da política.

Hannah ARENDT ressaltou com veemência que os preconceitos “jogam fora a criança junto com a água do banho, confundem aquilo que seria o fim da política com a política em si, e apresentam aquilo que seria uma catástrofe como inerente à própria natureza da política e sendo, por conseguinte, inevitável”.¹³⁵ Segundo a autora, o preconceito é inerente à condição humana, por isso o papel da política é o esclarecimento. Só por meio da política é que se torna possível passar do estágio do preconceito para o do juízo, permitindo-se a formação de uma real opinião mediante parâmetros que não são decorrentes somente de certa tradição ou de condições empíricas (embora também possa existir o juízo do gosto, que não possui critérios).¹³⁶

É nestes termos é que se torna relevante a conclusão de que o “espírito público” poderia ser mais reforçado por um debate que antecederesse ou seguisse uma decisão judicial do que propriamente na batalha política legislativa. Não seria incorreto asseverar que às vezes a cidadania é muito mais reforçada por decisões dos tribunais que se pautam por princípios do que pelas dos legisladores, respaldados em pesos e influências políticas inapropriadas ao espaço democrático legítimo (ou, ainda,

¹³³ TUGENDAHT, Ernest. **A controvérsia sobre os direitos humanos**. Op. cit., p. 36.

¹³⁴ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 216.

¹³⁵ ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 26.

¹³⁶ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 29-33.

comprometidos com ações ou interesses que não são subordinados a importantes questões de princípio e muito menos possuem qualquer relação com o interesse público).¹³⁷

Pode ser bastante adequada e justificável uma desconfiança em face ao legislador, para fins de “desmitificação” – o que não significa o desprezo pela lei. Segundo a análise de Paolo GROSSI, o “absolutismo jurídico” presente na modernidade fez com que a civilização jurídica perdesse (ou diminuísse muito) a percepção da complexidade do fenômeno democrático. A produção do Direito nas mãos do legislador provocou um empobrecimento (perdeu-se a dimensão plural do ordenamento e quebrou-se a conexão natural entre sociedade e Direito).¹³⁸

V

O pragmatismo como mentalidade oposta à ética do Estado social

Uma série de teorias críticas da modernidade apontam o fracasso do intervencionismo do Estado de bem-estar em boa medida por conta do próprio mau desempenho do Direito como meio de emancipação social e efetivação de direitos. São apontados os casos de intervenção indevida em algumas áreas; é exaltada a ineficiência da regulação e controle da economia. O Direito tem como prerrogativa a conformação das relações sociais e, por isso mesmo, estaria sendo politizado, o que o faz perder a sua racionalidade própria, inerente à normatização eminentemente jurídica da vida. Ao contrário de aproximar, esta postura interventora do Estado acabaria afastando-o da realidade.¹³⁹

Nesta conjuntura é que surge o pragmatismo como uma filosofia branda que se acomoda facilmente ao niilismo típico das propostas pós-modernas e, por isso, estaria mais voltada ao reconhecimento do “mundo real”. Segundo José Luis OROZCO trata-se de uma “filosofia de mercado” combinada com a defesa do protagonismo de uma extensa rede de agrupamentos que poderão formar uma “sociedade espontânea” tipicamente corporativa, ou seja, fundada na confiança mútua (desde leitores da Bíblia

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*. Op. cit., p.132.

¹³⁸ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131-134.

¹³⁹ REICH, Norbert. *Intervenção do Estado na economia ...* Op. cit., p. 267.

até as multinacionais).¹⁴⁰ O Estado, além de ser um mal necessário reduzido ao mínimo possível, acaba sendo desideologizado e despolitizado.

O gerencialismo que sustentou o reconhecimento jurídico do terceiro setor no Brasil não sem razão intitulou-se como uma “proposta pragmática social-liberal”. O pragmatismo, a partir da ressaltada arbitrariedade macro-política, procura recolocar a sociedade civil (por sua própria essência capitalista) como protagonista das políticas públicas. Assim, a prova definitiva da democracia seria justamente a sua eficiência.¹⁴¹ A crise dos anos 1980 (uma crise essencialmente latino-americana, mas não só) deu margem para o crescimento de teorias voltadas ao mercado e que passaram a defender o interesse nacional “caso a caso”.¹⁴² Luis Carlos Bresser PEREIRA, um dos principais personagens desta visão, propugnou pelo abandono do estruturalismo (preocupado com estratégias de desenvolvimento em longo prazo) para o advento de um “neo-estruturalismo” (preocupado com a eficiente alocação de recursos, a poupança pública e o equilíbrio orçamentário). Sua pretensão é de superar o que denomina de liberalismo teórico (Milton Friedman) a quem teria faltado pragmatismo e operacionalidade.¹⁴³ Neste ambiente, correntes de pensamento como a abordagem econômica do Direito (que tem como um de seus principais expoentes Richard POSNER) passam a insistir apenas na realização de um teste de eficiência do Direito, como se o modelo normativo se restringisse ao aspecto institucional.¹⁴⁴

Seja originário do pensamento utilitarista anglo-saxão (ao afirmar que aquilo que é útil é verdadeiro), seja tributário do pensamento revolucionário de Friedrich W. Nietzsche (ao afirmar que aquilo que parece ser verdadeiro foi assim estabelecido pela sua utilidade),¹⁴⁵ o pragmatismo filosófico é mais do que uma teoria; é uma forma sistemática de pensar e ver o mundo a partir de um ponto de vista empírico. Charles S. Peirce, William James e John Dewey são geralmente reconhecidos como os

¹⁴⁰ OROZCO, José Luis. **El Estado pragmático**. Ciudad de Mexico: Facultad de Ciências Políticas y Sociales, 1996, p. 10-19.

¹⁴¹ OROZCO, José Luis. **El siglo del pragmatismo político**. Colonia del Carmen: Universidade Autónoma de México, 2004, p. 63 e 81.

¹⁴² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. Op. cit., p. 14.

¹⁴³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**. Op. cit., p. 19.

¹⁴⁴ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473 et seq.

¹⁴⁵ DURKHEIM, Émile. **Pragmatismo e sociologia**. Tradução de Aldo Litaiff. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004, p. 50 et seq.

principais teorizadores desta corrente na história das idéias;¹⁴⁶ todavia, na atualidade, Richard Rorty talvez seja seu principal representante.¹⁴⁷

A mentalidade pós-moderna é um momento propício para o desenvolvimento de idéias e propostas pragmáticas que nada mais são do que o reflexo de sua época (apesar de terem sido defendidas em distintos períodos históricos com mais ou menos êxito dentro de cada espaço de influência). Torna-se adequado, então, refletir sobre o assunto quando em foco o Estado social, que deve ser uma entidade, por definição, meta-pragmática. Para além de uma filosofia, o pragmatismo pós-moderno é essencialmente uma mentalidade sobre a qual se situam distintas e por vezes até mesmo contraditórias posições políticas. Não se está aqui procurando identificar as correntes filosóficas pragmatistas (ao menos não necessariamente) como constituindo uma oposição teórica ao modelo de bem-estar social. Até porque, há pragmatistas de primeira geração como John DEWEY, ou de última geração como Richard RORTY, que também se declaram defensores do *welfare state*.¹⁴⁸ O fato é que existem razões e Razões para que possa ser sustentada uma proposta de Estado social. Por certo que uma visão pragmática não combina com sua razão mais forte, que é de caráter ético e principiológico. E há um motivo simples e direto para isso. O próprio modelo de Estado nazista e fascista acaba por ser aceito pela grande massa dos seus povos justamente por razões de maior “vantagem comunitária”. Tanto é que vários autores de teoria do Estado o identificam como o primeiro sistema real de Estado social.¹⁴⁹ Não parece, contudo, ser esta a melhor opção, e nem a proposta de Estado social ora defendida seria possível seja para alguém dos limites pragmáticos, seja para além dos contornos democráticos.

Não possuindo pressupostos éticos, o pragmatismo abre uma brecha para que, caso a caso, seja preenchido o fundamento da ação, por uma razão interessada, segundo as conveniências dos respectivos atores. Embora os autores pragmáticos (notadamente aqueles ora referidos) estejam totalmente distanciados de qualquer

¹⁴⁶ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Tradução de Fábio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

¹⁴⁷ RORTY, Richard. **Consequências do pragmatismo (ensaio: 1972-1980)**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

¹⁴⁸ DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958. RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Tradução de Paulo Ghirardelli Jr. São Paulo: Martins, 2005, p. 25.

¹⁴⁹ Como, por exemplo, classifica Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado social ao Estado liberal**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 184.

proposta de caráter totalitário, tal compreensão da vida torna mais fácil o advento de concepções materialmente não democráticas ou até rasamente majoritaristas. Ademais, o pragmatismo procura desligar a ligação entre conhecimento e o direito de lutar por justiça social segundo determinado padrão pré-estabelecido.¹⁵⁰ Desse modo, denota-se severa incompatibilidade entre o pragmatismo e a existência de um conteúdo ético-normativo como fundamento do Estado social determinante dos seus fins. Mediante uma análise pragmática, após concretizadas as políticas do Estado social deveria ser feita uma pergunta: *está sendo eficiente a realização destas políticas tomadas em consideração aos fins almejados?* Caso a resposta seja afirmativa, ótimo, estão todos de acordo; mas e se a resposta for negativa? Para um pragmático uma das alternativas é, sem dúvida, o abandono de Estados de bem-estar social. E é justamente isso que vem ocorrendo na atualidade. O “consenso” estabelecido em face das crises de financiamento do Estado de bem-estar, combinado com o “consenso” anti-socialista que decorreu da queda do muro de Berlim, abriram um confortável espaço para o Estado mínimo ou seus congêneres (tendo como base formas de neoliberalismo perfeitamente incrustadas num substrato pragmático). É paradoxal, mas a filosofia utilitária inerente ao pragmatismo acaba, pela via transversa e ao recusar todos os “fundamentalismos”, abrindo espaço justamente para alguns fundamentalismos (como o do liberal-economicismo, por exemplo), em razão do vácuo ético que propugna. Embora neguem o niilismo, o seu caminho é certamente nesta direção.

A posição de RORTY (que seria comungada por pragmatistas como Dewey ou filósofos tradicionais como Habermas) de que “*não há nada na noção de objetividade com exceção do acordo intersubjetivo*” não chega a convencer.¹⁵¹ E, mesmo que pudesse ser uma alternativa filosófica plausível, na realidade reflete uma posição teórica incompatível com o modelo de Estado de bem-estar consagrado juridicamente no Brasil. A Constituição Federal de 1988 foi forjada em uma base tradicionalmente principiológica, consagrando um formato típico de um Estado protetivo, responsável e interventor, cuja interpretação precisa ultrapassar as barreiras de um positivismo clássico. E é este entendimento que em geral a doutrina constitucionalista tem referendado, apesar do ecletismo ainda verificado nos tribunais brasileiros, com decisões ora radicalmente pragmáticas (como é típico da matéria eleitoral), ora

¹⁵⁰ RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Op. cit., p. 8.

¹⁵¹ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005, p. XIV.

radicalmente principiológicas (como tem sido comum no controle das políticas públicas).

Nos termos do pioneiro William JAMES o pragmatismo é essencialmente um “método”; uma forma de resolver disputas metafísicas mediante a tentativa de interpretação traçando-se suas conseqüências práticas. E se não houver qualquer diferença prática, então “a disputa é vã”. O princípio base do pragmatismo (o único), também chamado de “princípio de Charles Pierce” fundamenta-se na idéia de que a “concepção do objeto depende da concepção dos seus efeitos”. Não há, assim, nenhuma diferenciação relevante em uma verdade abstrata se ela não possa se exprimir em um fato concreto.¹⁵² Seguindo este raciocínio, John DEWEY afirma que não existe um fim último a ser revelado: não há um bem nem um mal, pois o problema do mal deixa de ser metafísico; trata-se de uma questão prática a ser absorvida no caso concreto. A felicidade não seria um bem em si, pois é estabelecida pelo êxito – este entendido enquanto processo ativo (o fim é sempre um processo em transformação). E exemplifica: “o mau homem é o que está começando a arruinar-se, que se está tornando menos e menos bom, não obstante o quanto bom tenha sido. O bom homem é o que se está tornando melhor, pouco importando quanto indigno tenha sido”.¹⁵³ Em toda a ação moral, o pragmatismo transfere o peso da moralidade para o intelecto: “o julgamento e a escolha hão de anteceder a ação”. Resultado disso é o reconhecimento de uma pluralidade de bens, sendo necessária uma variedade de critérios para que possa ser escolhido um deles. É impossível, assim, ser decidido aprioristicamente qual é o bem ou o mal que deve ser prestigiado caso eles entrem em conflito. Os valores diferentes implicam decisões diferentes.¹⁵⁴ Em certa medida os pragmatistas se colocam como árbitros imparciais dos jogos entre posições antagônicas.¹⁵⁵

Émile DURKHEIM talvez tenha sido um dos primeiros pensadores que colocaram em xeque os postulados pragmáticos, apesar de reconhecer a sedução que suas propostas podem realizar ao espírito humano. Uma das primeiras críticas apontadas é que o caráter abstrato da argumentação pragmatista destoava de sua pretensa orientação empírica. Na maioria das vezes, seus fundamentos acabam

¹⁵² JAMES, William. **Pragmatismo: un nuevo nombre para viejas formas de pensar**. Tradução de Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 78-80.

¹⁵³ DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Op. cit., p. 176.

¹⁵⁴ DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Op. cit., p. 164-168 e 177.

¹⁵⁵ OROZCO, José Luis. **El siglo del pragmatismo político**. Op. cit., p. 15.

redundando em colocações dialéticas, pois tudo se reduz a uma pura construção lógica. Mas mesmo diante desta forma de se constituir, o fato é que para a qualidade de uma “doutrina filosófica” faltariam os seus requisitos fundamentais.¹⁵⁶

Ocorre que o pragmatismo realmente não quer entender a filosofia nos mesmos termos em que Durkheim pensa ser necessário. Assim como DEWEY buscou identificar uma crítica ao passado que denominou de uma “filosofia em reconstrução”,¹⁵⁷ RORTY propugna por uma reforma completa na teoria do conhecimento, propondo um abandono das perspectivas tradicionais sobre verdade, conhecimento e objetividade. Trata-se da tentativa de uma construção filosófica avessa aos princípios.¹⁵⁸ Para o autor, não devem ser colocadas questões sobre a natureza da verdade ou do bem (o que não significa afirmar que inexistem verdades e bens). O fato é que “pensar sobre a Verdade não ajuda a dizer algo verdadeiro, nem pensar sobre o Bem ajuda a agir bem, nem pensar sobre a Racionalidade ajuda a ser racional”.¹⁵⁹ Um dos grandes marcos simbólicos do novo pragmatismo é justamente utilizar algumas palavras com sentidos totalmente diversos do seu uso comum na tradição filosófica platônico-kantiana. Para marcar esta diferença, RORTY assevera que porá em minúscula a primeira letra do termo “filosofia” quando usado no sentido pragmático “para estabelecer a idéia de que Filosofia, Verdade, Bem e Racionalidade são noções platônicas interligadas. O que os pragmatistas estão a dizer é que a maior esperança para a filosofia é não fazer Filosofia”.¹⁶⁰

Apesar do auto-proclamado caráter revolucionário e inovador do pragmatismo, DURKHEIM afirma que, em certa medida, não se trata de algo tão original. Quando tal filosofia diz “a verdade é humana”, na realidade, não diz quanto à razão humana nada muito distinto do que a sociologia quando esta reconhece que “tudo o que constitui a razão, seus princípios, suas categorias, tudo isso foi feito no curso da história”. A sociologia já deu conta de que não existe de um lado “o erro” e de outro a “verdade”.¹⁶¹ A grande diferença está, talvez, na tentativa pragmatista de explicar a verdade psicologicamente/subjetivamente. Ou seja, a razão estaria no

¹⁵⁶ DURKHEIM, Émile. **Pragmatismo e sociologia**. Op. cit., p. 155-156.

¹⁵⁷ DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Op. cit., passim.

¹⁵⁸ Sobre a teoria do conhecimento de Rorty ver: RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Op. cit., passim. Especificamente sobre a sua teoria política ver: RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Op. cit., passim.

¹⁵⁹ RORTY, Richard. **Consequências do pragmatismo (ensaios 1972-1980)**. Op. cit., p. 14-15.

¹⁶⁰ RORTY, Richard. **Consequências do pragmatismo (ensaios 1972-1980)**. Op. cit., p. 15.

¹⁶¹ DURKHEIM, Émile. **Pragmatismo e sociologia**. Op. cit., p. 158.

mesmo plano da sensibilidade e a verdade no mesmo plano que a sensação ou os instintos.

O difícil para o pragmatismo é conseguir negar o fato de que a verdade precisa ser constituída independentemente do indivíduo. “Uma coisa é duvidar da correspondência entre símbolos e a realidade, outra é rejeitar, com o símbolo, a coisa simbolizada”. Pondera DURKHEIM que o nivelamento pragmatista ignora a “dualidade que existe entre a mentalidade resultante das experiências individuais e a mentalidade resultante das experiências coletivas”.¹⁶² A sociologia de Durkheim acaba por explicar, a partir de uma perspectiva de fundo, o motivo pelo qual o pragmatismo, apesar de sua proclamada “neutralidade” teórica, acaba por combinar perfeitamente com conteúdos individualistas (o que, de pronto, já é uma forte razão justificatória para o seu afastamento da fundamentação de um Estado social). No mesmo sentido OROZCO coloca que o pragmatismo não é um sistema inofensivo e tolerante de pensar e atuar. O “pensador racionalista”, substituído pelo “pensador corporativo” não elimina a parcialidade indissociável de todo sistema de poder.¹⁶³ Aliás, é interessante considerar que na sua origem norte-americana, o pragmatismo carrega um forte caráter moral conservador e personalista. A filosofia de William JAMES é exemplo profícuo deste fato ao identificar a típica necessidade que a comunidade possui de ter “simpatia” pelo indivíduo. E é desenvolvendo este raciocínio que o autor irá defender a valorização de uma história de heróis, afinal, no domínio prático “sempre de reconheceu” que “a riqueza duma nação consiste, mais do que em qualquer outra coisa, no número de homens superiores que a habitam”.¹⁶⁴ Não é de se estranhar que alguns pensadores afirmem ser um “Estado pragmático” aquele que impõe a “hegemonia progressiva e setorial dos Estados Unidos no mundo”.¹⁶⁵

É típico de todo pragmatismo uma atitude empírica que se afasta das razões *a priori* estabelecidas e dos sistemas fechados. O critério de decisão a respeito da ação humana deixa de ser possível em essência (caráter principiológico) para ser o cálculo de sua vantagem. Ou seja, uma assertiva só “é verdadeira porque é útil”. O valor das idéias depende de sua importância prática e de sua maior ou menor

¹⁶² DURKHEIM, Émile. **Pragmatismo e sociologia**. Op. cit., p. 160.

¹⁶³ OROZCO, José Luis. **El siglo del pragmatismo político**. Op. cit., p. 16 e 18.

¹⁶⁴ JAMES, William. **A filosofia de William James (seleção de suas obras principais)**. Tradução de Antônio Ruas. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 134-137.

¹⁶⁵ OROZCO, José Luis. **El Estado pragmático**. Op. cit., p. 38.

conveniência.¹⁶⁶ O pragmatismo contemporâneo é influenciado pela descrença nas metanarrativas típicas da filosofia desconstrutivista, pelo desprestígio do marxismo como teoria normativa e pela revolução informática e comunicativa. A partir destes elementos, constitui-se uma forte crítica ao “fundacionismo” e ao “representacionismo” típicos da filosofia tradicional. A primeira nega a existência de fundamentos essenciais para explicar a realidade; a segunda afirma que as relações são só causais (as representações nada mais são do que idéias que duplicam o real como mera criação metafísica – elas na realidade não existem).¹⁶⁷

São muito comuns as críticas ao pragmatismo de Rorty. Ernesto LACLAU é responsável por algumas delas, pontuando concordâncias e discordâncias. O principal ponto de confluência seria o reconhecimento de que a ética não pode afirmar nenhum tipo de fundamento primordial. Os valores éticos estão somente constituídos discursivamente.¹⁶⁸ No tocante às divergências, defende uma “construção hegemônico-discursiva” buscando diferenciar-se do que denomina de “conversacionalismo” de Rorty, que teria construído um pragmatismo precário porque: a) adota uma perspectiva por demais extensiva, que acaba comprometendo a especificidade conceitual e impossibilitando a caracterização das políticas em particular; b) não haveria uma vinculação necessária entre o pragmatismo e o liberalismo, pois seriam admissíveis muitas outras possibilidades de entendimento (desse modo, Rorty estaria equivocado ao achar que o seu pragmatismo conduz, necessariamente, ao liberalismo defendido e, ademais, esse reducionismo acaba promovendo certa banalização da linguagem política); e c) outro problema de Rorty é que o status teórico das suas categorias não é suficientemente claro (por exemplo, no tocante à sua precária distinção entre Direito público e privado). Em resumo, o mérito de Rorty teria sido reinserir a problemática do pragmatismo norte-americano no quadro da crítica ao iluminismo e à modernidade. O demérito decorreu da forma simplista de articulação entre pragmatismo e liberalismo realizada pelo pensador.¹⁶⁹ Na mesma linha de raciocínio, Chantal MOUFFE afirma que Rorty confunde democracia e liberalismo; liberalismo político com liberalismo

¹⁶⁶ JAMES, William. **Pragmatismo ...** Op. cit., p. 83 e 172.

¹⁶⁷ RORTY, Richard. **Pragmatismo e política.** Op. cit., p. 8-22.

¹⁶⁸ LACLAU, Ernesto. **Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia.** Op. cit., p. 124.

¹⁶⁹ LACLAU, Ernesto. **Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia.** Op. cit., p. 128-133.

econômico. Com isso não consegue ir além da defesa de um “liberalismo burguês modernista”.¹⁷⁰

Por sua vez RORTY não se preocupa tanto com as críticas dos autores, ressaltando mais as concordâncias com o pensamento de Laclau e de Mouffe, como por exemplo, a inferência esboçada por ambos de que as esquerdas terão que se conformar com a social-democracia e com o capitalismo de bem-estar,¹⁷¹ pois isso é o máximo que a realidade lhes propiciaria.¹⁷² Quanto ao liberalismo, o interessante é que RORTY o “salva”, separando-o do racionalismo iluminista para sustentar sua postura política. Conclusão esta que não é estranha considerando-se que para o autor, “a filosofia é uma teoria *ad hoc*”.¹⁷³ Por conseqüência, o liberalismo do autor é também *ad hoc*, ou seja, não tem *porque não precisa ter* a fundamentação que Laclau parece exigir para validar a sua proposta pragmática.

OROZCO possui linha de raciocínio crítico mais radical que Chantal Mouffe ou Laclau. Segundo o autor, esta nova tendência pós-moderna presta-se ao socorro da infra-estrutura doutrinária liberal (indivíduo/propriedade/liberdade) justamente para reordenar a legitimação capitalista. Acima dos modos e movimentos políticos, econômicos ou filosóficos, a visão pragmática foi o elemento integrador de uma estrutura de poder constituída a partir do Estado liberal.¹⁷⁴ Recupera-se, assim, o sentido mais profundo (e limitado) das idéias liberais e democráticas para abandonar-se, de vez, uma “história que é cancelada”. Seria nestes termos que o pragmatismo viria no lugar do “intelectualismo humanista” que preencheu os contornos do liberalismo e da democracia no Estado de bem-estar do século XX. Quando é inserida a “mercantilidade” ou a competitividade dentro do pensamento político tomam-se como prestigiados ditames de eficiência que não coincidem “*con la vieja racionalidad espiritual o social del Estado*”.¹⁷⁵

¹⁷⁰ MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 23.

¹⁷¹ Na realidade, não é bem assim. Os autores são claros ao propor que “*la tarea de la izquierda no puede por tanto consistir en renegar de la ideología liberal democrática sino al contrario, en profundizarla y expandirla en la dirección de una democracia radicalizada y plural.*” Ou seja, a social democracia é um ponto de partida, não um ponto de chegada com o qual a esquerda tem que se conformar por não ter nada melhor a propor, como parece ser a posição de Rorty. Cf.: LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia**. Version española de Ernesto Laclau. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004, p. 222.

¹⁷² RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Op. cit., p. 54.

¹⁷³ RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Op. cit., p. 16 e 21.

¹⁷⁴ OROZCO, José Luis. **El Estado pragmático**. Op. cit., p. 77 e 33.

¹⁷⁵ OROZCO, José Luis. **El siglo del pragmatismo político**. Op. cit., p. 17.

RORTY procura trocar a dicotomia “aparência-realidade” pela “útil-inútil”, como se esta fosse uma solução óbvia.¹⁷⁶ Todavia, não há porque acreditar que a recusa da dicotomia “aparência-realidade” implique necessariamente na aceitação da dicotomia “útil-inútil”. É perfeitamente possível abandonar posturas iluministas clássicas, adotando-se uma postura crítica e não-absolutizada quanto à correspondência entre o real e o aparente sem que, com isso, seja preciso reconhecer a total indiferença desta relação para a compreensão da vida. A recorrência ao útil e inútil, apesar de não se referir obrigatoriamente a um cálculo econômico, obviamente facilita e prestigia a compreensão a partir deste ponto de vista e não outro (como o político ou o cultural, por exemplo). A substituição realizada de uma dicotomia pela outra, neste contexto, não deixa de ter um caráter essencialmente arbitrário; o que é típico de uma visão dogmática que atende melhor ao capitalismo industrial e financeiro deste período de transição de século (livre de compromissos éticos e políticos).¹⁷⁷

Particularmente com relação aos efeitos desta perspectiva para o Direito, Norbert REICH ressalta que a premissa economicista retrata uma resposta unilateral e simplista para a crise da modernidade. Não se pode negar que o processo de juridicização resulta em desvantagens inegáveis, riscos e tensões, o que é bastante aceitável considerando as finalidades almejadas.¹⁷⁸ Não é por conta destas possíveis desvantagens ou riscos que o sistema jurídico, tradicionalmente apriorístico, encontra-se comprometido, precisando ser substituído por um modelo fundado na avaliação empírica de cada caso. Como explica Vera Karam de CHUEIRI, é justamente o pragmatismo que passa a assumir o papel de principal rival de uma concepção do Direito como integridade (e sua ética principiológica). O relativismo pragmático defende a superação da lei e dos precedentes como fonte exclusiva do Direito rumo a uma deliberação caso a caso por um agente que, ao tomar uma decisão “estará realizando uma promessa de felicidade: a melhor comunidade para o futuro”, recaindo assim, num arbítrio ético típico do utilitarismo.¹⁷⁹ Realmente, é Ronald DWORKIN que talvez contraponha de forma mais elucidativa os argumentos da interpretação econômica do Direito, a partir da defesa da manutenção de uma hermenêutica de

¹⁷⁶ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Op. cit., p. VII.

¹⁷⁷ OROZCO, José Luis. **El siglo del pragmatismo político**. Op. cit., p. 26.

¹⁷⁸ REICH, Norbert. **Intervenção do Estado na economia ...** Op. cit., p. 279.

¹⁷⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade ...** Op. cit., p. 117.

princípios (além do apontamento de falhas tanto normativas quanto descritivas de teoria de Posner).¹⁸⁰

É importante referir que a “ciência social” pragmatista renuncia em certa medida à idéia de soberania prestigiando um pluralismo corporativo estabelecido num realismo internacional sem freios públicos. Ao contrário do vínculo tradicional positivista, são relacionadas as estruturas com os interesses empíricos dos atores. Enquanto o positivismo centrou-se no Estado, o pragmatismo atua prioritariamente na esfera da vida privada, fazendo do Estado o seu destinatário final. Ao invés do Direito, postula-se por “regras do jogo”, criando-se assim um “dogmatismo fragmentário” que em geral está apto somente ao reconhecimento de um “realismo derrotista”.¹⁸¹ Nada mais afastado do espírito otimista típico de um modelo normativo socializador para quem pensar a Verdade ajuda sim a propor algo verdadeiro; pensar o Bem ajuda sim a propor algo benéfico; e pensar sobre a Racionalidade ajuda sim a buscar posturas mais racionais (atitudes estas, portanto, tanto vinculadas ao outro quanto a si mesmo).

Ao contrário do que se poderia pensar, certamente que “considerações pragmáticas surgem legitimamente dentro da estrutura estabelecida por um princípio”. Mas a grande questão é que “as primeiras jamais devem passar por cima do último”.¹⁸² Neste ponto, concorda-se plenamente com a conclusão de Agnes HELLER e Ferenc FEHÉR de que a ética da responsabilidade depende da prévia definição de princípios. Sem princípios estabelecidos para a ação política não se pode assumir nenhuma responsabilidade política. Uma ética da responsabilidade não baseada em princípios *a priori* estabelecidos seria antidemocrática.¹⁸³ Não se ignora a “força das circunstâncias”, o que seria o mesmo que viver em um mundo de fantasias. Entretanto, assim como propõe István MÉSZÁROS, independentemente das circunstâncias, o ideal deve permanecer válido como uma forma de manter-se na direção certa.¹⁸⁴

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 351 et seq.

¹⁸¹ OROZCO, José Luis. **El siglo del pragmatismo político**. Op. cit., p. 26, 31, 43-45.

¹⁸² HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 94

¹⁸³ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 97-101.

¹⁸⁴ MÉSZÁROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. Tradução de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 1016.

QUINTA PROPOSIÇÃO

A Constituição Federal Brasileira não prevê a subsidiariedade como princípio de atribuição de competências ao Estado nem como critério para a promoção do desenvolvimento.

A promoção da atividade colaboracional privada não é contrária à concepção social de Estado. Talvez por este motivo para alguns autores a subsidiariedade consistiria em uma noção que reside no espaço intermediário entre o Estado Providência e o Estado Liberal.¹⁸⁵ Não deixa de ser razoável supor que somente não se fundamentariam em tal critério os modelos de Estado totalmente mínimo e totalmente planejado. Por certo não é admissível que o sistema jurídico exija do ente público que atue onde não seja necessário ou onde seja imprudente sua presença. Mas esta conclusão não consegue fugir de um elevado nível de superficialidade. E isso é facilmente demonstrável quando se tem em mente que a atuação ótima do Estado social deve promover uma ponderação política e jurídica sobre seu nível de abrangência orgânica e funcional mediante um processo democrático.¹⁸⁶ Mas aí é que está o foco da questão, pois também seria razoável supor que a atuação ótima é uma exigência inerente ao próprio Estado de Direito republicano, mesmo anterior ao próprio Estado social, e para muito além de qualquer necessidade de se adotar um pretensão “princípio da subsidiariedade” como fundamento legitimatório da atuação do Poder Público.

A presença da subsidiariedade pode ocorrer como princípio filosófico do direito político moderno (ou seja, tipicamente um princípio da teoria do Estado) ou como princípio constitucional (ou seja, tipicamente jurídico);¹⁸⁷ sendo razoável a controvérsia da existência ou não da subsidiariedade no sistema da Constituição

¹⁸⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995, p. 133.

¹⁸⁶ Este raciocínio foi originalmente defendido no livro *Eficiência e Legitimidade do Estado*. Todavia, culminando em conclusão divergente e que neste momento procura-se corrigir. Cf.: GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003, p. 169.

¹⁸⁷ Controvérsia esta sempre presente quando se trata deste princípio, como se pode inferir da própria discussão que se fez presente no âmbito da União Européia. Cf.: SARAIVA, Rute Gil. **Sobre o princípio da subsidiariedade – gênese, evolução, interpretação e aplicação**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 27.

Federal de 1988 tanto num como noutro caso.¹⁸⁸

Antes de ingressar na temática é importante apresentar uma definição do que se entende por subsidiariedade. Do ponto de vista etimológico, “*subsidiário*, *subsidiariamente* ou *subsidiariedade* provém do termo latino *subsidium*, derivado de *subsidiarius*”. Esta derivação pode implicar diferentes sentidos para o termo, retratando a idéia do que é “secundário” ou, ainda, uma indicação de “complementaridade” ou “supletividade”.¹⁸⁹

De forma mais relevante que a questão etimológica, a expressão pode assumir contornos diferenciados, dependendo do enfoque e do contexto, porém, possui um núcleo de sentido que oferece uma característica comum aos discursos e que torna compreensível o seu significado. Este núcleo, para além de somente indicar uma forma de descentralização funcional em face do regime político e administrativo, afirma que o princípio da subsidiariedade refere-se aos níveis de “concentração de poder” relacionados aos “interesses” em jogo para o fim de promover uma “repartição de competências entre a Sociedade Civil e o Estado.”¹⁹⁰

Admite-se, assim, duas conotações distintas da expressão que, embora tenham o mesmo fundamento, produzem diferentes conseqüências: a) a “subsidiariedade vertical”, que consiste numa regra de competência entre o Estado e as regiões ou entre o Estado e uma união comunitária (trata de uma norma de reorganização administrativa); e b) “subsidiariedade horizontal”, que retrata uma regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade (mediante uma prioritarização desta em detrimento do Estado). Os dois sentidos possuem como núcleo estruturante os critérios de residualidade, eventualidade e necessidade, sempre em favor das instâncias de menor abrangência orgânica.¹⁹¹

Para a teoria do Estado e para o Direito público, por um lado subsidiariedade significa “descentralização” propriamente dita, por outro significa “privatização” no tocante à organização estatal e no tocante ao exercício das atividades

¹⁸⁸ Destaque-se que em sentido favorável à existência no princípio no sistema constitucional brasileiro podem ser observadas as opiniões de José Alfredo de Oliveira Baralho e Sílvia Faber Torres. Cf.: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Op. cit., e TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Op. cit., passim.

¹⁸⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Op. cit., p. 23.

¹⁹⁰ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98.

¹⁹¹ ALBANESE, Alessandra. Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici. **Rivista Diritto Pubblico**. Bologna, n° 1, jan./abr. 2002, p. 52.

públicas. No primeiro sentido, que também pode ser chamado de “orgânico”, a idéia de atuação subsidiária reporta-se à preferência que deve ser conferida, por princípio, à atuação no menor núcleo de capacidade. A competência para o exercício da função é atribuída ao organismo mais próximo da questão tratada. Nesta acepção, a subsidiariedade torna-se o critério de determinação da descentralização política e/ou administrativa, pelo que se justifica chamá-lo de “vertical”.¹⁹² A subsidiariedade como descentralização (sentido orgânico ou vertical) pode ser representada mediante a seguinte proposição: “o que pode ser feito pela cidade, não deve ser feito pela região; o que pode ser feito pela região não deve ser feito pelo poder central.”¹⁹³ No segundo sentido, que além de horizontal também pode ser chamado de “funcional”, a noção de subsidiariedade refere-se ao protagonismo do indivíduo e da sociedade civil na consecução das atividades que lhe são necessárias, relegando aos organismos institucionais público-estatais uma competência de caráter acessório (complementar e/ou suplementar).¹⁹⁴ A subsidiariedade como privatização (aspecto funcional) pode ser ilustrada por intermédio do discurso de Juan Carlos CASSAGNE: “*el principio de subsidiariedad – en su faz passiva – veda al Estado hacer todo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria*”.¹⁹⁵

Destaque-se, ainda, que a “a aplicação do princípio da subsidiariedade ultrapassa as fronteiras nacionais dos Estados para informar, do mesmo modo, a ação das organizações sociais ou políticas de âmbito internacional, multinacional ou supranacional”.¹⁹⁶ Ou seja, as idéias inerentes à subsidiariedade estariam presentes em vários níveis normativos, pois sua aceitação poderia levar à correta captação das divergências e ao respeito às variedades de posição jurídica.¹⁹⁷ O difícil é conseguir que

¹⁹² MORAS, Juan Martín González. **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 29.

¹⁹³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 105.

¹⁹⁴ Embora seja quase pacífica a utilização desta terminologia, deve ser feita a ressalta que nem todos os autores utilizam os signos da mesma forma. Para Cabral de Moncada, por exemplo, a subsidiariedade horizontal refere-se à distribuição de competências no interior do Estado (ou da Comunidade de Estados) e a subsidiariedade vertical reporta-se à relação Estado-sociedade. O autor inverte, portanto, o sentido das expressões. Cf.: MONCADA, Luis Cabral de. A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 41.

¹⁹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 126.

¹⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.

¹⁹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Op. cit., p. 36.

um critério com tal nível não só de indefinição, como também de variação pragmática, possa retratar efetiva norma jurídica com poder de regulação social e política.

I

Uma possível reflexão meta-classificatória quanto à categoria “princípio jurídico”

Genaro CARRIÓ promoveu um interessante estudo como decorrência da busca por uma resposta à pergunta “*o que é um princípio jurídico?*”. De início, segundo autor, poder-se-ia ter ao menos seis entendimentos: a) como característica central ou núcleo básico; b) como guia, orientação ou indicação geral; c) como fonte geradora, causa ou origem; d) como finalidade, objetivo ou propósito; e) como premissa, axioma, ponto de partida ou evidência teórica; e) como verdade ética inquestionável ou evidência prática; f) como máxima decorrente do prestígio da tradição.¹⁹⁸ Estas possibilidades abarcam várias tradições de pensamento a respeito do Direito como, por exemplo, o jusnaturalismo e o positivismo. Pode ser adequada até mesmo à doutrina mais difundida na atualidade, e que foi muito bem defendida por Ronald DWORKIN, ao propor a natureza eminentemente jurídico-normativa dos princípios com fundamentos pós-positivistas de natureza constitucional.¹⁹⁹ Para este autor, o Direito compreende um sistema fundado principalmente por regras e princípios. Os princípios estabelecem metas ao sistema, a partir de uma moral positiva (justiça/equidade). Os princípios não são aplicáveis a partir do “tudo ou nada”, o que seria típico das regras; configuram, assim, uma razão para decidir, possuindo uma relação de peso ou importância, de acordo com o caso concreto, e necessariamente possuindo a capacidade de declarar direitos e impor obrigações diretas ou indiretas aos indivíduos.²⁰⁰ Fato é que tanto os princípios como as regras são espécies de normas jurídicas, ao contrário do pensamento positivista que atribuía aos princípios uma função diferenciada e bastante

¹⁹⁸ CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p.

33.

¹⁹⁹ Registre-se a título de reconhecimento científico, que Dworkin promoveu no final do século XX um movimento análogo (ainda que mais verticalizado) ao que já havia realizado Vittorio Emanuele Orlando no final do século XIX. O administrativista italiano procurou recusar o então predominante método exegético a partir do reconhecimento normativo dos princípios, inclusive a partir da sobrevalorização dos princípios constitucionais. Cf.: ORLANDO, Vittorio Emanuele. **Principi di diritto amministrativo**. 5. ed. Firenze: G. Barbèra, 1921.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33 et seq.

mais restrita.

CARRIÓ, todavia, possui reservas quanto à correção dos argumentos de Dworkin no tocante à sua crítica genérica ao positivismo e mais especificamente a sua contraposição a Herbert L. A. Hart. O autor contesta o modelo de regras e princípios ressaltando que nem todas as regras são específicas como afirma Dworkin (e Hart já teria afirmado isso). Ainda, ressalta que todas as regras, até as mais específicas, possuem uma textura aberta, pois sempre podem admitir exceções. Finalmente, propõe que não seria correto asseverar que as regras sempre se aplicam na forma do tudo ou nada. Ademais, os conflitos entre regras nem sempre se resolvem negando a validade de uma delas. Portanto, a partir desta ótica também se poderia aceitar que há uma dimensão de peso nas regras.²⁰¹

As críticas de Carrió são importantíssimas para se observar a teorização do professor norte-americano com o adequado espírito crítico. Não se prestam, porém, a desabonar a idéia central proposta que é a alocação do princípio ao lado da regra como espécie de norma, ambas dotadas de juridicidade com aplicabilidade direta, ainda que a partir de diferentes contornos gerais, que podem não possuir caráter absoluto, mas têm identidade suficiente para servir como característica distintiva. O fato é que a diferença entre um princípio, *a priori*, meta-jurídico (de caráter moral) e um princípio estritamente jurídico já não tem mais a importância que comumente lhe era atribuída no campo da práxis. Além do que, mesmo existindo atualmente uma forte convergência de opinião sobre a condição de “normas” dos princípios, separando-os das regras, “*o nomen iuris de principio no es condición ni necesaria ni suficiente para identificar un principio jurídico*”. Certamente há no processo de identificação uma “eleição do sujeito”, seja ele um legislador, um aplicador ou apenas um pensador do Direito.²⁰²

Caracterizar um princípio como de índole moral não retira sua potencial utilidade para a teoria ou prática do Direito. Asseverar que a questão da justiça ou dos valores é irrelevante para a existência ou validade de um sistema jurídico (o que o positivismo faz) não equivale a ignorar outro aspecto, que é a esfera de decisão prática referente à obediência, reconhecimento e aplicação deste sistema (pois nesta seara é

²⁰¹ CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Op. cit., p. 57 et seq.

²⁰² COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e interdeterminación del derecho. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1998, n° 21, p. 92.

impossível afastar princípios de justiça ou moralidade social). Isso implica admitir que a ordem jurídica possui indeterminações que não podem ser resolvidas sem que se recorra a concepções axiológicas.²⁰³ Muitas vezes o que se faz é apenas esconder esta influência quando da fundamentação das decisões, como bem denunciado por Dworkin; ou mesmo Santiago NINO, que destaca: “*cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios que llamo de adhesión normativa y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales*”.²⁰⁴ Em sentido semelhante, também pode ser defendida a existência de uma necessária “pretensão de correção” do Direito, que acaba por conduzir à incidência no Direito de argumentos morais. Desse modo, a lei pretenderia conseguir justificar moralmente seus compromissos políticos; raciocínio este que se aplica também à Administração.²⁰⁵

O assunto é controvertido, o que torna difícil encontrar uma solução para o problema conceitual ora tratado. Todavia, independentemente dos aspectos conjunturais à noção, é possível extrair um núcleo básico estrutural que pode oferecer uma idéia da noção “princípio”. Ainda que a proposta se encontre muito longe de uma adequação epistêmica satisfatória, ela pode ser útil do ponto de vista do raciocínio ora realizado.

Princípio é antes de tudo um *a priori*. É uma categoria geral e abstrata que propõe uma ação humana como um dever. Sua característica básica, portanto, é a normatividade e, nesse sentido, não pode ser confundido, portanto, com um mero axioma (que seria uma afirmação sem pretensão de realização prática). Princípio não é um conceito que pode, então, ser medido pela sua utilidade, pois ele ocorre a partir de uma razão prática (de natureza metafísica) e que deve ser “capaz de guiar ao juízo ou de servir de ponto de partida ao espírito na prática dos deveres”.²⁰⁶ Contudo, esta prescrição não pode variar de acordo com o livre arbítrio, sob pena de configurar apenas uma “máxima”, que “é o princípio subjetivo que o sujeito se impõe como regra de ação (é o como *quer* agir)”. Ao contrário, o princípio em um sentido objetivo é o que

²⁰³ Este argumento é o mesmo utilizado por Nino ao defender o caráter estruturalmente moral dos direitos humanos. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Op. cit., p. 21.

²⁰⁴ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Op. cit., p. 22 e DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarista**. Op. cit., p.103.

²⁰⁵ ALEXY, Robert. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: _____; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 107.

²⁰⁶ KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 28.

a razão lhe prescreve, por conseguinte, é o como *deve* agir.²⁰⁷ Assim sendo, podem ser descritos os princípios morais a partir de três caracteres fundamentais: a) sua existência ocorre por sua validade ou aceitabilidade, e não por sua aceitação efetiva por certos indivíduos (nesse sentido, seriam ideais); b) se aceitos como justificação, esta se torna “final”; c) podem valorar qualquer conduta a partir de seu conteúdo que é, como já asseverado, de caráter objetivo.²⁰⁸

Ao redor deste espectro básico a respeito da noção “princípio” é possível que se apresentem distintas conjunturas. Daí que surge a possibilidade de princípios de caráter eminentemente moral/ético e princípios de caráter propriamente jurídico. Claro que ambas as esferas podem comunicar-se e em regra o fazem quando se trata da filosofia política. Poder-se-ia iniciar uma conceituação de princípios “ético-jurídicos” a partir da sua função. Segundo Karl LARENZ, eles devem funcionar como “critérios teleológicos-objectivos da interpretação” ou “pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas”.²⁰⁹ A contribuição de DWORKIN é definitiva para completar esta caracterização afirmando o seu caráter de “norma vinculante” e, ainda, concorda-se que não parece ser adequada a idéia de uma “regra de reconhecimento”,²¹⁰ quando é considerado um sistema normativo como o brasileiro, cuja centralidade está em uma Constituição essencialmente axiológica.

É possível afirmar a existência de princípios da filosofia política que não são jurídicos; ou mesmo, seria adequado supor que um princípio pode decorrer de uma teorização meta-jurídica, mas que acaba por ter sua juridicidade consagrada dentro de um ordenamento positivo específico. Assim é que, mais do que especificamente concordar com Dworkin sobre a possibilidade da incidência de princípios morais externos dentro da ordem positiva, defende-se a idéia de que existem princípios de caráter ético-jurídico que não estão, necessariamente, contidos formalmente no sistema constitucional, mas que podem ser identificados de maneira implícita a partir de uma interpretação sistemática (considerando-se que toda interpretação sistemática é uma

²⁰⁷ KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Op. cit., p. 40.

²⁰⁸ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos ...** Op. cit., p. 20.

²⁰⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 577.

²¹⁰ O autor destaca que não seria capaz de “conceber uma fórmula qualquer [a regra de reconhecimento] para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., p. 65.

interpretação constitucional).²¹¹

Karl LARENZ esclarece que “são possíveis mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios.” Mas sempre com referibilidade ao sistema,²¹² sob pena de se recair em alguma espécie de jusnaturalismo. Não se trata, portanto, de entender os princípios apenas como um conjunto de disposições ideais que acarretam uma justificação finalística de instituições e ações.²¹³ Deve haver uma ligação jurídico-normativa dos princípios com o sistema constitucional, ainda que não expressa (e, nesse sentido, não deixa de permanecer existente certo apego à fundamentação positiva).²¹⁴

Fazendo estas ressalvas, é possível concluir que princípio é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.²¹⁵ Princípios, portanto, diferenciam-se de objetivos sociais ou mesmo de políticas públicas tanto quanto se distinguem das regras. Ainda que, por vezes, possam retratar autênticas normas programáticas.²¹⁶ E sendo assim, torna-se possível (e necessário) defender uma noção de princípio que se afaste totalmente do utilitarismo,²¹⁷ ainda que não aceite nem a “tese da vinculação” (pela qual os jusnaturalistas defendem a existência de um vínculo conceitual entre Direito e moral), nem a “tese da separação” (pela qual os positivistas defendem que não há tal ligação).²¹⁸ A partir desta proposição não é relevante para a análise ora realizada diferenciar a natureza dos princípios separando-os como axiomas, postulados ou normas propriamente ditas.²¹⁹ A contrário, parece bastante difícil

²¹¹ Como propõe Juarez Freitas. Cf.: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182 et seq.

²¹² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Op. cit., p. 592.

²¹³ Entendimento de Nino sobre o que seria o princípio para o jusnaturalismo. Ver: NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos ...** Op. cit., p. 18.

²¹⁴ CARRIÓ, R. Genaro. **Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 21.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., p. 36.

²¹⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas ...** Op. cit., p. 253.

²¹⁷ Vera Karam de Chueiri ressalta que “Dworkin não só critica e refuta as teorias positivista e utilitarista do direito, especial embora não exclusivamente nas suas versões anglo-americanas, como também o pressuposto de que não ocorre comunicação (interdependência) entre elas, ou seja, de que seus caminhos não se entrecruzam”. Cf.: CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade ...** Op. cit., p. 61.

²¹⁸ BULYGIN, Eugênio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugênio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 41.

²¹⁹ Como o faz Humberto Ávila. Cf.: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121 et seq.

estabelecer uma diferenciação absoluta a partir desta classificação. Cada vez mais, a ciência contemporânea tem estabelecido a relatividade das possibilidades conceituais quando confrontadas com as práticas. Um axioma deduzido logicamente pode denotar um sofisma; um postulado num momento entendido como condição de possibilidade de conhecimento do objeto, pode se apresentar diretamente vinculante em outro e um princípio concebido como norma pode apresentar elevado grau de abstração a ponto de possuir reduzida relevância na deliberação prática ou, ainda, em alguns casos traduzir acentuada dificuldade para sua ponderação (o que o faz carecer de relatividade pela ausência de boas razões para sua flexibilização no caso concreto ou pela própria inexistência de um princípio que razoavelmente pudesse adquirir algum grau de preferibilidade prática). Ademais, a função normativa dentro do sistema pode ser realizada de diferentes formas, por exemplo, um mesmo princípio pode ser identificado ora como geral, ora como setorial (como ocorre com o princípio da eficiência, por exemplo).²²⁰ Ainda, um princípio pode ser entendido em um processo interpretativo como postulado, em outro como princípio-norma e em outro, ainda, como um axioma (é o caso do princípio da justiça, por exemplo, ou mesmo o princípio da proporcionalidade). Finalmente, podem ser elencados princípios cuja função é especificamente propiciar a interpretação normativa e nem por isso perdem seu caráter normativo.²²¹

Em função destas breves razões apontadas, pode-se concluir que há diferentes tipos de vinculação em termos de dever ser jurídico. Independentemente da classificação utilizada, todos eles carregam um traço que lhes é peculiar: o estabelecimento de um *standard* normativo relevante para o Direito e detentor de caráter externo normativamente relativo. Prender-se a uma classificação específica não é uma boa opção para um trabalho aplicado. Toda classificação dependerá, além de outros elementos, dos fins para os quais se destina.²²² É possível ser estabelecida uma série de critérios definitórios a respeito dos princípios; umas mais atraentes que as outras, sem dúvida, mas nenhuma insofismavelmente verdadeira ou correta. Talvez a mais ilustrativa e “famosa” delas seja a de J. J. Gomes CANOTILHO, ao propor a

²²⁰ “Em resumo: o princípio da eficiência administrativa é setorial, pois se refere exclusivamente à Administração Pública, mas está diretamente ligado ao princípio da eficiência do Estado como vetor geral (de caráter ético) do sistema constitucional.” Cf.: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 89.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 1186.

²²² COMANDUCCI, Paolo. **Principios jurídicos e interderminación del derecho**. Op. cit., p. 100.

existência de princípios constitucionais fundamentais, que são “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”; princípios políticos constitucionalmente conformadores, que “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”; princípios constitucionais impositivos, que “impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”; e, finalmente, princípios-garantia, que “visam instituir direta ou indiretamente a garantia dos cidadãos”.²²³ Apesar disso, não deixa de ser esta elaboração teórica mais uma entre várias outras, que embora não contemplem um potencial explicativo totalizante, contribuem para a compreensão do que seja e do que não seja um princípio. Contribuição esta promovida mais pela discussão e pelo “relacionamento” científico entre as classificações do que pela eleição de uma delas como definitiva.

II

A subsidiariedade como princípio católico e liberal

A noção de subsidiariedade é muito antiga. Há resquícios da idéia em Aristóteles (A Política), São Tomás de Aquino (Suma Teológica), Dante (Da Monarquia) e autores do século XVIII e XIX, como Tocqueville, Stuart Mill e Kant.²²⁴ Chantal MILLON-DELSOL atribui relevância impar à filosofia aristotélica, como um suporte importante para a construção contemporânea da noção de um governo subsidiário. Para o pensador grego, o indivíduo em separado não é auto-suficiente; todo grupo maior labora para atender às necessidades insatisfeitas pelo grupo da esfera menor. Contudo, Aristóteles não menciona tanto a insuficiência ou a precariedade dos entes inferiores como o critério principal de subsidiariedade, mas o desenvolvimento e o aperfeiçoamento que pode decorrer da assunção pela esfera superior de determinadas atividades. A cidade, nestes termos, é entendida como um meio para que o homem possa atingir aos seus fins, permitindo-lhe conquistar a felicidade. Sendo assim, a

²²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 1130 et seq.

²²⁴ QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado a União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 14.

finalidade do organismo político vai bem além da suplência. E caso o Poder Público ocupe-se exageradamente da vida privada, comprimindo-a, então se torna um déspota.²²⁵

Certamente não foi esta a visão de subsidiariedade que prevaleceu a partir da modernidade. Segundo Luis Cabral de MONCADA, o princípio da subsidiariedade, na sua visão moderna, possui duas origens: a doutrina social da Igreja (fundamento ético) e o liberalismo econômico (fundamento racional-pragmático). Nos dois casos há um “pendor personalista que integra o conteúdo da subsidiariedade” e protege tanto o direito de propriedade quanto o de livre iniciativa, ambos como direitos fundamentais.²²⁶ Seguindo esta linha de raciocínio, Jaime Rodriguez ARANA-MUÑOZ defende que a responsabilidade individual deve ser entendida como precedente à global. O princípio da subsidiariedade possuiria, então, três implicações principais no seguinte sentido: um sistema social será: a) *“tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la consecución de sus propios intereses”*; b) *“más eficaz cuanto menos acuda a las leyes y más a la acción de fomento y a los estímulos para alcanzar el bien común”*; c) *“tanto más valioso cuanto más se utilice la técnica de la descentralización del poder y se dote de mayor autonomía a las comunidades menores”*.²²⁷

A tradicional visão liberal do princípio da subsidiariedade funda-se em uma noção antagonista entre Estado e sociedade. O pensamento europeu de Wilhelm von Humbolt e o norte-americano de Thomas Jefferson são representativos desta perspectiva quando denotam uma crença quase ilimitada na capacidade individual.²²⁸ Particularmente, HUMBOLT entende que é possível atribuir ao Estado duas espécies de metas: a) a promoção da felicidade; e b) a prevenção dos males. A felicidade é tomada pelo autor como significante de um “estado de bem-estar” e opõe-se à perspectiva que identifica o ente político apenas como um agente assecuratório em face dos problemas derivados de causas naturais ou humanas. Na sua visão político-liberal somente a meta de segurança seria justificável, pois a atuação rumo à felicidade, embora bem

²²⁵ MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Op. cit., p. 8 et seq.

²²⁶ MONCADA, Luis Cabral de. **A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional**. Op. cit., p. 37-39.

²²⁷ ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodriguez. Subsidiariedad. Madrid: **La Ley - Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudência y Bibliografía**, nº 9, 2000, p. 1343.

²²⁸ ALBANESE, Alessandra. Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici. Op.cit., p. 60.

intencionada, acaba sendo socialmente perniciosa na medida em que suprime a energia criativa e deteriora o caráter moral do indivíduo. Para o autor, “o homem nunca aprecia aquilo que possui tanto quanto sendo seu quanto aquilo que ele mesmo fez”.²²⁹ A preocupação do Estado para com o bem-estar impediria o desenvolvimento da personalidade. E o Estado não deve promover este tipo de interferência “a não ser no caso da mais absoluta necessidade”. É possível inferir que o caráter subsidiário contido na teoria de Humbolt é radical, impondo ao Estado um forte limite no campo da intervenção a partir da indicação de sua necessária abstenção de toda “interferência positiva no bem-estar dos cidadãos”, além de não poder “dar nenhum passo além do necessário para garantir-lhes a segurança mútua e a proteção contra inimigos externos”.²³⁰

Mas são os economistas clássicos que melhor representam esta vertente. Trazendo um dos autores clássicos somente a título ilustrativo, pode ser mencionado David RICARDO, que se opõe à intervenção do Poder Público no auxílio ao indivíduo, pois seria preciso inculcar nas pessoas o “valor da independência”. Os pobres devem ser ensinados a não contar com a caridade seja a sistemática ou mesmo a casual; precisam aprender a depender do próprio esforço. Por este motivo, assuntos como os relativos ao salário, às relações laborais e à assistência não caberiam ao Estado; deveriam ser deixados à mercê da concorrência livre e leal do mercado. Sua oposição às comuns “leis dos pobres”, típicas do início do século XIX na Inglaterra, levou-o a concluir que se não fossem abolidas poderiam consumir todo o rendimento líquido do país. O Estado, assim, estaria prestando um desserviço à sociedade.²³¹ Seguindo esta tradição de pensamento, Ludwig von MISES aponta como tarefa única do Estado “garantir a proteção da vida, a saúde, a liberdade e a propriedade privada contra ataques violentos”. A única justificativa para a intervenção do Estado seria a própria preservação da sociedade (que muitas vezes atua contra si mesma).²³² De forma semelhante é o famoso pensamento de Friedrich A. HAYEK, para quem há um inevitável conflito entre os princípios do socialismo e do liberalismo, restando o primeiro como uma doutrina essencialmente totalitária. Por este motivo, haveria uma

²²⁹ HUMBOLT, Wilhelm von. **Os limites da ação do Estado: idéias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado**. Tradução de Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 153-159.

²³⁰ HUMBOLT, Wilhelm von. **Os limites da ação do Estado ...** Op. cit., p. 172 e 180.

²³¹ RICARDO, David. **Princípios de economia política e de tributação**. 4. ed. Tradução de Maria Adelaide Ferreira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 118-119.

²³² MISES, Ludwig von. **Liberalismo segundo a tradição clássica**. Op. cit., p. 53 e 59.

óbvia restrição às atividades do Estado, cujas tarefas deveriam restringir-se à criação de condições de concorrência eficiente e ao oferecimento de serviços à população que não fossem lucrativos a ponto de interessar ao mercado. O papel subsidiário do Estado, nestes termos, não poderia redundar em um significativo planejamento da economia (pois qualquer planejamento estatal tende a uma efetiva planificação, principalmente se pautado por doutrinas de caráter socializador).²³³

Recuperando, embora não totalmente, os postulados liberais clássicos, os principais traços conceituais da doutrina “neoliberal” de Mises e Hayek são: a) a concepção de desigualdade entre os homens como um fator positivo (as desigualdades sociais são inevitáveis, pois os indivíduos têm diferentes capacidades de adaptação e devem ter respeitadas tais diferenças); b) a identificação da sociedade com o mercado (a sociedade em si não existe a não ser por meio das ações individuais); e c) a valorização política do Estado mínimo (a discussão política de fins e valores é substituída pela verificação dos melhores meios para serem cumpridas as leis do mercado; e nestes termos, propugna-se pela economia como um saber verdadeiramente científico, pois isento dos interesses que são tão comuns na política).²³⁴ Em suma, a decisão política de identificação das funções do Estado deve depender do resultado da racionalidade econômica, a partir da idéia inicial de que o Poder Público só pode atuar de forma complementar, pois o protagonista da ação social deve ser o mercado.

Em termos contemporâneos Robert NOZICK, o mais árduo defensor do Estado mínimo na ciência política do século XX, aceita a intervenção do Estado fundamentalmente para evitar o procedimento de “justiça privada”, que seria arriscado à sociedade. Mas adverte que não é do interesse da sociedade firmar acordos que limitem a liberdade individual. “O Estado mínimo é o mais extenso que se pode justificar”.²³⁵ Caberia à “agência dominante” apenas compensar as desvantagens impostas àqueles que proíbe de atividades contra os seus “clientes”.²³⁶ Esta visão,

²³³ HAYEK, Friedrich Auguste. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Expressão e cultura/Instituto Liberal, 1987, p. 50 e 60.

²³⁴ GROS, Denise Barbosa. **Institutos liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2003, p. 76-88.

²³⁵ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 170.

²³⁶ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Op. cit., p. 131.

assumidamente contraposta a de autores como John RAWLS,²³⁷ tem seu correspondente na ciência econômica em Milton FRIEDMAN para quem as tarefas do Estado devem ser limitadas à defesa da nação de inimigos externos, à proteção de cada um em relação à possibilidade de coação dos demais, à arbitragem das divergências e ao oferecimento de meios de deliberação sobre as regras que todos irão seguir. Segundo o autor, totalmente descrente da possibilidade de benefícios concretos à sociedade por intermédio da intervenção do Estado, na esfera governamental haveria algo como uma “mão invisível às avessas”; ou seja, se os agentes privados ao buscarem o seu próprio interesse causam coletivamente uma conseqüência positiva para a sociedade em geral, os agentes públicos, ao contrário, podem até ter a intenção de realizar o interesse comum, mas em regra acabam sendo levados a promover interesses essencialmente privados.²³⁸

Paralelamente ao típico liberalismo, a construção dogmática atual do princípio da subsidiariedade é derivada com forte destaque dos ensinamentos contidos da doutrina social da Igreja Católica – uma teoria liberal enfraquecida. Geralmente os estudiosos apontam que a sua raiz teria sido a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, mas o efetivo nascimento decorre da Encíclica *Quadragesimo Anno*, que o identifica como um “solene princípio da filosofia social”. Na Encíclica *Mater et Magistra*, de João XXIII, a subsidiariedade assume contornos bastante diferenciados devido a uma clara influência do sucesso do Estado de bem-estar social. Finalmente, a Encíclica *Centesimus Annus*, de João Paulo II, redesenha formalmente o princípio a partir da conjuntura atual, ou seja, mediante um retorno à sua origem liberal.

A Encíclica *Rerum Novarum*, datada de 15 de maio de 1891, estabelece um papel limitado ao Estado, porém mais intenso do que o propugnado pelo liberalismo. A idéia central é pregar que não é justo a família e o indivíduo serem absorvidos pelo Estado ou sofram qualquer inibição de sua realização plena. As pessoas e as associações têm que ser livres, pelo que, devem se “autogovernar” a ponto de serem capazes de progredir no contexto da sociedade civil. Dentro deste espírito, é defendida arduamente a propriedade privada, entendendo-se como “dever principalíssimo dos governos” a sua proteção, inclusive negando-se peremptoriamente o direito de greve

²³⁷ Principalmente as teses contidas em seu livro “Uma Teoria da Justiça”, expressamente contestadas por Nozick. Cf.: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, passim.

²³⁸ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher ...** Op. cit., p. 19-21.

dos trabalhadores (a greve é tratada como uma perturbação da ordem pública). Por outro lado, a encíclica reconhece as mazelas vivenciadas pelo homem do final do século XIX, mesmo que de uma forma tímida e, mais que isso, imbuída de uma clara mentalidade liberal. No seu tópico 11 afirma textualmente: “o primeiro princípio a pôr em evidência é que o homem deve aceitar com paciência a sua condição”. Da leitura da encíclica é possível observar um retrato avançado para a Igreja da época sobre a precariedade das condições de vida do trabalhador, reclamando-se certa conscientização das classes abastadas. Todavia, o papel atribuído ao Estado para a efetiva resolução da problemática é quase nenhum. A implícita subsidiariedade defendida torna o Estado mais próximo à figura de um “garante” do que propriamente de um agente social de destaque. O documento não consegue sequer disfarçar que efetivamente sua finalidade é indicar uma saída honrosa para o capitalismo liberal mediante um ataque consistente e definitivo à ameaçadora propagação do socialismo nas três últimas décadas do século.²³⁹

Não é possível negar que a Encíclica *Quadragesimo Anno* muda um pouco o tom da doutrina social da Igreja, inspirada que está pelos tempos de crise econômica típicos do início da década de 1930. No entanto, ainda promove forte reverência à *Rerum Novarum*, inclusive na continuidade da defesa da propriedade privada e no ataque ao socialismo, até porque a intenção expressa do Papa Pio XI é justamente o de promover uma explicação das várias e controvertidas questões que surgiram como decorrência da primeira encíclica social. Sobre o caráter “suplementar” do Estado, em passagem ilustrativa contida em seus tópicos 79 e 80 afirma-se textualmente que “é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social”. Por conseqüência, ao tempo em que reconhece a necessidade de justiça social, mantém o papel do Estado somente destinado às tarefas de “dirigir, vigiar, urgir e reprimir”.²⁴⁰ Atribuições estas que, diga-se de passagem, não fogem muito ao que a própria doutrina liberal clássica preconizava no início do século XIX, muito antes da própria *Rerum Novarum* e até de

²³⁹ LEÃO XIII, Papa. *Rerum Novarum*. In: SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais: da Rerum Novarum à Octogesima Adveniens**. São Paulo: LTr, 1972, p. 13 et seq.

²⁴⁰ PIO XI, Papa. *Quadragesimo Anno*. In: SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais ...** Op. cit., p. 78.

forma mais avançada em alguns aspectos.²⁴¹

Em comemoração ao 70º aniversário da Encíclica de Leão XIII, o Papa João XXIII publica a *Mater et Magistra*. É neste documento que se torna expressamente consagrada a subsidiariedade como princípio. De uma forma distinta de suas predecessoras, a encíclica de 15 de maio de 1961 está fortemente imbuída de um espírito intervencionista (ao menos para reconhecer amplamente os benefícios de uma maior atuação do Estado, ainda que de forma cautelosa). Não é sem razão que nos seus primeiros dispositivos, ao invés de tratar longamente da necessidade de proteção da propriedade particular, afirma textualmente que cabe ao Estado “fomentar, estimular, coordenar, suprir e complementar” a iniciativa privada. O desenvolvimento também é um tema recorrente; o que é justificável devido à própria melhoria sensível das condições dos Estados europeus na década de 1950. Ao invés de declinar vários tópicos à contraposição da doutrina socialista, a encíclica demonstra estar atenta às preocupações do seu tempo, inclusive efetuando um prognóstico que acabou se apresentando correto ao afirmar: “todo problema hoje é internacional”. Nenhuma outra recomendação papal tinha sido tão direta na valorização do caráter público das questões, nem mesmo na ênfase do papel determinante dos Estados, o que retrata um interessante paradoxo, na medida em que foi a primeira que efetivamente batizou o “princípio da subsidiariedade”, que já havia nascido, mas com um conteúdo bastante diferente, na *Quadragesimo Anno*.²⁴²

Finalmente, a Encíclica *Centesimus Annus*, de 1º de janeiro de 1991, retorna à temática, mas de forma diferente. Deixando de lado um pouco o estilo “doutrinário”, a encíclica é quase um trabalho científico. Em certa medida prolixa, procura descrever os acontecimentos que decorreram das últimas duas décadas do século XIX até o simbólico ano de 1989 (a quem dedica um capítulo inteiro). A propriedade privada e o socialismo, agora já perfeitamente identificado com o marxismo, voltam ao destaque originário. O Estado de Direito e a democracia são defendidos, mediante uma forte

²⁴¹ Veja-se que em 1848 John Stuart Mill publicou seu “*Principles of political economy with some of their applications to social philosophy*”; obra de amplo sucesso que foi reeditada sete vezes até 1871. Nela o autor mantém-se fiel aos ensinamentos da escola clássica, embora tratando da necessidade de separação entre os postulados que determinavam a produção daqueles que regiam a distribuição; a primeira poderia continuar sob as leis naturais, já a segunda poderia ser mais bem regulada por regras artificiais criadas pela sociedade. Ressalta a necessidade de uma justa remuneração pelo trabalho e chega até mesmo a defender restrições ao direito de sucessão. Cf.: HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. Op. cit., p. 160 et seq.

²⁴² JOÃO XXIII, Papa. *Mater et Magistra*. SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais ...** Op. cit., p. 238-278.

crítica ao totalitarismo (basicamente o socialista, pois a doutrina católica passa à margem da análise de outras formas totalitárias). Propugna-se que o Estado não deve prescindir de tais valores plurais, afinal “não se pode tolerar que seja afirmado um critério objetivo do bem e do mal”. O maior mérito deste texto talvez seja o reforço à idéia de garantia da liberdade e dignidade humanas. Quanto ao Estado, a encíclica inicia descrevendo um farto rol de atividades em que seriam legítimas as ações interventivas, chegando até mesmo a mencionar os serviços públicos e o controle dos monopólios naturais. Porém sua conclusão é diversa ao propor de forma consistente uma substituição do Estado assistencial por um Estado subsidiário que preconize a atuação da sociedade civil e dos indivíduos. A mentalidade típica do período, cujo consenso em torno da crise do Estado de bem-estar social era patente, marca sensivelmente o texto. O voluntariado e o empenho solidário-caritativo são exaltados como uma qualidade essencial; daí a necessidade de fortalecimento das redes entre os corpos intermédios. Finalmente, o desenvolvimento é retomado como um verdadeiro fundamento para garantia da paz entre as nações, mas sem uma melhor elucidação dos critérios para a sua consecução, para além da exigência de “intervencões adequadas em nível internacional”.²⁴³ Trata-se, sem dúvida, do documento católico que mais influenciou a concepção atualmente em voga do princípio da subsidiariedade quando em foco as relações entre o Estado e a sociedade civil e que requer do Estado social o abandono das suas técnicas intervencionistas clássicas “*que absorben a las entidades intermédias y empobrecen la iniciativa social, para dar lugar a una nueva actitud, que tenga presente la exigencia de establecer ciertos limites a la actividad de los poderes públicos*”.²⁴⁴

A doutrina social da Igreja sempre concentrou seu discurso no sentido funcional da subsidiariedade, exigindo seu cumprimento para a legitimação da atuação estatal.²⁴⁵ E isso se justifica plenamente considerando o momento histórico em que o princípio passou a ser desenvolvido no século passado. No primeiro quartel do século XX observa-se um quadro de surgimento de Estados totalitários, nacionalismos exacerbados, ampliação da atuação do Estado na economia, crescente flexibilização da

²⁴³ JOÃO PAULO II, Papa. Centesimus Annus. In: SARTORI, Luís Maria A. (Org.). **Encíclicas do Papa João Paulo II**. Op. cit., p. 409 et seq.

²⁴⁴ NASARRE, Eugenio. El principio de subsidiariedad: su vigencia. In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad em la sociedad española**. Madrid: Universidad Pontificia Comilas de Madrid, 1993, p. 22.

²⁴⁵ MORAS, Juan Martín González. **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**. Op. cit., p. 65.

noção de propriedade e surgimento de Constituições de caráter social. Frente a esta situação, torna-se necessário para a Igreja colocar-se na defesa de princípios de caráter liberal, tanto no tocante à questão econômica quanto política. Particularmente, o avanço da doutrina socialista torna-se um importante propulsor da nova doutrina católica para a teoria do Estado, avessa ao “coletivismo”, mas sem eximir-se da figura do Estado. A tese da subsidiariedade enquadrou-se perfeitamente nos objetivos de flexibilidade conjuntural, necessária para a oposição ao socialismo sem a exagerada e não mais apropriada recusa, tipicamente liberal, da legitimidade interventiva estatal.²⁴⁶

A doutrina social da Igreja ainda acabou caindo na tentação de valorizar demais os grupos sociais, o que propiciou o desenvolvimento do “corporativismo” (que, em certa medida desnatura a própria subsidiariedade). Trata-se de uma degeneração, inspirada em regimes autoritários como o de Mussolini, como esclarece MILLON-DELSOL. Tais interpretações contaram com um forte apoio católico, apesar de contrariarem o próprio espírito das encíclicas sociais, conduzindo a uma forma de irrealismo paradoxal, na medida em que produziu um aumento do centralismo do Estado. O auto-reconhecimento dos indivíduos e uma estranha forma de “consciência coletiva” de caráter objetivo, que desprestigia a necessária manifestação de posições contrárias e permanentemente conflitantes, acabando por propugnar a eliminação da injustiça social mediante o cancelamento da liberdade individual. Como bem coloca a autora, esta visão retrata uma intromissão da moral subjetiva na política; fenômeno este vocacionado à ditadura.²⁴⁷

A mentalidade que se constituiu no segundo quartel do século XX acabou pendendo para uma auto-justificação das ações do Estado, devido à descrença da sociedade civil em relação à atuação do mercado neste período histórico. Passa-se a reconhecer que “as corporações e os grupos sociais estão também em condições de atentar contra a liberdade do indivíduo, que perante eles está muito menos protegido do que contra o Estado”.²⁴⁸ Particularmente, a conjuntura que se observou no período pós-guerra acabou retirando da subsidiariedade a sua condição de “idéia-força”.²⁴⁹ A

²⁴⁶ MORAS, Juan Martín González. **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**. Op. cit., p. 66.

²⁴⁷ MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Op. cit., p. 23-25.

²⁴⁸ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 225.

²⁴⁹ Conceito de Roger Chartier, que equivale às idéias essenciais que habitam o mental coletivo. Sobre o assunto conferir: CHARTIER, Roger. **A história cultural entre práticas e representações**. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990, p. 43.

crescente intervenção estatal não planificada, típica do paradigma ocidental de orientação ideológica, capitalista, porém de bem-estar, não mais se fundamentou em uma idéia de subsidiariedade. Verificou-se, assim, a absoluta desnecessidade histórica de o Estado social tomar como fundamento de seus fins qualquer idéia associada à subsidiariedade – a não ser em algumas teses específicas, normalmente ligadas à doutrina católica (em que pese à revelia da aceitação da própria Igreja). Como destaca Vital MOREIRA, no modelo de Estado social a participação do Poder Público não é excepcional; pelo contrário, é “condição permanente de equilíbrio e desenvolvimento econômico”. O papel do Estado deixa de ser passivo, pois nele sobrepõem-se tarefas de transformação social.²⁵⁰ No modelo subsidiário católico não cabe ao Estado o objetivo de transformação social, mas à família e à sociedade.

Ocorre que a prevalência da mentalidade social-interventora não durou muito tempo. No final do século XX e início do século XXI novamente há um retorno da idéia de subsidiariedade, justamente como fundamento da alteração do modelo de Estado a partir de teses defensoras da neutralidade econômica e da redução das atividades estatais. O enfoque (neo)liberal do princípio da subsidiariedade tem seu primeiro documento “de retorno” ainda em um período de forte intervenção. Tratou-se do “Informe do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD”, de agosto de 1962. A partir daí começa a ser aberto espaço para o que então se convencionava denominar de “neoliberalismo intervencionista”. Ao Estado mantém-se a responsabilidade pela economia e seu bom funcionamento, mas são conservadas nas mãos dos particulares o maior número de atividades possível.²⁵¹ Autores como Milton FRIEDMANN e Robert NOZICK, desenvolvem teorias de deslegitimação da ação estatal a partir da sustentação de um Estado minimizado.²⁵² Este Estado mínimo que passa a ser propugnado, ainda que das mais diferentes formas do ponto de vista das ações práticas ou de suas correntes teóricas, tem íntima ligação com o ressurgimento do discurso sobre o princípio da subsidiariedade, a partir da década de 1990.

É importante considerar que não se trata, portanto, somente de uma ideologia de natureza econômica. Além da “tese econômica” sobre as finalidades do

²⁵⁰ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 225.

²⁵¹ FARRERES, Germán Fernández. Em torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad. Madrid: **Revista de Administración Pública do Instituto de Estudios Políticos**, nº 80, maio/ago, 1976, p. 156.

²⁵² Sobre as idéias dos autores, ver: FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher ...** Op. cit., passim; NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Op. cit., p. 170.

Estado (centrada na idéia de maior eficiência do mercado), a ideologia neoliberal típica da última transição de século compreende de forma marcante uma “tese moral” (traduzida por uma concepção individualista dos direitos humanos) e uma “tese política” (que valoriza as ações autônomas da sociedade civil como meio de desenvolvimento).²⁵³ Nesta perspectiva a eficiência torna-se o critério fundamental de legitimação das ações do Estado, sempre se partindo do controvertido pressuposto que o Estado é ineficiente por natureza, quando se trata de prestações positivas.²⁵⁴ Se o princípio da subsidiariedade torna-se tese de caráter eminentemente neoliberal, a eficiência passa a ser seu critério de aferição, a partir de uma concepção filosófica pragmática que passa a dominar as práticas estatais após a queda do muro de Berlim, bem como suas doutrinas de apoio.²⁵⁵

E mesmo autores que não se filiam a esta perspectiva acabam por reproduzir o discurso dominante. Maria Sylvia Zanella di PIETRO, por exemplo, propõe a aplicação do princípio da subsidiariedade com o objetivo de delimitar as áreas de efetiva e indelegável ação do Estado, que seriam somente “segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação e polícia”, das áreas em que poderia haver uma posição estatal apenas supletiva à iniciativa privada quando ela for deficiente, ou seja, “educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência” (as atividades sociais) e indústria, comércio e finanças (as atividades econômicas propriamente ditas).²⁵⁶

III

A subsidiariedade como critério determinante dos fins sociais e econômicos do Estado

Por intermédio de uma grande vitória no plano das mentalidades (em nível global e inclusive no Brasil) e institucional (principalmente na Europa) da tese da subsidiariedade como critério de aferição dos fins do Estado, e mediante a combinação

²⁵³ MORAS, Juan Martín González. **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**. Op. cit., p. 75.

²⁵⁴ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Op. cit., p. 108 et seq.

²⁵⁵ Sobre a vitória ideológica do neoliberalismo na década de 1990, ver: ANDERSON, Perry. **Balanço do neoliberalismo**. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 4 ed., São Paulo: Paz e Terra, 1995, p. 9 et seq.

²⁵⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 31.

e apoio mútuo entre a doutrina social da Igreja e as mais variadas correntes neoliberais, o grande desafio foi estabelecer parâmetros para a sua aferição como efetivo princípio jurídico. Esta dificuldade decorreu da própria ontologia historicamente atribuída ao princípio pelos seus defensores. Na modernidade, o caráter subsidiário foi forjado sob uma forte pretensão de “neutralidade”. A tentativa de construir um mecanismo meta-ideológico que oferecesse condições de imparcialmente propiciar as melhores escolhas legitimou esta teorização. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO chega a afirmar que a ausência de caráter político combina com a idéia de subsidiariedade, em razão do que sua “vantagem técnica está na despolitização de inúmeras decisões que, em vez de serem tomadas por indivíduos das áreas política ou burocrática, [...] passam a ser negociadas pelos grupos sociais mais diretamente interessados, evitando posturas políticas, ideológicas, teorias esdrúxulas, experiências desastrosas e as indefectíveis generalizações fáceis”.²⁵⁷ Silvia Faber TORRES, encampando um discurso que foi recorrente na década de 1950 (mas que já havia sido defendido expressamente na Encíclica *Quadragesimo Anno*,²⁵⁸ propõe a utilização do critério de subsidiariedade nestas bases, afirmando que se trata de um meio neutro de interpretar o texto constitucional. A autora reflete a questão, reconhecendo os seus limites. Porém, assevera que embora a neutralidade “pareça utópica”, também não pode ser aceita a utilização pelo intérprete de uma “ideologia trivial” que seria “inaceitável diante das rápidas transformações dos quadros econômico, social e político mundiais”.²⁵⁹

Presume-se que um exemplo desta “ideologia trivial” seria o marxismo (até porque é justamente o exemplo da Encíclica *Centesimus Annus*). Interessante que o próprio conceito de “ideologia” utilizado para esta análise é justamente o marxista (falsa consciência). Margarida Salema d’Oliveira MARTINS vai além e afirma que a subsidiariedade é não somente um componente meta-ideológico, como retrata também uma neutralidade propriamente axiológica.²⁶⁰

Quem sabe este posicionamento seja sustentável sob o ponto de vista da dogmática religiosa, cuja base é a fé; do ponto de vista científico e jurídico-normativo,

²⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 549 e 551.

²⁵⁸ PIO XI. *Quadragesimo Anno*. SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais ...** Op. cit., p. 13 et seq.

²⁵⁹ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Op. cit., p. 111-117.

²⁶⁰ MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 29.

não parece possível imaginar que a subsidiariedade possua caráter neutro. E isso sob qualquer aspecto que se analise. Não é neutra porque de pronto afirma uma preferência (ao menor e mais perto) e uma preterição (ao maior e mais longe); não é neutra porque seu conteúdo foi construído historicamente com base em postulados liberais, religiosos ou “liberais-religiosos”. Finalmente, não é neutra porque se neutra fosse, seria inútil. A relevância da subsidiariedade está em justamente servir de critério abstrato que embasa decisões. A partir do momento em que o critério depende do caso concreto e não o contrário, ele torna-se, o que de fato ocorreu com a subsidiariedade, uma ferramenta de afirmação de conveniências (um mero elemento simbólico-justificador) ao alvedrio político dos governantes. Propor a neutralidade da subsidiariedade não deixa de ser um “tiro no pé”.

Ainda que não seja uma “noção neutra”, estando muito distante de qualquer imparcialidade, a flexibilidade do conceito de subsidiariedade certamente presta-se tanto a uma visão mais interventiva, quanto a uma menos interventiva, dependendo da concepção que se tem sobre a “incapacidade privada” de solução das questões sociais – e aqui se observa um critério bastante volátil, além de fortemente dependente de pré-requisitos axiológicos e ideológicos. Nesse sentido, muitas são as dificuldades para se estabelecer o seu próprio alcance. Por este motivo Vital MOREIRA contesta a própria “praticabilidade” do princípio. Quando é que se pode afirmar que determinada tarefa não pode ser perseguida por uma comunidade inferior e deve ser atribuída à superior?²⁶¹ A atribuição de um caráter neutro à subsidiariedade fez com que seu critério de aferição não pudesse ser outro se não o das conseqüências concretas do caso prático, ou seja, “a subsidiariedade emerge mais como um critério de conformação pragmática da intervenção estadual do que como um critério abstrato de proibição ou mesmo de limitação”.²⁶² Como aponta Margarida S. d’Oliveira MARTINS: “a subsidiariedade entronca pois no concreto e só perante o concreto é entendível”.²⁶³ Isso significa que a própria tentativa de caracterização de uma essência principiológica (portanto apriorística) da diretriz fica comprometida pelo sentido que a ela foi atribuído quando em questão o seu aspecto horizontal.

²⁶¹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Op. cit., p. 222.

²⁶² DUARTE, Maria Luíza. A Constituição portuguesa e o princípio da subsidiariedade – da posituação à sua concreta aplicação. In: DUARTE, Maria Luíza. **Estudos de Direito da União Européia e das Comunidades Européias**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 109.

²⁶³ MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 26.

Mesmo na Europa, que tem vivenciado um profícuo aumento da normatização relativa à subsidiariedade vertical, inclusive com o surgimento de um Protocolo relativo à matéria, ainda não há como ser afastada a sua “densidade minimalista”, conforme a adjetivação de Carlos Blanco de MORAIS. O princípio da subsidiariedade permite tanto leituras positivas, portanto favoráveis a um centralismo comunitário, quanto negativas e, desse modo, tendentes a uma ampliação da autonomia dos Estados.²⁶⁴ A própria “invisibilidade” do princípio da subsidiariedade no discurso jurisprudencial de alguns Estados europeus (mesmo após a sua expressão no ordenamento interno) indica certa “irrelevância” da subsidiariedade como efetivo critério autônomo para a declaração de inconstitucionalidade. E o mesmo parece ocorrer com a jurisprudência comunitária sobre o artigo 5º, parágrafo 2º do Tratado das Comunidades Europeias - TCC. Em dois casos paradigmáticos sobre o assunto, o primeiro entre a Grã-Bretanha e o Conselho²⁶⁵ e o segundo entre a Alemanha de um lado e o Parlamento e o Conselho de outro,²⁶⁶ o Tribunal acabou passando ao largo de uma real decisão de aplicação da subsidiariedade como princípio jurídico-cogente.

Antonio E. de NORIEGA denomina esta situação de “Dilema de Luxemburgo”. Nos sistemas políticos majoritários são os tribunais (com destaque para as cortes constitucionais) que detêm a prerrogativa de, em última análise, atuar no sentido de ser o “contrapeso contra-majoritário”. Para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias - TJCE, a subsidiariedade poderia ser um instrumento inerente ao exercício desta função. A prática demonstrou o contrário. A hermenêutica do TJCE sobre o princípio da subsidiariedade tem requerido o máximo de prudência na sua aplicação. Ainda, veio a contemplar um “pressuposto tautológico”: *“la própria existencia de la medida será la indicación más evidente de que, desde un punto de vista material, el legislador entendió que solo una intervención comunitária podía llegar a cumplir un objetivo del Tratado”*. O que implica este pressuposto? A existência de uma presunção de

²⁶⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. O princípio da subsidiariedade na ordem constitucional portuguesa. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 36.

²⁶⁵ A Inglaterra ingressou com recurso de anulação da Diretiva 93/104/CE alegando que uma medida comunitária somente é proporcional se estiver de acordo com a subsidiariedade, o que consistiu em reconhecida confusão por parte da demandante. O acórdão, com base no parecer do advogado geral, acabou por separar ambos os princípios, conferindo-lhes autonomia. Cf.: MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 311.

²⁶⁶ A Alemanha postulou a anulação da Diretiva 94/19/CE. Todavia, o Tribunal não abordou a questão da subsidiariedade por entender que se tratava de outra questão: a ausência de fundamentação (uma questão procedimental, portanto). Cf.: MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 317 et seq.

legitimidade que milita em favor da comunitarização. É preciso um erro manifesto que atente contra razoabilidade para que o Tribunal controle atos sob o fundamento da subsidiariedade, o que acaba submetendo o critério de preferência subsidiária ao critério de preferência integracional. Não é preciso muito esforço para ser identificado o caráter paradoxal desta hermenêutica.²⁶⁷

Como bem conclui Maria Luíza DUARTE: “na prática, verifica-se que a subsidiariedade não é um critério autônomo que, só por si, possa fundar um juízo de invalidade”.²⁶⁸ Esta realidade não é nova, e vem apenas confirmar análises já realizadas há muito tempo sobre o critério de subsidiariedade, como a promovida por Germán F. FARRERES, que já na década de 1970 atestou a grande dificuldade de seu controle sob o ponto de vista jurídico, o que promove um forte desprestígio ao próprio princípio da segurança. Afinal, o Direito não pode depender de forma tão incisiva de mudanças na correlação pragmática de forças políticas.²⁶⁹ A segurança jurídica exige regras claras sobre as situações em que deve ser permitida a atuação do Estado e naquelas em que não é permitida, principalmente no tocante às atividades econômicas. E é justamente nesta seara que reside um dos pontos de maior controvérsia sobre a aplicação do critério.

Tradicionalmente a doutrina sobre a atuação do Estado na ordem econômica, inclusive no Brasil, parte do pressuposto de que a regulação é uma função típica de Estado, mas que a intervenção direta no mercado de pelos entes públicos só deve ser realizada de forma subsidiária. A rigor, esta afirmação não pode ser feita de forma genérica, devido às claras discrepâncias entre o regime jurídico das empresas estatais nos diferentes ordenamentos. Quanto a este assunto, dificilmente se pode adotar uma teoria geral explicativa. Isso do ponto de vista eminentemente jurídico-normativo, é claro. Pois do ponto de vista da ciência positiva e da teoria política, não há dúvida que são válidas todas as tentativas de fundamentação.

No Brasil, o assunto é recorrente na doutrina. E embora só muito recentemente a subsidiariedade tenha entrado na pauta do Direito econômico, ela rapidamente tornou-se um elemento comum na fundamentação da pretensão

²⁶⁷ NORIEGA, Antonio Estella de. **El dilema de Luxemburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S. A., 2000, p. 131-157.

²⁶⁸ DUARTE, Maria Luíza. **A Constituição portuguesa e o princípio da subsidiariedade ...** Op. cit., p. 136.

²⁶⁹ FARRERES, Germán Fernández. **Em torno al procedimiento de creación de empresas nacionales ...** Op. cit., p. 162.

interventiva do Estado. A título exemplificativo, Marçal JUSTEN FILHO elenca expressamente a subsidiariedade como critério prevalecente a justificar a intervenção direta do Estado na economia. Afirma o autor que não seria aceitável “a mera invocação de algum interesse público relevante”, pois a atuação por este meio “se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade”.²⁷⁰ Na bibliografia estrangeira também há autores que defendem tal proposição a partir de uma teoria geral do Direito público. Este parece ser o caso de Germán F. FERRERES, ao defender que um regramento expresso é fundamentado implicitamente no princípio da subsidiariedade quando no ordenamento considerado existe uma regra geral de que o Estado só deve atuar diretamente na economia (por meio de empresas públicas) quando presentes alguns motivos legais específicos (sendo que se não cumpridas estas exigências a atividade é ilícita).²⁷¹

Discorda-se da conclusão apresentada pelos autores. Primeiramente, a invocação de um interesse público relevante nunca pode ser considerada pouco significativa, ou “mera”, embora isso possa acontecer com certa frequência (e talvez aqui resida realmente o fundamento do acertado tom crítico apresentado). Se for “mera alegação”, então se trata de um caso de desvio de finalidade e, portanto, desaparece o próprio interesse público, retratando situação incompatível com o ordenamento e insuscetível de fundamentar a atuação do Estado. Se for um interesse que possa ser licitamente defendido, então, por si só, pode justificar a intervenção (desde que seja público, relevante e coletivo). E nesta situação, não haverá uma simples substituição por equivalência do particular na consecução da tarefa pelo fato inexorável de que os fundamentos que dão respaldo à atividade dos particulares (com destaque ao lucro) não serão os mesmos que legitimam a atividade estatal. Sobre o assunto, ninguém melhor que Romeu Felipe BACELLAR FILHO vem explicando os equívocos do senso comum que se constituiu sobre a matéria. Afirma o autor: “Ora, equiparar a Administração Pública aos particulares é ignorar o que a Constituição sobranceiramente expressa, ou seja, que por trás de uma atividade econômica explorada pelo Estado-Administração há, necessariamente, um interesse público que

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 559.

²⁷¹ FERRERES, Germán Fernández. **Em torno al procedimiento de creación de empresas nacionales ...** Op. cit., p. 129.

dela não se dissocia, não se separa.”²⁷²

O artigo 173 da Constituição Federal brasileira estabelece uma expressa proibição ao Estado, impedindo que as empresas estatais explorem diretamente a atividade econômica.²⁷³ A norma é de caráter eminentemente capitalista e liberal, típica de uma Constituição que embora reconheça um forte caráter social, também valoriza de forma significativa os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. O Estado, no Brasil, não deve se constituir como empresário: esta é a regra geral estabelecida por opção política do constituinte. Portanto, precisa encontrar outras formas, e são várias as possibilidades, de cumprir seu papel socializador e solidarístico de assistência e redistribuição de riqueza. Contudo, ao mesmo tempo em que estabelece a regra geral, o dispositivo constitucional a excepciona mediante a consagração de três hipóteses: os casos previstos na Constituição (como, por exemplo, as instituições financeiras), as situações em que se declare a segurança nacional (estas só podendo ser definidas pela União Federal) e nas que seja identificado o relevante interesse coletivo.

A primeira hipótese não traz problema, pois a escolha específica da atividade econômica estará realizada aprioristicamente na Carta Magna. Já nas outras duas, a situação pode tornar-se bastante polêmica, pois ambas são condicionadas por conceitos jurídicos indeterminados. A “segurança nacional” consistiu um forte elemento justificatório no período da ditadura que seguiu ao golpe de 1964.²⁷⁴ No entanto, após a redemocratização, o conceito tem sido analisado pela doutrina com fortes reservas. Além do que, “é conceito mais objetivo, ligado à defesa do território e à liberdade da população”.²⁷⁵ Quanto ao “relevante interesse coletivo”, têm-se várias interpretações, pois a vagueza da expressão pode conduzir muito facilmente à arbitrariedade e ao subjetivismo.

Em geral a doutrina brasileira não se preocupa com o estabelecimento de diferenças entre as expressões “interesse público” e “interesse coletivo”.²⁷⁶ Contudo, do

²⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 198.

²⁷³ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

²⁷⁴ BORGES, Nilson. *A Doutrina de Segurança Nacional e os governos militares*. FERREIRA, Jorge (Org.). **O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 13-42.

²⁷⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 594.

²⁷⁶ É o caso de Cristiane Derani, por exemplo. Cf.: DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 52 et seq.

ponto de vista ontológico e normativo, não devem ser tratados de forma idêntica. Quando a Constituição, no seu artigo 173, escolheu a expressão “coletivo” no lugar de “público”, relevou a idéia (que se encontraria implícita) de que o interesse público pode corresponder tanto à promoção de um interesse individualizado, quanto não individualizado. Veja-se que no exercício de outras formas de intervenção do Estado na economia, é possível que o Estado promova uma intervenção em prol de um interesse público manifestado de forma individualizada (para um caso específico e em defesa não só de cumulativo interesse privado, mas de um próprio direito subjetivo privado, pois o interesse público também protege os direitos individuais). Como, obviamente, não seria crível imaginar que na exploração direta de atividade econômica o Estado pudesse proteger um interesse público individualizável, então se alocou a expressão “interesse coletivo”. A idéia era impor expressamente a exigência de um caráter abstrato à expressão que equivalesse ao “interesse da coletividade”. Reconhece-se, então, que não se trata aqui do sentido comum da expressão (quando se reporta ao interesse de determinadas coletividades em oposição aos interesses difusos – sentido típico utilizado no Direito do consumidor). Para os fins do artigo 173, o interesse coletivo é um interesse difuso. Por conseguinte, não seria justificável a criação de uma empresa pública, por exemplo, para explorar a concessão de crédito à categoria dos aposentados e pensionistas federais, mas é totalmente possível uma estatal para explorar a concessão de crédito para a construção de casa própria à população de baixa renda. No primeiro caso tem-se interesse coletivo em sentido estrito, referido a um determinado conjunto orgânico de pessoas; no segundo, interesse coletivo em sentido amplo (e que se confunde com o interesse difuso, onde não há delimitação orgânica, mas somente funcional).

Fazendo um aparte à questão conceitual, que certamente poderia recair em vários outros desdobramentos, o importante para fins de identificação dos limites interventivos do Estado é saber se as exceções constitucionais do artigo 173 têm como fundamento a subsidiariedade. Concorde-se com José Afonso da SILVA quando afirma peremptoriamente que não. Pondera o autor: “não se trata aqui de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada. Se ocorrerem aquelas exigências [segurança nacional e relevante interesse coletivo], será legítima a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de

suficiência da iniciativa privada”.²⁷⁷

Quanto aos casos expressamente previstos (estando sob regime de monopólio ou não), não há nem o que se cogitar, pois obviamente que a sua atribuição constitucional ao Estado torna juridicamente típica a atividade (ainda que ontologicamente não seja). A identificação de atividades desta natureza rege-se pelo princípio justamente oposto ao da subsidiariedade, que é o da prevalência do interesse público sobre o privado (pois o presumido interesse privado seria de que não só a livre iniciativa fosse garantida, como também o Estado não agisse nesta seara, prestigiando assim a eficiência específica do setor privado). Nos demais casos, não-constitucionais, ocorre situação equivalente, só que em um nível inferior de hierarquia normativa, pois não será a Constituição, mas o legislador ordinário quem definirá a situação, em que embora o Estado atue de forma atípica, não será nunca nos mesmos termos em que o particular (como um mero substituto suplementador). Novamente recorre-se ao magistério de Romeu Felipe BACELLAR FILHO quando assevera que “a empresa pública está concebida para exercer atividade econômica *enquanto* função estatal.” Segundo o autor, nos casos em que a Administração explora qualquer espécie de atividade econômica “o faz na categoria de atividade administrativa, pois o que justifica a sua existência é um interesse público primário subjacente que ora toma a forma de imperativo de segurança nacional, ora de relevante interesse coletivo”.²⁷⁸

Neste contexto, a decisão política efetuada pelo constituinte não foi a de relevar um julgamento de suficiência ou eficiência, seja produtiva ou alocativa, a ser averiguado na situação de mercado. Ou seja, não é “condição jurídico-autorizativa” para a aceitação da intervenção econômica do Estado no Brasil a presença de uma situação de mercado em que os recursos estão empregados de forma precarizada ou mesmo não-ótima no atendimento das necessidades dos consumidores (eficiência alocativa); muito menos constitui tal condição a situação de ausência de produtividade interna das empresas (eficiência produtiva).²⁷⁹

Como os pré-requisitos estabelecidos foram o de relevante interesse coletivo e segurança nacional, então o critério adotado foi político. E em assim sendo, a

²⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 804.

²⁷⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 198.

²⁷⁹ Sobre a distinção entre eficiência alocativa e eficiência produtiva ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 11 et seq.

decisão a respeito da intervenção é estabelecida livremente, dentro da discricionariedade decorrente do princípio democrático da representação popular. Parece claro que se os representantes eleitos para deliberarem sobre o preenchimento dos requisitos do artigo 173 assim o fizerem apenas entendendo que tal ou qual atividade econômica é conveniente ou oportuna ao atendimento do interesse público, legitimada está a decisão (desde que não contrarie algum outro comando constitucional, por óbvio). O “relevante interesse coletivo” fruto da deliberação pode ter decorrido de uma consideração de insuficiência da atividade privada em determinada situação concreta, porém este não é, em hipótese alguma, um pré-requisito obrigatório a fundamentar a escolha pública realizada. No caso de segurança nacional, muito mais radicalmente ainda incidirá esta conclusão.

Vê-se, pois, que é o interesse público e não a subsidiariedade o fundamento de respaldo da norma constitucional interventiva. E o interesse público implica a conjugação de avaliações pragmáticas apenas de forma secundária, pois prevalecem os critérios de princípio. O conteúdo do interesse público possui uma carga axiológica e moral imponderável, fundado que é na idéia de solidariedade social como componente de ajuste e transformação da realidade social.²⁸⁰ Quando se tem o desenvolvimento tanto como um direito fundamental dos indivíduos, quanto como um objetivo ou política pública obrigatória (como no caso do Brasil), não há como se esperar do Poder Público posicionar-se como se fosse uma instância secundária e suplementar. Sempre que for identificada a presença de interesse público pelos representantes eleitos que, afinal, são as pessoas investidas da prerrogativa de responsabilidade oficial pela construção da sociedade sob as bases constitucionais da dignidade e da felicidade, o Estado deverá atuar de forma plena e primária.

No caso de não ocorrer a presença de um interesse público a ser protegido, *mutatis mutandi*, o Estado estará expressamente proibido de agir, pois obstado não só pela regra específica do artigo 173, como pela própria incidência geral do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência e seus corolários. Quanto à identificação ou não da presença de tal interesse, por certo que variará conforme a mentalidade do período e as condições sociais localmente consideradas. Em meados do século XX predominou um modelo fortemente interventivo; a partir da década de 90 a

²⁸⁰ DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. Op. cit., p. 53.

tendência foi de o Estado se retirar do exercício direto de atividades econômicas. Mas num ou noutro caso o regime jurídico constitucional-administrativo não permite o afastamento do Estado, mas a predominância de uma ou outra forma interventiva, a partir de um sistema de equilíbrio respaldado por um modelo geral de bem-estar. Conforme destaca BACELLAR FILHO, se a própria privatização demonstra o “afastamento do meio interventivo direto”, ela tem como sua contrapartida necessária “a conseqüente ampliação da intervenção indireta do Estado no domínio econômico, que se reflete na intensificação da fiscalização, normatização, regulação e fomento”.²⁸¹

Este é o modelo constitucional existente no Brasil, o que, e nunca é demais repetir, não ignora o fato de que a realidade prático-administrativa muitas vezes retrata distorções tendentes ao arbítrio. Mas esta é uma situação comum concernente a qualquer conceito jurídico indeterminado, com o agravante de, no mérito, atingir área de elevada importância sócio-econômica (o que, nos termos da tradição patrimonialista brasileira, aumenta ainda mais a probabilidade de interpretações abusivas). Contudo, a possibilidade de descumprimento ou desvio no atendimento aos postulados constitucionais não pode ser motivo para a sua negação.

É justamente por conta destas situações que se tem defendido o incremento e a efetividade dos instrumentos processuais de implementação dos direitos fundamentais (inclusive aqueles que decorrem de normas constitucionais não regulamentadas),²⁸² além, é claro, do próprio controle judicial dos atos administrativos, em todos os seus aspectos, sem que possa ser argüido como obstáculo à intervenção externa seja a identificação de um ato que seria “político”, seja o famoso e tão mal interpretado “princípio da separação dos Poderes”. E aqui não se defende nenhum ativismo judicial, até porque, o foco é justamente no controle negativo realizado pelo Poder Judiciário, ou seja, quando este anula atos incompatíveis com o ordenamento jurídico.²⁸³ O que não significa pacificar a problemática referente aos limites do *judicial review* e ao próprio significado da jurisdição constitucional inclusive no tocante às possíveis exigências de uma auto-contenção, o que a doutrina *self-restraint* vem

²⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 199.

²⁸² Sobre o assunto, ver: SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004.

²⁸³ Mais detalhes sobre como seria promovido este controle pode ser encontrado em: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 128 et seq.

propondo há algum tempo.²⁸⁴ Cabe estudar até que ponto seria possível ou razoável aplicá-la no Brasil e em que termos. Nesse sentido cabe a advertência de Guilherme de Salles GONÇALVES que, ao tratar do Direito eleitoral (mas sua colocação é extensível a todo o Judiciário), reconhece ser indispensável uma postura ativa, mas afirma ser ainda mais necessário agir-se com acentuada cautela nos momentos em que o Poder Judiciário, “a pretexto de substituir-se ao omissor legislador, passa a, também, abusar de sua (inequívoca e adequada) prerrogativa regulamentar para, em verdade, produzir direito novo. Sobretudo quando essa atuação decorre da pressão – eventual e momentânea – de setores da sociedade com mais capacidade de vocalização de seus valores e interesses”.²⁸⁵

Feitas estas ressalvas, conclui-se com Rogério Gesta LEAL, que analisa de forma interessante a questão ao identificar um movimento de “migrações pendulares” que alteram a centro de gravidade do poder Estatal “por vezes encontrando-se no Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, por ora no Executivo (em face de suas novas feições promocionais e interventivas), e por vezes no Judiciário (como decorrência das eventuais interpretações extensivas que imprime no sistema jurídico)”. Este entendimento não exprime uma negação do tradicional modelo democrático-representativo, mas apenas o reconhecimento de uma crescente transformação; fenômeno reflexo das novas exigências sociais, cada vez mais intensas e complexas.²⁸⁶

IV

O princípio da subsidiariedade na realidade europeia contemporânea

Segundo uma das principais autoras contemporâneas do tema, Chantal MILLON-DELSON, o princípio da subsidiariedade ressurge no final do século XXI por três razões fundamentais: a) a constituição da Europa como entidade política; b) a crise do Estado providência, devido ao seu empobrecimento e ao déficit de cidadania

²⁸⁴ Sobre o assunto, ver: BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 85 et seq.

²⁸⁵ GONÇALVES, Guilherme de Salles. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o dever de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direito eleitoral contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 240.

²⁸⁶ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31.

existente; e c) à queda do imperialismo soviético. A subsidiariedade foi uma forma encontrada para colocar freios na evolução do Estado assistencial, invertendo-se a tendência de desresponsabilização do indivíduo típica do século XX.²⁸⁷ Apesar destas reflexões no plano da teoria política, a subsidiariedade acabou sendo muito mais um princípio de atribuição de competências dentro da estrutura comunitária europeia do que um real critério de estabelecimento dos fins estatais (ou supra-estatais) em relação à sociedade.²⁸⁸ Esta é a constatação que faz Margarida Salema d'Oliveira MARTINS, ao distinguir a idéia de subsidiariedade “institucional”, que não se confundiria com a “convencional”, pois a subsidiariedade entendida como princípio da ordem jurídico-político comunitária “não pode ser utilizada para determinar se o poder público, e a que nível, pode ou deve regular determinada matéria, pois não foi concebido para intervir na questão da regulação ou desregulação”.²⁸⁹

É pertinente concluir que o discurso presente no ambiente jurídico-político europeu sobre o assunto relevou muito mais seu sentido vertical-orgânico que o horizontal-funcional. O que não significa que as práticas adotadas ignoraram a idéia de desestatização e preferência pelo mercado e/ou a sociedade civil. Ocorre que a fundamentação destas ações, em regra, teve como base outros postulados e princípios, como por exemplo, o específico princípio da eficiência. O sentido horizontal do princípio, portanto, acabou sendo um motivador muito mais implícito que explícito, ao contrário de sua conotação vertical, que explicitamente condicionou (e condiciona) a atuação tanto dos órgãos da União, quanto dos tribunais nacionais ao interpretarem as normas de Direito da integração. O primeiro ponto do “Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade”, anexo ao Tratado de Amsterdã, trata justamente da não discriminação entre as instituições europeias. Todos aqueles entes que detêm capacidade de decisão estão submetidos aos princípios.²⁹⁰

Apesar de ter sido suscitada alguma controvérsia em relação ao artigo 235º do Tratado da CEE (Tratado de Roma), com parte da doutrina ali identificando um

²⁸⁷ MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Op. cit., p. 02.

²⁸⁸ MORAS, Juan Martín González. **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**. Op. cit., p. 116.

²⁸⁹ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 139.

²⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Amsterdã: Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade**. 1997. Disponível para consulta em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>> Acesso em: 06 de nov. de 2008.

germe do princípio da subsidiariedade,²⁹¹ ele somente foi positivado mediante o Projeto de Tratado sobre a União Européia (de 1984, por influência do Relatório Tindemans), efetivamente incorporado ao ordenamento por intermédio do Ato Único Europeu, em 1986.²⁹² Já sua regulamentação foi formalizada com o Tratado da União Européia - TUE (Tratado de Maastricht - 1992), impondo-se a obrigação de que a relação entre a União e os Estados-membros deve se pautar pela subsidiariedade, na medida em que não se propugnou por uma organização supranacional com preferência de atuação; pelo contrário, pois a União Européia não detém soberania, o que mantém a instância constitucional estatal como o mais importante receptáculo de competência na realização dos fins típicos do Estado de bem-estar, que apesar das constantes reformas, ainda denota-se presente.²⁹³

A subsidiariedade está prevista no preâmbulo do Tratado quando afirma sua resolução de “continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade”.²⁹⁴ Após, reforça a idéia no parágrafo 2º do artigo A, dispondo que: “O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos.”²⁹⁵ Finalmente, retoma a temática no segundo parágrafo do artigo B: “Os objetivos da União serão alcançados de acordo com as disposições do presente Tratado e nas condições e segundo o calendário nele previstos, respeitando o princípio da subsidiariedade, tal como definido no artigo 3º - B do Tratado que institui a Comunidade Européia”. Com o Tratado de Amsterdã este dispositivo foi reenumerado

²⁹¹ Na realidade o artigo, que se manteve intacto em Maastricht e Amsterdã, apenas dispõe sobre um critério de atribuição de competências à comunidade, sem qualquer menção implícita ou explícita à subsidiariedade. Assim dispõe seu texto: “Se uma ação da comunidade for considerada necessária para atingir, no curso do funcionamento do mercado comum, um dos objectivos da Comunidade, sem que o presente Tratado tenha previsto os poderes de ação necessários para o efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu, adotará as disposições adequadas.” Cf.: VILHENA, Maria do Rosário. **O princípio da subsidiariedade no Direito comunitário**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 124.

²⁹² QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia**. Op. cit., p. 27.

²⁹³ Sobre o assunto ver: MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 173 et seq.

²⁹⁴ Trata-se do 11º considerando, segundo a redação original do Tratado que, todavia, teve sua numeração alterada pelo Tratado de Amsterdã, passando a constituir o 12º considerando.

²⁹⁵ Este artigo teve a sua numeração e redação alterada pelo Tratado de Amsterdã, passando a ser o Art. 1º, § 2º do TUE, nos seguintes termos: “O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.”

para o artigo 5º do TCE, sem qualquer mudança de redação.²⁹⁶

Um dos grandes passos do TUE no tocante à subsidiariedade foi a instauração de um intenso e constante controle político. A partir de 1993 começa a ser apresentado anualmente um relatório sobre a aplicação do princípio. Em 1995 o nome destes relatos anuais passou a ser “Legislar Melhor”, buscando-se a reformulação, a codificação e a consolidação das normas de competência comunitária. Interessante observar que somente no terceiro Relatório Legislar Melhor, de 1997, a subsidiariedade aparece realmente descolada da proporcionalidade.²⁹⁷

A União Européia possui um sistema complexo de competências, basicamente constituído pela distinção entre competências nacionais próprias, competências nacionais conjuntas (comuns) e competências exclusivamente supranacionais. O conteúdo do princípio da subsidiariedade recusa sua aplicação nas matérias em que há atribuição exclusiva à União, podendo ser identificado apenas em dois momentos: 1º) durante o processo constituinte, em que é tomado como diretriz política que condiciona o próprio modelo de repartição de competências; 2º) como efetiva norma jurídica que determina o exercício das atribuições já distribuídas.²⁹⁸ São as matérias ditas “já comunitarizadas”. Por este motivo, alguns autores afirmam que o princípio da subsidiariedade (ao menos no sentido em que estabelecido pelos tratados) não retrata efetivo princípio de atribuição de competências, desse modo sendo negado o primeiro sentido do critério. Esta interpretação propugna pela idéia de que o princípio, ao afetar apenas as competências concorrentes, trata-se de uma norma de exercício das atribuições. As competências exclusivas teriam como elemento regulador não a subsidiariedade, mas exclusivamente a proporcionalidade.²⁹⁹

Todas as matérias que não sejam exclusivas da União podem ser de competência comum entre ela e os Estados; embora alguns autores não aceitem a idéia de competências “comuns” (pois isso implicaria simultaneidade), preferindo a idéia de

²⁹⁶ Artigo 5º do TCE (antigo Artigo 3º - B): “A Comunidade atuará nos limites dos poderes que lhe são conferidos e dos objetivos que lhe são atribuídos pelo presente Tratado. Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade deverá atuar, de acordo com o princípio da subsidiariedade, apenas se e na medida em que os objetivos da ação proposta não puderem ser eficientemente atingidos pelos Estados-membros, e puderem, em virtude da dimensão ou dos efeitos da ação proposta, ser mais bem alcançados através da Comunidade. Qualquer ação comunitária deve não exceder o necessário para atingir os objetivos desse Tratado.”

²⁹⁷ MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 225-238.

²⁹⁸ DUARTE, Maria Luíza. **A Constituição portuguesa e o princípio da subsidiariedade ...** Op. cit., p. 112.

²⁹⁹ Esta é a opinião defendida por: BOTO, José Maria Miranda. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. In: Madrid: **Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales**, nº 47, 2005, p. 113.

competências “concorrentes” em que, necessariamente, se colocaria a prioridade aos Estados membros.³⁰⁰ Conforme explica José Maria M. BOTO, a intervenção comunitária não se justifica apenas pela inação do Estado, caso em que a comunidade somente atuaria quando as finalidades elencadas não pudessem ser suficientemente realizadas pelos Estados membros. Por conseqüência, o princípio da subsidiariedade no Direito comunitário se diferencia de sua clássica interpretação na Ciência Política (quando determinado por razões exclusivamente de proximidade).³⁰¹

Fausto de QUADROS propõe ainda uma distinção interessante, ao indicar que o princípio da subsidiariedade diferencia-se do “Princípio da Exata Adequação”, em que a atribuição de competências deve ser conferida ao ente que melhor puder executá-las, não sendo relevante se for a instância menor ou maior. Torna-se necessária, portanto, a identificação de dois elementos para a configuração da subsidiariedade: o elemento negativo (insuficiência do Estado membro) e o elemento positivo (melhor capacidade da União). E, ainda, é preciso registrar que milita em favor dos Estados uma “presunção de suficiência”, que precisa ser afastada formalmente pela União, mediante fundamentação expressa. Neste contexto, Fausto de QUADROS deixa claro que o critério prioritário não é o de “eficiência”, mas sim o de “suficiência”.³⁰² Marçal JUSTEN FILHO defende posição diversa, propondo ser possível a identificação de três aspectos normativos em termos de atribuição de competências: a) o princípio da limitação da competência comunitária; b) o princípio da subsidiariedade em sentido estrito (para as competências comuns); e c) o princípio da proporcionalidade.³⁰³

Estes aspectos foram mais bem esclarecidos por intermédio da edição de um Protocolo sobre o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade, em complementação aos tratados de Maastricht e Amsterdã. Neste documento normativo esclarece-se expressamente que a subsidiariedade pode tanto alargar quanto restringir a esfera de competência da União, na medida em que o princípio é formado tanto mediante a aglutinação de critérios abstratos (jurídicos), quanto concretos (fáticos). O tradicional critério lógico-formal, portanto, não é mais suficiente. Importante ressaltar

³⁰⁰ QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia**. Op. cit., p. 38.

³⁰¹ BOTO, José Maria Miranda. **El principio de subsidiariedad em el ordenamiento comunitário y sus aplicaciones em matéria social**. Op. cit., p. 115.

³⁰² QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia**. Op. cit., p. 42.

³⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia - a esperança de um mundo novo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, nº 31, 1999, p. 81

que o Protocolo estabelece três requisitos para legitimar a atuação comunitária: a) pertinência (exigência de ser uma questão que transcenda o interesse exclusivamente nacional); b) necessidade (exigência de adequação aos pressupostos fáticos); c) eficiência (exigência de um resultado mais vantajoso pelo sujeito a quem for atribuída a competência). Ao definir e analisar estes critérios, Marçal JUSTEN FILHO defende que a pertinência e a necessidade não são componentes materiais da idéia de subsidiariedade, sugerindo um equívoco dos legisladores. Segundo o autor, “o núcleo do conceito de subsidiariedade reside na eficiência”, embora esta não se restrinja a aspectos meramente de cunho econômico (custo-benefício). Nestes termos, a consagração da subsidiariedade corresponderia à juridicização formal do princípio da eficiência para o Direito europeu. Isso significa o reconhecimento de uma “neutralização” da predominância da política em favor das decisões técnicas (valorizando-se, portanto, as soluções encontradas através de procedimentos racionais e objetivos).³⁰⁴ Mesmo entendimento possui Maria Luíza DUARTE, para quem a subsidiariedade traduz a aceitação de uma preferência pelo nível de decisão que esteja mais aproximado dos destinatários da ação política, mas isso “desde que esse nível seja o mais adequado ou idôneo do ponto de vista da relação fins/meios”. A autora inverte claramente os pressupostos de insuficiência do Estado e eficiência da União, prestigiando o segundo até mesmo com absorção do primeiro e fazendo com que o critério de proximidade seja “temperado por uma exigência fundamental de eficiência na prossecução do interesse público”.³⁰⁵

Não é possível concordar com os autores. Parece bastante pertinente a advertência de Fausto de Quadros de que o critério não é de “exata adequação” ou, poder-se-ia dizer, de “ótima adequação” (o que, se fosse o caso, faria a subsidiariedade tornar-se equivalente à eficiência – e nesse ponto, o raciocínio de Marçal Justen Filho é perfeito). E isso ocorre porque o critério de eficiência não permitiria uma presunção a favor dos Estados-membros, exigindo que se partisse do zero para o estabelecimento da melhor proposta competencial à solução da questão.³⁰⁶ Nestes termos, para o caso das competências concorrenciais, em caso de a União possuir condições de resolver melhor a questão, mas o Estado poder solucionar de forma suficiente (ainda que pior),

³⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **União Européia ...** Op. cit., p. 84-85.

³⁰⁵ DUARTE, Maria Luíza. **A Constituição portuguesa e o princípio da subsidiariedade ...** Op. cit., p. 121.

³⁰⁶ Sobre a ligação entre o princípio da eficiência e o ponto ótimo, ver: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 128 et seq.

mantém-se a competência ao Estado, mesmo em detrimento da resposta mais eficiente.

O procedimento relativo ao estabelecimento do pretense caráter subsidiário da competência a ser estabelecida retrata bem esta situação. Em termos bem simplificados, primeiro é preciso uma análise que indique o fracasso da iniciativa estatal; depois é necessário um novo estudo (separado do anterior) para comprovar a necessidade de atuação da União. O primeiro passo condiciona o segundo.³⁰⁷

O Tratado de Amsterdã (1997) tratou com grande ênfase da subsidiariedade, alterando a sua normatização tanto em termos de redação quanto de sistematização, embora sem fazer grandes mudanças em termos de conteúdo geral. A grande evolução normativa quanto à matéria deveu-se mesmo ao Protocolo, anexo ao Tratado, e que trouxe critérios mais específicos em relação não só à subsidiariedade, mas também à proporcionalidade. Segundo o seu texto, o princípio da subsidiariedade não pode afetar o equilíbrio institucional comunitário, o acervo comunitário e a segurança jurídica.³⁰⁸ A subsidiariedade passa a ser tratada sob dois ângulos: o sentido material e o sentido formal. O primeiro sentido retrata critérios substantivos que orientam a identificação da existência ou não de oportunidade na atuação comunitária. O outro sentido é de caráter instrumental, impondo condições de natureza procedimental para que se legitime a atuação nos termos do viés material. Em suma, a “subsidiariedade material” impõe diretrizes que podem ser reduzidas a dois critérios: existência de assunto transnacional e atuação estatal distorcida ou contrária aos objetivos da integração. Por sua vez, a “subsidiariedade instrumental” prescreve um elenco de obrigações tais como de motivação e de publicidade das decisões.³⁰⁹

O Tratado de Nice (2001) não promoveu qualquer modificação concernente ao princípio; porém, reforçou a ligação entre os membros dos Comitês das Regiões e a própria região, determinando que eles sejam, necessariamente, detentores de mandato eletivo local ou regional. Trata-se de um momento histórico importante, pois consagrou a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia” e seus

³⁰⁷ CATABRIGA, Chiara. Il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Bolonha: **Rivista Diritto Costituzionale**. a. 21, n° 1, mar. 2001, p. 5 et seq.

³⁰⁸ CATABRIGA, Chiara. **Il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità**.

Op. cit., p. 3.

³⁰⁹ NORIEGA, Antonio Estella de. **El dilema de Luxemburgo ...** Op. cit., p. 58-68.

postulados da dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.³¹⁰ Documento este que, para não fugir à regra, incluiu um artigo específico sobre a subsidiariedade vertical, nos seguintes termos: “As disposições da Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-membros, apenas quando apliquem direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.”³¹¹ Este dispositivo específico não torna a subsidiariedade um “direito fundamental” do ponto de vista subjetivo direto. Refere-se, portanto, a uma proposição direcionada ao Poder Público, que deve cumprir com as diretrizes do Tratado dentro de sua jurisdição (devendo-se ressaltar o fato de que a Carta foi promulgada como um instrumento aconselhatório, ou seja, sua vinculação ocorre apenas na esfera política).

O Tratado de Lisboa (2007) ainda consiste num documento prévio, em vias de um complexo e polêmico processo de ratificação.³¹² Trata-se de um acordo que busca reformar vários pontos dos tratados anteriores, conferindo personalidade jurídica única à União e reforçando suas competências ao mesmo tempo em que amplia as formas de controle do princípio da subsidiariedade vertical. Para além de conferir eficácia jurídica vinculante à Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, o principal foco do tratado no tocante à subsidiariedade reporta-se ao papel dos Parlamentos nacionais e dos comitês das regiões. Por exemplo, um dos mecanismos criados permitirá que os Parlamentos nacionais solicitem à Comissão um novo exame de qualquer proposta legislativa que possam considerar uma violação do princípio. A idéia é atribuir um peso maior ao Parlamento Europeu mediante a co-participação dos Parlamentos nacionais, com o intuito de reforçar o caráter democrático do processo de criação jurídica da União, conferindo maior legitimidade ao seu funcionamento.³¹³ Entretanto, requer cautela a análise das conseqüências que possam advir do Tratado de Lisboa (e do novo protocolo anexo) para a aplicação do princípio da subsidiariedade,

³¹⁰ UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**. Jornal Oficial n° C 303 de 14 de Dezembro de 2007. Disponível para consulta em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>> Acesso em: 13 nov. 2008.

³¹¹ Trata-se do artigo 51, § 1° da Carta. UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**. Op. cit.

³¹² UNIÃO EUROPÉIA. Jornal Oficial n° C 306 de 17 de Dezembro de 2007. <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/12007L.html>> Acesso em: 27 dez. 2008.

³¹³ CENTRO DE INFORMAÇÃO EUROPEIA JACQUES DELORS. **Glossário**. Disponível em: <<http://www.aprendereuropa.pt/page.aspx?idCat=338&idMasterCat=300&idContent=327>> Acesso em: 27 dez. 2008.

bem como é preciso aguardar uma intensificação dos estudos específicos a respeito do assunto para um posicionamento mais seguro sobre suas implicações jurídicas, principalmente após efetivada sua entrada em vigor.

No tocante ao aspecto horizontal o entendimento europeu a respeito do assunto é complexo e ainda incipiente. Apesar do sistema normativo supranacional não reconhecer expressamente a adoção da subsidiariedade como princípio, ele parece o fazer indiretamente, por meio do prestigiamento de uma regulação geral preferencialmente não interventiva. Por outro lado, a manutenção da competência prioritária nas Constituições dos Estados faz com que não desapareçam (embora se atenuem) as diferenças em termos de modelo político-econômico. O nível de intervenção, e mais que isso, a adoção ou não da subsidiariedade como fundamento de legitimação da atuação público-estatal vai variar de acordo com o Estado membro da União; ao contrário, portanto, da sistemática adotada para o princípio no seu plano vertical, em que se tem uma regra geral necessariamente uniformizadora. Esta situação faz com que parte da doutrina defenda que a questão do princípio da subsidiariedade focado na relação entre Estado e sociedade não pode ser matéria transferível do nível interno dos Estados membros para as autoridades comunitárias. Como aponta Luis Cabral de MONCADA, a disciplina das relações internas com a economia cabe aos próprios Estados, sob pena de se ferir a própria subsidiariedade no plano da divisão de competências entre União e Estados.³¹⁴

Recente em termos legislativos europeus (ou mesmo em nível global) a discussão sobre o plano funcional do princípio existia na Alemanha desde os fins dos anos 50, quando entrou em pauta a deliberação sobre uma lei específica tratando de questões da juventude, e também na Espanha cujo assunto é tratado há bastante tempo.³¹⁵ E isso é natural, considerando a forte tradição de reforço da autonomia tanto das regiões espanholas quanto dos *Länder* alemães (o que acaba refletindo na existência de certa cultura de descentralização em todos os aspectos). Na Itália, todavia, devido à sua instabilidade em termos de centralização/regionalização, as primeiras leis

³¹⁴ MONCADA, Luis Cabral de. **A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional**. Op. cit., p. 46.

³¹⁵ TAGLE, Hugo. El principio de subsidiariedad. **Persona y Derecho – Revista de Fundamentaciones de las Instituciones Jurídicas**. Navarra, V. III, 1977.

específicas sobre o assunto só surgem na década de 90,³¹⁶ retratando certa novidade temática, apesar da forte e tradicional influência católica (que em geral restringiu-se ao plano retórico e não ao prático-político). E isso é até natural considerando a intensa ligação entre a Igreja e o Estado neste país. Embora hoje a própria Constituição italiana consagre o princípio da subsidiariedade, a interpretação predominante é de que ele não pode ter o condão de derrogar os deveres de solidariedade política, econômica e social também previstos na Carta.³¹⁷ Como propõe Alessandra ALBANESE, há que haver uma conciliação hermenêutica para que se evite uma interpretação da subsidiariedade incompatível com os princípios fundamentais da Constituição.³¹⁸

V

O desenvolvimento como fundamento interventivo do Estado social brasileiro

Na economia, quando está em foco a análise de organizações políticas como os Estados ou seus assemelhados (vide as regiões políticas), tradicionalmente efetua-se um estudo denominado macroeconômico. O desenvolvimento está inserido neste tipo de verificação, a partir de dois conceitos importantes: “eficiência estática” e “eficiência dinâmica”. Segundo Fábio NUSDEO, uma organização político-econômica é considerada estaticamente eficiente quando há a “ocupação da capacidade produtiva do sistema econômico e dos seus recursos humanos de forma plena”. Por este motivo, a tendência atual é preconizar a idéia de eficiência dinâmica, que para ser realizada exige uma “permanente e auto-sustentada evolução em toda a estrutura, não apenas econômica, mas social e cultural”. Foi em busca deste dinamismo econômico-social que os Estados protagonistas do pós-guerra iniciaram um novo “processo desenvolvimentista”.³¹⁹

³¹⁶ Segundo Antonio D’Atena a subsidiariedade na Itália passou por quatro períodos: a) a fase constituinte (em que a subsidiariedade é tida como um princípio constitucional não escrito); b) a fase da negação (em que se sufoca a idéia, notadamente na década de 1960); c) a fase da reintrodução (ocorrida no fim dos anos 1980); e d) a fase da instauração da subsidiariedade horizontal (iniciada nos anos 1990 e ainda em processo de desenvolvimento). Cf.: D’ATENA, Antonio. *Costituzione e principio di sussidiarietà. Quaderni Costituzionali: Rivista Italiana di Diritto Unione Europea*. Milano: Giuffrè, n° 2/3, 1996, p. 28.

³¹⁷ O princípio da subsidiariedade é consagrado no artigo 118; já os direitos fundamentais inerentes aos deveres do Estado têm como base estruturante os artigos 2° e 3° da Constituição Italiana.

³¹⁸ ALBANESE, Alessandra. *Il principio di sussidiarietà orizzontale ...* Op. cit., p. 54-71

³¹⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997, p. 341 e 395.

Na década de 40, as grandes preocupações com a eficiência estática já haviam sido superadas graças a John M. Keynes. O grande desafio do pós-guerra era não mais de preencher a capacidade produtiva instalada, mas de expandir a capacidade (neste período, menos de 20% dos países que compunham a ONU eram considerados desenvolvidos, embora em um conceito de desenvolvimento que equivalia apenas à atual noção de crescimento). Na transição do século XIX para o século XX (1860 a 1960) o crescimento do produto industrial mundial foi de 30 a 40 vezes superior ao verificado em todo o período antecedente. E como a população só dobrou, tem-se que o produto *per capita* cresceu de 15 a 20 vezes.³²⁰ Mas este crescimento não significou real desenvolvimento, de acordo com os contornos atuais da expressão, que varia de acordo com o tempo e o espaço. Como coloca Luiz Carlos Bresser PEREIRA, o conceito de desenvolvimento é “historicamente situado”.³²¹ Certamente que a idéia de desenvolvimento que se consolida a partir da década de 1960 é distinta da corrente no início do século; da mesma forma, a idéia que se faz do termo a partir da década de 1990 é bastante mais complexa e exigente que no período antecedente (por exemplo, em face da inclusão da proteção ambiental na definição). Varia também de acordo com o espaço, pois se tornou uma expressão que não se restringe mais ao estudo da economia. Dependendo da área de conhecimento em que se trata do assunto, o conceito pode sofrer variações substanciais.

Em uma conceituação vinda da área econômica e já bastante consolidada, “crescimento econômico” é o aumento do produto nacional em termos globais ou *per capita* num período determinado (na melhor das hipóteses, pelo aumento de eficiência no sistema produtivo). O “desenvolvimento econômico” é o aumento quantitativo do produto nacional acompanhado por modificações qualitativas referentes ao bem-estar social.³²² Ou seja, o crescimento do produto nacional, somado ao crescimento do consumo, da renda *per capita* e das exportações deve ser justaposto aos índices relativos à diminuição dos níveis de pobreza e de desemprego, além da elevação das condições de saúde, nutrição, educação, moradia e segurança, para que exista desenvolvimento. Portanto, é possível crescer sem se desenvolver, mas jamais se desenvolver sem

³²⁰ MILONE, Paulo César. Teoria do desenvolvimento econômico. In: PEREIRA, Wladimir (Coord.). **Manual de introdução à economia**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 333.

³²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 23.

³²² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia ...** Op. cit., p. 399.

crescer.³²³ O desenvolvimento, em geral, é definido pelos autores como um processo auto-sustentado. Um processo que faz, portanto, as condições de vida se elevarem continuamente ao longo de um dado período. Por conseqüência, a expressão “desenvolvimento auto-sustentado”, na realidade, é tautológica. Se o desenvolvimento não for auto-sustentado, é apenas crescimento, ainda que venha acompanhado de melhorias no tocante ao bem-estar social. Portanto, “para que ocorra realmente um processo de desenvolvimento a melhoria do padrão de vida da população deverá tender a ser automática, autônoma e necessária”.³²⁴

Em regra o crescimento pode ser chamado de exógeno, pois implica aumento de Produto Interno Bruto ou renda *per capita* sem mudança na estrutura social e por um tempo determinado. Neste caso, o crescimento é em regra decorrente de fontes externas, como, por exemplo, operações internacionais de crédito. Nesse sentido, é apenas um “surto” (cessada a causa, retorna-se rapidamente ao estado anterior); não é processo. O desenvolvimento é sempre um processo. Quando há alteração estrutural, com desenvolvimento, o processo culmina em uma situação estável, a partir da qual não se fala mais em desenvolvimento, mas em mero crescimento (crescimento dentro do desenvolvimento).³²⁵ Os Estados considerados desenvolvidos (como Alemanha e Japão, por exemplo) apenas crescem, dentro de uma situação estável. Nesta situação o desenvolvimento não é mais um processo e o crescimento não é considerando apenas um surto.

Até meados da década de 1980 os Estados que não conseguiram desenvolver-se eram denominados de “subdesenvolvidos”. Na atualidade, prefere-se imprimir este adjetivo apenas aos estados que não conseguiram escapar do “círculo vicioso da pobreza”, como é o caso comum das nações africanas. Os países que conseguiram implantar as raízes de um processo de desenvolvimento, como é o caso do Brasil, são denominados de “Estados em desenvolvimento”. Ou seja, são organizações que já alcançaram os três elementos fundamentais para permitir uma potencial situação de crescimento, que são: a acumulação de capital, a evolução tecnológica e a formação de um mercado consumidor consistente.³²⁶

Os Estados em desenvolvimento são aqueles que superaram o círculo

³²³ MILONE, Paulo César. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Op. cit., p. 334.

³²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. Op. cit., p. 22.

³²⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia ...** Op. cit., p. 402.

³²⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia ...** Op. cit., p. 402.

vicioso da pobreza, mas que ainda possuem características macroeconômicas típicas do subdesenvolvimento. Ou seja, baixa renda *per capita* (não basta observar um alto produto nacional, pois ele pode ser gerado pela elevada população; se a renda é baixa, provoca baixos índices de consumo e poupança); altas taxas de natalidade e mortalidade (que são típicas das más condições sociais; geralmente decorrem da precariedade das políticas públicas de saúde e educação; um dos índices mais relevantes é o da mortalidade infantil); desemprego oficial ou subemprego (a produtividade da mão-de-obra é mais baixa que de países desenvolvidos, pela má qualificação, escassez do capital e outros recursos, atraso tecnológico e baixos níveis de saúde e nutrição); baixa produtividade do mercado (há alta participação do setor primário na economia; o setor secundário é atrofiado e o terciário é inchado - pelo grande número de serviços e baixa produtividade -, além de haver um grande desperdício de bens produzidos); pobreza (o nível de subsistência é o padrão de grande parcela da população; há baixos padrões médios de consumo e qualidade de vida - esta medida basicamente por instrução, nível sanitário e nutrição); má distribuição de renda (extremos de riqueza e pobreza; mau funcionamento das instituições políticas, com precariedade da organização da sociedade civil); relação de dependência com o setor externo (os recursos obtidos com o comércio exterior são pequena parcela do produto nacional; em geral, os subdesenvolvidos são exportadores de produtos primários e importadores de produtos industrializados).³²⁷

Ainda do ponto de vista conceitual, é importante considerar que a expressão “desenvolvimento econômico” também não é a mais correta. Não existe desenvolvimento apenas de caráter econômico. Sobre o assunto, assevera BRESSER PEREIRA que não há qualquer sentido em se referir ao desenvolvimento como “apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social”. Não existe a possibilidade de entendimento adequado do termo setorializando-o. Se o desenvolvimento econômico não produzir conjuntamente incremento social e político, de fato, não será desenvolvimento.³²⁸

Foi muita acertada a redação dos dispositivos da Constituição brasileira sobre o assunto. Não se menciona no texto da Constituição Federal de 1988 a expressão “desenvolvimento econômico”; o constituinte optou por sempre se referir ao

³²⁷MILONE, Paulo César. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Op. cit., p. 336.³²⁸PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. Op. cit., p. 21.

“desenvolvimento nacional ou regional”, quando no artigo 3º, inciso II, elencou como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “garantir o desenvolvimento nacional”. Ou ainda, quando no parágrafo 1º do artigo 174 prescreve que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”. Desta forma, restam abrangidos todos os setores apontados acima, e ainda outros, como aqueles decorrentes do aspecto cultural da sociedade. Eros Roberto GRAU, por exemplo, destaca como ponto crucial do desenvolvimento a “elevação do nível cultural-intelectual”. E, ainda, aponta o autor que o desenvolvimento é um legítimo princípio constitucional da ordem econômica, muito mais que um simples objetivo. Seja entendido como um princípio impositivo ou como um princípio diretriz, o fato é que possuiria caráter conformador do plano do ser, compondo um regime que caracteriza o modelo econômico propugnado pela Constituição Federal, que consagrou um Estado de bem-estar social no plano do jurídico-normativo.³²⁹

Entretanto, e apesar dos excelentes argumentos do autor, não parece possível afirmar, a partir da classificação adotada, que o desenvolvimento seja um princípio. Na realidade deve-se entendê-lo precipuamente como um legítimo “direito fundamental”, seja no plano interno, seja no internacional. No plano interno, alguns autores como Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA apontam como plenamente admissível enquadrar o desenvolvimento como um direito fundamental decorrente, protegido pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição,³³⁰ que estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O autor ainda esclarece que a Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986, que consagrou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU, estabelece que: “o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento

³²⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição federal de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 258-259.

³³⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de gestão na administração pública brasileira**. São Paulo, 2005. 522 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 110.

e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.”³³¹

Seja como objetivo da república, seja como política pública, seja como direito fundamental, é preciso levar em conta a visionária advertência de Orlando GOMES quando, em 1961, já ponderava que não surte efeitos um instituto jurídico ou econômico que não tenha respaldo nas condições reais da sociedade destinatária da norma. Ou seja, nas palavras do próprio autor: “a análise do desenvolvimento econômico não deve se satisfazer com a de suas condições técnicas. É necessário investigar as condições sócio-culturais, para abarcar o fenômeno em toda a sua complexidade.”³³² Neste quadro, os direitos sociais adquirem importância crucial.

Embora seja comum a ligação entre as idéias de subsidiariedade e desenvolvimento, no Brasil não seria correto o reconhecimento desta relação. A ordem econômica encontrada na Constituição de 1988 não consagrou a subsidiariedade como princípio, apesar de alguns autores identificarem, implicitamente, a sua previsão constitucional. O processo de desenvolvimento previsto é de caráter centralizado e estabelece competências próprias para o Estado e para cada um dos entes, além da regulamentação específica que é direcionada à iniciativa privada. Ao contrário do que defende, por exemplo, Omar Serva MACIEL,³³³ quando o artigo 23 da Constituição cria competências comuns, ele não concebe qualquer relação subsidiária ou de prioridade, mas sim impõe “simultaneidade” de atuação, nos contornos da capacidade e interesse de cada um. Adequada posição sustenta Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA quando pondera que o regime é de “parceria”, pois o que o constituinte desejou é “exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados”. Nestes termos é que se convocam “todos os entes federados para uma ação conjunta e permanente. São eles, por assim, dizer, chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos.”³³⁴

Por outro lado, autores como Silvia Faber TORRES afirmam que o princípio da subsidiariedade informa dispositivos constitucionais tais como: o artigo 194 (seguridade social); artigo 198, III (saúde); artigo 204, II (assistência social); ou

³³¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de gestão na administração pública brasileira**. Op. cit., p. 110.

³³² GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961, p. 32.

³³³ MACIEL, Omar Serva. **Princípio de subsidiariedade e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 46.

³³⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 130.

mesmo os artigos 209, 213 e 227 (educação).³³⁵

Não parece correta a análise da autora, que encontra em tais dispositivos algo que não é inerente à sua fundamentação principiológica. Estes artigos muito mais “possibilitam” uma atuação concertada entre o Estado e a sociedade civil, mediante o exercício da participação popular, do que propriamente estabelecem um caráter “secundário” ou “acessório” da atuação estatal. Para que destes dispositivos fosse possível extrair um sentido normativo subsidiário, deveria neles constar expressamente um critério de exclusão geral acompanhado de uma cláusula de inclusão que fosse determinada pela ausência de possibilidades regionais de satisfação (ou seja, insuficiência da atividade privada ou local). Bem se sabe que, longe disso, tais artigos impõem uma obrigação geral de intervenção, que nem mesmo é parcialmente excepcionada por qualquer indicativo de caráter acessório. A regra é a parceria, mediante a prevalência de um equilíbrio complementar horizontal no qual não existe uma situação de competência privilegiada para qualquer dos organismos institucionais e sociais.

Em termos mais específicos, a autora afirma que o artigo 227 estabelece a subsidiariedade ao prever em sua redação: um “*dever da família, da sociedade e do Estado*”,³³⁶ nesta ordem. A Constituição estaria “exatamente dando prioridade aos corpos intermédios para a prossecução do interesse público”.³³⁷

Esta interpretação requer forte discordância. Não há qualquer motivo jurídico para se acreditar que no caso apontado a ordem dos fatores altere o produto. O elenco de entes responsáveis foi estipulado em absoluta situação de igualdade. Quando a Constituição Federal quis estabelecer alguma espécie de preferência, ela o fez expressamente, como no caso do artigo 174,³³⁸ em que o planejamento econômico é determinante para o setor público e só indicativo para o privado. Ou ainda no caso do

³³⁵ TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Op. cit., p. 148.

³³⁶ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

³³⁷ TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Op. cit., p. 149.

³³⁸ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

parágrafo primeiro do artigo 199,³³⁹ em que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do sistema único de saúde em face às empresas privadas. Ou, ainda, no artigo 208, inciso III,³⁴⁰ que prescreve a implementação do ensino para portadores de deficiência a ser realizado prioritariamente no próprio sistema regular e não em especial. Ou, finalmente, no caso da saúde, em que o artigo 196 prevê expressamente que se trata de um dever do Estado, embora os artigos 198, inciso II, e 199 prevejam a participação da comunidade e da iniciativa privada.³⁴¹

Propõe ainda Silvia F. TORRES, expressando tendência predominante na doutrina, que em razão do artigo 205 da Constituição o Estado assumiria “para si a função educativa, tendo em vista a insuficiência da família e da sociedade em suprirem as necessidades educacionais que o país demanda”.³⁴²

Contudo, da leitura do artigo não se extrai tal assertiva. Ao contrário, ao afirmar que é dever em pé de igualdade entre a família e o Estado a promoção da educação, a Constituição deixa bem claro que somente com a colaboração da sociedade é possível uma adequada realização deste serviço público. Não há qualquer menção no texto que indique a presunção de insuficiência da sociedade. Até porque a existência da educação pública ao lado da privada é importante não somente por uma questão econômica, mas também sócio-cultural. Trata-se de um sistema que é ontologicamente híbrido. Ademais, o texto não se reporta expressamente aos específicos entes prestadores do serviço. Isso assim ocorre porque deve haver tanto a participação da sociedade na educação realizada em instituições efetivamente estatais, quanto nas pertencentes aos sujeitos privados. Participação que não está relacionada somente à prestação do serviço, mas à sua fiscalização; além do que requer colaboração mediante

³³⁹ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

³⁴⁰ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;”

³⁴¹ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

³⁴² TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Op. cit., p. 149.

ações simbióticas. O próprio SINAES (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior) é uma simples, mas ilustrativa, demonstração deste fato quando, por exemplo, institui as CPA's (Comissões Próprias de Avaliação) em cuja composição deve, obrigatoriamente, estarem presentes membros da comunidade externa às instituições de ensino.³⁴³ É de ações como esta que o dispositivo trata; nas quais tanto se reconhece a importância da capacidade social de atuação que ela é prevista legalmente. Cada qual deve desempenhar o seu papel educacional, sem qualquer relação de precedência ou preferência, pelo que, o critério de subsidiariedade é de todo inútil para explicar a normatização da matéria no Brasil. O mesmo raciocínio referente à educação vale para a assistência social e a previdência cujos artigos 194 e 201 da Constituição,³⁴⁴ entre outros, se indicassem alguma preferência, certamente seria ela atribuível ao Estado e não o contrário. Uma breve leitura do texto constitucional fala por si. O simples fato de tanto a educação quanto a saúde, e também a previdência, serem livres à iniciativa privada, no máximo, indicam que no Brasil há o regime de liberdade de iniciativa quanto a estas matérias.³⁴⁵ Trata-se, portanto, do mero resultado do tipo de coordenação econômica escolhido pelo constituinte, cuja matriz capitalista justificou adequadamente a inexistência de planificação mas, por outro lado, atribuiu responsabilidade típica ao Estado no tocante à realização das políticas públicas, principalmente as sociais – o que alude a uma inafastável competência própria e direta para gerir o processo de desenvolvimento.

³⁴³ Sobre o SINAES e a CPA ver: DOTTA, Alexandre Godoy. **A efetivação da política do SINAES: o posicionamento dos integrantes da CPA quanto à auto-avaliação institucional**. Curitiba, 2009. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Educação) – Centro de Teologia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

³⁴⁴ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”
 “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)”

³⁴⁵ Ressalta-se que embora não exista preferência em relação à atividade educacional, a existência de um caráter tipicamente estatal da prestação do serviço é incontestável, ou seja, a educação como um dever jurídico positivo ou prestacional (e correspondentemente um direito subjetivo fundamental), refere-se ao Estado e não à sociedade civil ou à família (esta última, apenas responsável pela tutela da realização deste direito). Para conferir uma tratativa verticalizada da educação como um direito fundamental (ainda que prestado por particulares) e como um dever público típico do Estado não vinculado à subsidiariedade, ver: MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

SEXTA PROPOSIÇÃO

A subsidiariedade tem como princípio a prevalência da autonomia privada, ao contrário do que dispõe o regime jurídico-administrativo do Estado social, que tem como princípio a supremacia do interesse público.

V em tomando corpo a moda de encontrar nas bases históricas do Direito administrativo um caráter autoritário. Esta busca não retrata apenas uma vontade de refazer a história, até porque esta empreitada não seria nada original, pois a utilização pelos revolucionários do modelo institucional absolutista não retrata nenhuma novidade historiográfica, nem para os historiadores, nem para os administrativistas sejam franceses ou brasileiros.³⁴⁶

No Brasil, Romeu Felipe BACELLAR FILHO já analisou esta questão de forma bastante apropriada em seu artigo intitulado “*Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado*”, publicado no primeiro trimestre de 1998. Sem adotar uma postura ingênua e exaltatória das bases do Direito administrativo, o autor promove uma análise histórica que demonstra claramente a inadequação da idéia de que a adoção do contencioso seria um mero “pretexto” revolucionário para o exercício de sua arbitrariedade sem o incômodo do controle judicial, ou mesmo que seria apenas um instituto transpassado do Antigo Regime. Finalmente, também deve ser mencionada sua recorrência à história não como um meio de legitimar as idéias do presente, mas como uma forma de estudo crítico e propositivo em face da realidade atual. Nesse sentido, afirma: “O debate atual não mais se posiciona em termos de funcionamentos teóricos: a história comprovou a possibilidade de interpretações diferenciadas a respeito da independência dos poderes estatais sem a

³⁴⁶ Nem mesmo para os italianos. Um excelente estudo realizado sobre as origens do Direito administrativo (inclusive comparando os modelos francês e inglês) é o de Sabino Cassese, que menciona expressamente a existência da corrente predominante e da dissidência que afirma ser o nascimento do Direito administrativo apenas uma decorrência da recepção dos postulados do Antigo Regime. Cf.: CASSESE, Sabino. *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*. In: _____. (Org.). **Trattato di Diritto Amministrativo**. 2. ed. t. 1, Milano: Giuffrè, 2003, p. 1-93.

quebra do núcleo essencial”.³⁴⁷

A alusão a uma pretensa origem autoritária tem como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificadamente, da “supremacia do interesse público”. Trata-se, portanto, de uma interpretação da história cujo fim é conferir às proposições do presente um sentido mais facilmente apreensível e consonante com a mentalidade vigente, que é a de maior liberalização e flexibilização da vida. E embora seja uma “tese” muito atraente para o indivíduo pós-moderno, que é um sujeito por definição voltado à autonomia, à liberdade e à consensualidade negocial, trata-se de uma teoria de precária capacidade explicativa. Mas o fato é que está na moda; razão pela qual merece uma oportuna refutação.

A construção do Direito administrativo brasileiro, assim como do Direito constitucional, foi bastante influenciada pela doutrina estrangeira. Não por “uma única doutrina estrangeira” e sim por um conjunto imenso de orientações, por vezes contraditórias. Fernando Mendes de ALMEIDA, por exemplo, aponta uma “verdadeira indigência” do Direito público mesmo até a República; situação esta só modificada com a influência científica da doutrina de Löning, Ferraris e Orlando.³⁴⁸ Ocorre que, em geral doutrina desconsidera a relevante interferência teuto-italiana, prestigiando-se quase que exclusivamente a inspiração francesa como o pilar do Direito administrativo nacional (não só do Administrativo, do Direito civil também).³⁴⁹ Esta visão majoritária contrasta fortemente com o fato de que o Brasil nunca adotou o sistema de jurisdição dupla. Poderia haver um maior paradoxo? Claro que sim... paradoxos não faltam, mas o interessante da teorização brasileira é justamente este amálgama entre diferentes influências, o que torna qualquer tentativa de “crítica originária” algo complicado e temerário, quando não totalmente inútil. Em geral a comum identificação das origens

³⁴⁷ E continua: “Antes, trata-se de discutir problemas práticos: qual o modelo de jurisdição é capaz de oferecer maior possibilidade de uma justiça satisfatória entre Administração e cidadãos, assegurando uma efetiva proteção em relação àquela?” Cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 211, jan./mar. 1998, p. 71.

³⁴⁸ ALMEIDA, Fernando Mendes de. O Direito português no Brasil. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993, v. 2, t. 1, p. 47.

³⁴⁹ Sobre o assunto cabe mencionar a interessante pesquisa que vem sendo desenvolvida por Sérgio Staut no sentido de questionar a tradicional importância conferida à doutrina francesa na aplicação do Direito privado, notadamente no campo dos direitos reais, pelo Poder Judiciário no Brasil em finais do século XIX e início do século XX. Cf.: STAUT, Sérgio. **A formação da posse no Brasil da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Curitiba, 2008. Projeto de pesquisa. (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná.

reporta-se a um mecanismo importante (ainda que simbólico) de autoconhecimento. Mas não se deve levar tal empreitada muito a sério, como se o passado e o presente decorressem de meras relações de causa e consequência. Ademais, algumas análises teóricas e históricas realizadas alhures e por vezes transplantadas para o Brasil não têm verdadeira correspondência local. Exemplo deste fenômeno de “sofismática transposição” é a crescente utilização da doutrina administrativista portuguesa como fundamento para “novas interpretações” caseiras. Alguns brilhantes trabalhos por lá realizados (e não são poucos) têm sido lidos com desprendimento exagerado e até certa falta de crítica.³⁵⁰

É importante considerar que além da história do Direito administrativo brasileiro não ser idêntica à portuguesa (apesar das similitudes inafastáveis), nem todos os institutos em termos de atividade e organização realmente são coincidentes na atualidade (veja-se o caso da regulação jurídica do terceiro setor). Em termos metodológicos, a doutrina administrativista portuguesa diferencia-se da brasileira por muito raramente denotar reais perplexidades, o fazendo, quando o faz, de forma muito mais intensa. A brasileira, o tempo todo “está no divã”, sendo recorrentes as confrontações e perplexidades, o que redundava até mesmo em uma carência de sistematicidade de pensamento, além de certa inflação de “novas versões” (que rapidamente fazem sucesso e passam a ser fartamente repetidas durante algum tempo). Isso sem entrar no assunto do interessante descompasso entre o que se diz na doutrina e o que se fala na jurisprudência (só por aí já se pode identificar uma “dupla personalidade” do Direito administrativo brasileiro). A mentalidade portuguesa, em geral, é mais respeitosa às origens de qualquer coisa do que a brasileira, que não se faz de rogada em arrumar a casa do seu jeito, com um descompromisso que por vezes segue ao arrepio de uma escorreta fidelidade às fontes. Se não fosse por isso, talvez não teriam os brasileiros conseguido elaborar um tão bem feito amálgama entre a tradição anglo-americana, a francesa, a alemã e a italiana em termos de Direito público; por

³⁵⁰ Pela sua importância, merecem referência os impressionantes e originais trabalhos de Paulo Otero, Vasco Pereira da Silva, Pedro Gonçalves e Maria João Estorninho. A título exemplificativo da obra dos autores, conferir: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1995; GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Op. cit., passim; ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração pública**. Coimbra: Almedina, 1996; ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

outro lado, se não fosse por conta das práticas e representações existentes, talvez o excelente Direito público brasileiro não carecesse tanto, e tanto, de efetividade.

As origens autoritárias do Direito brasileiro em geral e, como não poderia deixar de ser, do uso e abuso do interesse público como fundamento retórico de legitimação do poder, não estão na França, mas na sua própria história personalista e carente de um real espírito republicano, que aos tropeços e solavancos redundou na efetiva construção de um espaço público (mas nem tanto...). As idéias típicas do Direito administrativo do final do século XVIII e início do século XIX, mesmo aquelas inerentes ao “autoritário” contencioso administrativo (que nunca existiu no Brasil), ou ao “autoritário” interesse público governamental (totalmente privatizado pelas práticas sociais brasileiras - e não só pelo Estado), produziram de forma intensa um efeito libertador e não o contrário. Se não fosse tal herança recebida na esfera das idéias - a de um “Direito administrativo libertador”, talvez a mutação da mentalidade então característica das novas terras resistisse de forma mais intensa e dramática.

I

O sofisma das gêneses autoritárias do Direito administrativo e da supremacia do interesse público

Há quem recue no tempo, como é o caso de Ruy Cirne LIMA, quando aloca a gênese do interesse público nos textos jurídicos romanos,³⁵¹ ou ainda, Gerhart NIEMEYER, que elabora uma consistente defesa da existência de uma noção de interesse público em toda a história da teoria política (de Platão e Aristóteles, a Locke, Adam Smith e Stuart Mill, passando por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino).³⁵²

Outros autores afirmam que a teoria do interesse público surgiu com os direitos individuais, quando da separação entre a burocracia administrativa e o arbítrio do rei (o interesse público teria nascido como uma forma de oposição ao domínio

³⁵¹ LIMA, Ruy Cirne. **Sistema de direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Gráfica Santa Maria, 1953, p. 42.

³⁵² NIEMEYER, Gerhart. O interesse público e o interesse privado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966, p. 14 et seq.

absolutista),³⁵³ sendo a Revolução Francesa o marco inaugural desta nova interpretação jurídico-administrativa.³⁵⁴ É comum, ainda, serem encontradas no liberalismo do século XIX as raízes conceituais do termo, a partir do entendimento esboçado pelos economistas clássicos de que o interesse público equivale à soma dos interesses individuais. Aliás, esta idéia predominou no pensamento ocidental durante um largo espaço de tempo.³⁵⁵

Mais recente, e de forma perfeitamente consonante com a mentalidade dos dias atuais, tornou-se comum a realização de críticas a esta visão da história, que seria falsa, pois a teoria do interesse público “representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que sua superação”.³⁵⁶ Ou seja, o Direito administrativo, ao contrário do que a doutrina geralmente aponta, possuiria raízes autoritárias, em razão das quais o princípio da supremacia do interesse público não teria nada de liberal ou emancipador.

A história sempre tem mais de um lado e sua constituição em variadas versões é algo pra além de prosaico. Ao propor uma diferente origem do Direito administrativo, em certa medida viciada porque autoritária, a pretensa “nova interpretação” nada mais faz do que recusar a importância tanto do aspecto real quanto da face simbólica da legislação revolucionária e do pensamento liberal francês (sempre pendendo para uma valorização exagerada da tradição utilitarista anglo-americana). Além disso, ignora a relação de sentido inerente ao estabelecimento de uma corrente política que teve forte influência na construção moderna do Direito (mesmo não se esquecendo que esta construção tenha convivido com instituições ainda pré-modernas). Se a teoria tradicional talvez prestigiasse demasiadamente a “metade cheia do copo”, os seus críticos, agora, parecem só enxergar a “metade vazia”.

Querer igualar, como fazem os “novos críticos”, o momento pré-revolucionário com o momento pós-revolucionário mediante a mera indicação

³⁵³ MONTGOMERY, John. O interesse público nas ideologias do desenvolvimento nacional. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Op. cit., p. 219.

³⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 189.

³⁵⁵ HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, p. 146.

³⁵⁶ Esta é a opinião defendida por Paulo Otero e, em certa medida, Vasco M. P. Dias Pereira da Silva. No Brasil, a tese foi reproduzida por autores como Gustavo Binbenbajm. Cf.: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública ...** Op. cit., passim; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Op. cit., passim; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 120.

simplista de uma origem do Direito administrativo em práticas autoritárias é promover um anacronismo. Não se ignora que a realidade política de antes e depois era igualmente arbitrária, porém seria ingênuo imaginar que seria arbitrária da mesma forma. Os modelos de normatização destas realidades constituem ontologia radicalmente diversa, o que, por si só, resulta na existência de uma realidade distinta. Afinal, a realidade é composta pela junção entre ser e dever ser.

O reconhecimento formal de um novo Direito administrativo que se submete à lei e não ao soberano torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação. Vários historiadores estudaram que as mudanças no plano da idéias não acarretam, ao menos de imediato, alterações no plano das mentalidades (e às vezes, nem no institucional). E o contrário também é verdadeiro: nem sempre uma mutação na orientação mental consegue produzir as respectivas modificações no plano das idéias (embora deva ser reconhecido que a segunda hipótese é muito mais comum). O que não se pode é tornar indistinta a proposta no plano das idéias (e normas jurídicas) da sua efetividade no plano da vida institucional, condicionado que está pela mentalidade subjacente.

Ou seja, o Direito Administrativo pós-revolucionário (de caráter formalmente liberal) não surgiu inserido em uma realidade totalmente transformada. Autores clássicos do Direito administrativo do século XX, como Jean RIVERO, estavam bem cientes desta conjuntura. Com a revolução os serviços administrativos do século XVIII especializam-se cada vez mais em tarefas precisas e sua organização passa a adotar certo “estilo militar” (centralizada, hierarquizada). Apesar da filosofia liberal, tais atividades são exercidas em regra pela via autoritária; e ainda que submetidas à legalidade são, na prática, pouco contidas. E uma das razões disso é justamente o fraco desenvolvimento do Direito administrativo. A justiça administrativa especial oferece poucas garantias ao particular. Entretanto, o avanço dos institutos do Direito administrativo acompanha a paulatina incorporação de tais garantias e não o inverso. Se a administração do ano VII respondia a um regime autoritário na ordem pública e liberal na ordem econômica, aos poucos estes postulados se inverteram: o liberalismo foi para a ordem política e a autoridade foi para a ordem econômica.³⁵⁷

³⁵⁷ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 28-29.

Não seria razoável desconsiderar que a Revolução Francesa foi um importantíssimo marco real e simbólico cujas conseqüências liberais são insofismáveis, em que pese ter precedido e convivido com períodos de terror e absolutismo (o que, aparentemente, seria incompreensível se lembrados os seus postulados de liberdade, igualdade e fraternidade). A influência deste movimento reverberou para o mundo contemporâneo de forma muito mais intensa que a Revolução Americana ou Gloriosa no sentido de disseminar idéias universais de liberdade que requeriam, inclusive, uma inovadora forma de administração pública (cuja implantação havia sido tentada por Turgot), mas fora fracassada pela resistência conservadora – um tiro no pé da própria monarquia.³⁵⁸

Não é possível concordar com as conclusões radicais de Paulo OTERO ao propor que há “uma perfeita continuidade entre o modelo de controlo administrativo adoptado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no *Ancien Régime*”.³⁵⁹ Mesmo Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da SILVA reconhece que embora tenha existido uma continuidade, esta não significa “plágio”. Ao tempo em que a Revolução Francesa “não fez tábua-rasa da realidade político-jurídica anterior”, é certo que “ela introduziu profundas alterações e transformações no domínio administrativo”. Como aponta o autor, as instituições recebidas do Antigo Regime serão reenquadradas no novo modelo. “O liberalismo político gerou, assim, um modelo de Administração original e típico”.³⁶⁰

Os franceses não se tornaram liberais do dia para a noite. Nem mesmo sua concepção de liberdade, igualdade ou fraternidade é a mesma que para os indivíduos contemporâneos. As palavras das declarações podem ser iguais, mas o seu sentido certamente não é (veja-se o caráter paradoxalmente arbitrário do próprio conceito jacobino de vontade geral). Não é por outro motivo que a história das mentalidades sempre esteve tão ligada às estruturas mentais de longa duração (ainda que hoje se saiba que esta ligação não é imprescindível).

Também não é por outro motivo que os historiadores do Direito são tão críticos em relação à busca por comparações diretas entre o sentido dos institutos

³⁵⁸ HOBSBAWN, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. 9. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 71-74.

³⁵⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração ...** Op. cit., p. 275.

³⁶⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Op. cit., p. 39.

jurídicos existentes no passado e seu entendimento contemporâneo.³⁶¹ A não ser do ponto de vista simbólico (que não deixa de ser importante), qualquer relação de identidade de sentido entre o signo “interesse público” do século XIX e aquele presente em realidades posteriores (como a pós-Constituição de 1988) configura um anacronismo historiográfico. A própria tentativa de identificar o sentido do “dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos” com a teoria da prevalência da vontade geral revolucionária é um equívoco grave.³⁶² Ainda, o próprio sentido da supremacia do interesse público liberal construído no século XIX com base na autonomia privada (e que suplantou a tese da vontade geral) possui fundamentação radicalmente diversa da supremacia do interesse público como princípio do regime jurídico administrativo típico do Estado de bem-estar social de final de século XX.

O procedimento de busca de uma “gênese autoritária” identificada nos fatos ocorridos na passagem do século XVIII para o XIX, além de ser uma visão parcial e bastante restrita dos acontecimentos do período, conduz a uma análise teórica pouco consistente, principalmente quando proclama por uma falta de libertação do caráter autoritário, que estaria presente até os dias de hoje, como se houvesse um vínculo histórico linear entre aquele passado e este presente. Tal linearidade é constituída *a posteriori*, nestes termos, perfeitamente passível de sucumbir à crítica de autores como Ricardo Marcelo FONSECA ao destacarem o equívoco típico da teoria historicista que acaba sendo “forjada pelos condicionantes do tempo que está a se debruçar sobre o passado, e que, por isso, normalmente se mostra completamente incompatível com a complexidade do próprio passado para o qual o estudo deveria ser fiel”.³⁶³ Obviamente que existem vínculos e recíprocas influências entre o passado e o presente, porém, sua relação não se opera de forma simples e direta.

Fugindo-se de uma análise fático-historicista rumo a uma verificação histórica a partir das mentalidades, não parece ser crível negar que o rompimento

³⁶¹ Sobre o assunto ver os comentários referentes às premissas de uma abordagem histórica do Direito elaboradas por Ricardo M. Fonseca. Cf.: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato do trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002, p. 25 et seq.

³⁶² Binenbojm defende textualmente que “o velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra de isonomia”. Cf.: BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade ...** Op. cit., p. 123.

³⁶³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato do trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. Op. cit., p. 26.

fundamental no paradigma jus-administrativo ocorreu por intermédio da superação do Antigo Regime. E isso ocorre porque o fundamento da prevalência da verticalidade do poder do rei não possui contrapartida. O interesse público pautado na vontade geral (e na soberania popular) possui uma característica original e radicalmente distinta que é *a sujeição como contrapartida da prerrogativa*. Ou seja, o Estado só pode mais que os indivíduos porque, por outro lado, ele pode menos (devido à sua submissão à vontade do povo). Mesmo que, na prática, o mundo tenha vivido muitos anos (talvez séculos) de uma atuação ainda arbitrária dos Poderes Públicos, a mudança de “representação” e sentido do poder não pode ser ignorada ou recusada, pois foi por intermédio dela que se tornou possível a construção de um novo fundamento de legitimidade ao Direito público. No século XVIII, as típicas situações de carência democrática eram fruto de um tempo próprio, cujas mutações conviviam com permanências culturais reacionárias.

Situação análoga, por exemplo, ocorreu quando da Revolução Bolchevique. Por certo a sociedade russa não foi dormir aristocrática e acordou comunista em 1917. Ao contrário, a incrementação totalitária ocorrida na seqüência da “revolução socialista” encontrou terreno extremamente fértil em uma sociedade cujos pilares culturais estamentais ainda eram consistentes.³⁶⁴ E a queda do muro de Berlim veio demonstrar o quanto a retroalimentação totalitária desta mentalidade não-liberal ainda é evidenciável, mesmo em um regime formalmente democrático.

A história constitucional inglesa e americana denota disparidade entre os resultados esperados da Constituição e os pretensos princípios básicos nela contidos por influxo da conjuntura que lhe serviu de base cultural. Na Inglaterra dos séculos XVIII e XIX o exercício do poder facilmente se tornava repressivo mesmo no quadro do *rule of law*, pois o fato é que não existia um efetivo poder institucional que pudesse controlar o Parlamento, principalmente quando este agia a mando do rei³⁶⁵ (e nem mesmo a mentalidade dos ingleses havia consolidado um sistema de direitos inalienáveis, apesar da vitória na esfera das idéias deste conceito). Na América do Norte do final do século XVIII a idéia predominante sobre a representação política tinha por base o “axioma britânico segundo o qual é a propriedade que confere ao

³⁶⁴ A literatura política de fundo histórico de Dostoiévski ilustra de forma ímpar a mentalidade típica da sociedade russa em fins do século XIX, cuja paradoxal burocracia estamental ainda feudalizada consistiu base apropriada para a o surgimento do Estado totalitário socialista e da própria sociedade nestes termos estruturada. Cf.: DOSTOIÉVSKI, Fiodor. **Os Demônios**. Tradução de Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2004.

³⁶⁵ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas**. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 123.

homem o direito de fazer-se representar”. Ou seja: “a propriedade é a regra de representação” e não a efetiva soberania popular, apesar da retórica que envolveu a formação do sistema constitucional norte-americano.³⁶⁶ É justamente este fato que levou os defensores do *New Deal* a promover uma forte crítica ao sistema da *common law*, por ser um “mecanismo de insulamento da distribuição de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo”. Segundo Cass SUNSTEIN esta visão denunciava o fato de que o “catálogo de direitos do *common law* incluía, ao mesmo tempo, muito e muito pouco – uma excessiva proteção do interesse estabelecido dos proprietários e uma proteção insuficiente dos interesses dos pobres, idosos e desempregados”.³⁶⁷

E o Brasil? Já está prescrita uma Carta de Direitos desde a Constituição de 1824, logo reforçados pela proclamação da República. Direitos obviamente consagrados apenas no plano formal e conviventes com uma prática essencialmente centralizadora e não democrática, além de fortemente patrimonialista.³⁶⁸ Será que isso torna o regime jurídico do período um modelo autoritário? Se comparado com o regime jurídico-constitucional contemporâneo, sem qualquer dúvida. Se considerado o tempo histórico de seu reconhecimento, certamente que não. Seria um anacronismo imaginar que a Constituição de 1824 foi essencialmente autoritária, mesmo se considerada a existência do poder moderador. Da mesma forma é um anacronismo imaginar que a experiência autoritária com a qual conviveu o Direito administrativo em seus primeiros passos realmente o marque como um instrumento normativo essencialmente autoritário. Não é por outra razão que Jean RIVERO vai afirmar que “a obra do ano VII só toma o seu relevo quanto confrontada com as tradições em relação às quais teve que tomar posição: a do *Anciën Regime* e da Revolução”.³⁶⁹ O mesmo ocorre com a história do constitucionalismo inglês e americano. Suas experiências arbitrárias ou não-democráticas topicamente consideradas não desabonam os créditos inerentes ao avanço que sua teoria constitucional ocasionou para o paradigma ocidental de orientação ideológica. Avanços incidentes sobre o passado e que contra ele se colocam, ainda que

³⁶⁶ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno ...** Op. cit., p. 87.

³⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. R. **O constitucionalismo após o New Deal.** Op. cit., p. 132.

³⁶⁸ Na realidade, em termos de sua estruturação político-administrativa o Brasil monárquico vivenciou uma mutação constante de movimentos centralizadores e descentralizadores, obviamente com prevalência do primeiro, ainda que não de forma pacífica. Este, aliás, tornou-se um dos principais temas de debate políticos no período posterior a 1860, cabendo destaque à interessante controvérsia entre as posições do Visconde do Uruguai e do deputado Aureliano Cândido Tavares Bastos. Sobre o assunto, conferir: FERREIRA, Gabriela Nunes. **Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai.** São Paulo: Editora 34, 1999.

³⁶⁹ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo.** Op. cit., p. 26.

bastante incipientes em relação às potencialidades que construíram para o futuro dos direitos do homem.

O caminho de desenvolvimento dos institutos do Direito administrativo denota, seja por intermédio da doutrina (que sempre foi concomitante e até precedente à jurisprudência do contencioso, influenciando-a),³⁷⁰ seja pela própria jurisprudência (com destaque ao Conselho de Estado francês), um meio de resistência em face da realidade predominantemente adversa. Sabino CASSESE identifica que a incrementação da estrutura do novo Estado que surge na transição para o século XIX, sua correspondente legislação administrativa e a reordenação promovida pelo *Conseil d'Etat* não seria suficiente para a “decolagem” do Direito administrativo se não fosse acompanhada pela produção de um grupo que denomina de *efforts d'inventaire*, um notável corpo de operadores do Direito, professores e juristas que se dedicaram à matéria.³⁷¹ Uma importante demonstração da histórica batalha entre a esfera das idéias e a esfera das mentalidades; conflito este que define as instituições. Destarte, ver na origem dos “institutos administrativos” (o pensamento, a ciência, as representações) um ranço autoritário é um equívoco flagrante. Os temas do serviço público e da responsabilidade civil do Estado são exemplos ilustrativos da tentativa de se efetuar uma inversão dos padrões típicos do Antigo Regime; a ênfase na temática do controle do “excesso de poder” é a demonstração mais significativa deste fenômeno, que produziu uma influência direta no Brasil já durante o regime monárquico.³⁷²

O que jamais irá significar que a França do século XIX chegou perto de ser um Estado de Direito nos contornos em que hoje ele é estabelecido em termos de liberdade, igualdade e segurança jurídica (o mesmo ocorre com os Estados Unidos, a Inglaterra e, mais obviamente ainda, o Brasil). O fato é que o Direito administrativo é muito recente, tendo tomado forma lentamente no século XIX, consolidando-se apenas

³⁷⁰ Para confirmar esta proposição basta uma breve leitura dos trabalhos do Visconde do Uruguai, colmatando as impressões retiradas do repertório de jurisprudência do Conselho de Estado Francês com a farta doutrina administrativista concomitante, sempre analítica e crítica do sistema do contencioso administrativo e de sua relação com os direitos dos indivíduos em face dos interesses do Estado. Cf.: URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 2002.

³⁷¹ CASSESE, Sabino. **La costruzione del diritto amministrativo**: Francia e Regno Unido. Op. cit., p. 13.

³⁷² Sobre o assunto são interessantes as considerações do Visconde do Uruguai, recepcionando a doutrina francesa com algumas palavras que poderiam ser expressas nos dias de hoje sem qualquer reparação, como se observa do tópico “excesso de poder e ilegalidade”. Cf.: URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Op. cit., p. 145.

no último quartel deste século.³⁷³ Por este motivo é que autores como Romeu Felipe BACELLAR FILHO se recusam a estabelecer apenas uma data para o “nascimento” do Direito administrativo, mencionando não as leis revolucionárias, mas o célebre caso Blanco, como a mais prestigiada delas.³⁷⁴

O argumento de Paulo OTERO quando afirma que o Direito Administrativo não possui origem garantística porque não se originou do Parlamento, mas dos tribunais, produz um equívoco de interpretação. Primeiro, engana-se ao propor que há uma origem unívoca (jurisprudencial), como se o Conselho de Estado não fosse fruto do seu tempo e das demandas nele contidas (e, portanto, do avanço do espírito garantístico tipicamente revolucionário); segundo, porque limita a possibilidade do garantismo ao Direito judicializado, exaltando o fato de que os revolucionários eram contra a submissão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário simplesmente porque queriam “impedir que o espírito de hostilidade reinante nesses últimos contra a Revolução limitasse a liberdade de acção das autoridades administrativas revolucionárias”.³⁷⁵ Esta é uma visão reducionista do movimento, seguramente mais complexo do que o retrato intencionalista do autor.

A imposição normativa do entendimento de vontade popular (tipicamente rousseauiano) produziu uma interpretação do princípio da separação dos poderes, nos contornos do que se entendia faticamente por “vontade popular”. Vontade que não poderia ser obstada por decisões “técnicas” e não políticas, advindas de um órgão sem legitimidade para julgar questões de carácter público (e note-se que aqui não se fala da noção administrativista de um “regime jurídico de supremacia do interesse público”, pois este é um instituto que vai ser delineado muito mais tarde). Para Jean-Jacques ROUSSEAU “o poder legislativo pertence ao povo e não pode pertencer senão a ele”. Os governantes e magistrados são apenas funcionários. Neste espectro, não cabe aos juízes determinar o sentido final da lei. E “se o soberano quer governar ou se o magistrado quer fazer leis ou, ainda, se os súditos recusam-se a obedecer, a desordem toma o lugar da regra, a força e a vontade não agem mais de

³⁷³ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 30.

³⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 34.

³⁷⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração ...** Op. cit., p 275.

acordo e o Estado, em dissolução, cai assim no despotismo ou na anarquia”.³⁷⁶ De forma diversa do que em geral é sugerido, a revolução francesa, originalmente inspirada em Rousseau, não incorpora a célebre divisão do Barão de Montesquieu, pois o Executivo não seria um efetivo poder, como é o Legislativo.³⁷⁷ Esta é a origem da Lei de Organização Judicial de agosto de 1790, que atribuiu a função de controlar a legalidade dos atos da Administração a um sistema de autocontrole, inibindo a competência dos magistrados (sistema este que mais tarde constituiu o contencioso administrativo).³⁷⁸

Esta base teórica rousseauiana, bem apreendida pelos jacobinos, foi altamente relevante na exclusão da competência judicial para o controle da Administração. Maurizio FIORAVANTI explica que existe um *“solidísimo hilo de continuidad”*, que une as duas primeiras constituições revolucionárias: a concepção *“monista”* da estrutura constitucional; ou seja, a tendência de identificar o sujeito soberano (a nação, o povo) *“en un de los poderes previstos por la constitución, que en ese momento no podía ser outro que el legislativo, el poder de los representantes o de los mandatarios del mismo pueblo soberano”*. Nestes termos, cabia aos representantes do povo *“mantener bajo control a los otros dos poderes, de tal manera que impidiesen que la voluntad general, contenida en la ley, pudiese ser traicionada, o simplemente enturbiada y confundida, por aquellos, jueces y administradores, que tenían la obligación de aplicarla y de ejecutarla”*.³⁷⁹

Os próprios acontecimentos do período colaboraram fortemente para a práxis da idéia. Segundo relata Renato Janine RIBEIRO, homens como Montesquieu,³⁸⁰ que ocupou o cargo de magistrado do Parlamento francês, foram aclamados pela opinião pública em decorrência de sua inicial oposição ao desgoverno de Luis XVI. Menos de um ano depois, *“eles aparecerão ao mesmo povo como os defensores incondicionais do privilégio, e vários serão condenados, mais tarde, como contra-revolucionários”*. Nesta conjuntura, por certo a visão ideal de Montesquieu, favorável

³⁷⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 137.

³⁷⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 123.

³⁷⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 141.

³⁷⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución ...** Op. cit., p. 117.

³⁸⁰ Ainda que não ele próprio, que falecera trinta e quatro anos antes, tendo promovido forte oposição ao rei quando presidente do *Parlament* de Bordéus na defesa dos interesses da aristocracia a qual pertencia e em prol da manutenção de suas imunidades. Sobre o assunto, conferir: ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Tradução de João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 107.

ao modelo de inspiração inglesa dos *checks and balances*, não possuía qualquer possibilidade fática de realização.³⁸¹ O que confirma a impossibilidade de ser aceita uma explicação simplista sobre as decisões políticas do período, que dificilmente podem ser traduzidas apenas como uma retórica fruto da conveniência dos dirigentes revolucionários.³⁸² Pelo contrário, aceitar o modelo de Montesquieu implicava, via de regra, prestigiar as imunidades aristocráticas.

Diferentemente do que poderia inicialmente aparentar, os *Parlements* eram “cortes provinciais criadas pela monarquia com suprema autoridade judicial em suas regiões”. No século XVI, funcionários reais, os “*maitres de requêtes*” estenderam gradualmente os direitos jurídicos da monarquia; por outro lado “os editos reais requeriam, em princípio, o registro formal pelos *parlements* para que se tornassem leis”. Apesar da consolidação absolutista da França no século XVII, os magistrados provinciais permaneciam sendo os “bastiões do particularismo tradicional”, componentes que eram ainda de uma estrutura mental tipicamente medieval.³⁸³

Esta relação entre modernidade e medievalismo, entre o centralismo da coroa e o descentralismo medievalista da aristocracia marcou todo o período absolutista. Em 1604 a venda de cargos do aparelho do Estado, que existia há mais de um século, foi estabilizada com a decisão de torná-los hereditários (mediante o pagamento anual de um foro). Este “mercado” institucional ampliou-se radicalmente em poucos anos, pelo que o Estado teve que se utilizar de coletores de impostos, os *officiers*. Esta nova “*noblesse de robe*” nada mais fez do que disseminar a corrupção generalizada, inserida que estava numa conjuntura de confusão administrativa e improvisação financeira. Foi somente com Armand Jean Du Plessis, o Cardeal de Richelieu, governante de fato a partir de 1624, que a racionalização da máquina administrativa foi possível. O ministro criou o sistema de “*intendants*” (*de Justice, de Police, de Finances*), recrutados entre os membros da pequena e média nobreza do século XVII. Funcionários detentores de cargos revogáveis e não comercializáveis foram despachados para as províncias com amplos poderes. Inicialmente temporários, foram com o tempo tornados comissários permanentes do governo central. Como observa

³⁸¹ RIBEIRO, Renato Janine. Apresentação. In: MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XXXVII.

³⁸² Como faz Paulo Otero e acompanha-lhe Binenbojm. Cf.: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública ...** Op. cit., p. 275; BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade ...** Op. cit., p. 122.

³⁸³ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Op. cit., p. 88-93.

Perry ANDERSON, obviamente, logo se tornaram “extremamente impopulares entre a camada dos *officiers*, cujas prerrogativas locais eles invadiram”. Para a aristocracia antiga e de elevado nível hierárquico, os *intendants* tornavam-se progressivamente autoritários ao propugnarem pela aplicação das determinações do poder central. Os magistrados não poderiam tomar outro caminho se não o de passarem a ser os porta-vozes de resistência dos *officiers* e *commissaires* em face ao poder real (intensificado com Luiz XIV, que chegou a anular a exigência de registro dos éditos reais nos parlamentos).³⁸⁴ Desta visão negativa sobre os *intendants*, não compartilhava a população em geral. O próprio André de LAUBADÈRE (um autor que é freqüentemente utilizado como fonte original da tese da “gênese autoritária”) afirma: “a jurisdição do intendente caracterizava-se, nesta época, por sua gratuidade, sua rapidez e pela ausência de procedimento formalista, dados que se opunham à justiça e contribuíram para o seu sucesso”.³⁸⁵

O reinado de Luis XIV foi marcado por uma péssima situação financeira da França, não causada, mas agravada, pela extravagância da corte. As tentativas de ampliação dos impostos, rompendo-se com a imunidade fiscal da aristocracia, foram alvo de resistência por parte dos *parlements* (que eram formados exclusivamente pelos extratos nobiliários, pois estavam excluídos os plebeus da sua composição). A aristocracia recusou-se peremptoriamente a perder seus privilégios econômicos, principalmente considerando que não teriam qualquer incremento de direitos políticos em detrimento do poder monárquico. É neste momento que os magistrados passaram a se utilizar da linguagem retórica burguesa, cujo ideário estava em franca ascensão. Conforme destaca Perry ANDERSON “um dos ramos da aristocracia francesa mais marcados pelo conservadorismo inveterado e pelo espírito de casta” torna-se o grupo defensor das “liberdades”, defendendo arduamente o princípio da separação de poderes e o controle dos atos da Administração sobre sua prerrogativas privadas e direitos consolidados.³⁸⁶

Propor uma “ilusão garantística da gênese” sem diferenciar quem seria o “sujeito não garantido” resulta na sustentação de uma tese tipicamente liberal,

³⁸⁴ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Op. cit., p. 93-99.

³⁸⁵ LAUBADÈRE, André de et al. *Traité de droit administratif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, T. 1, p. 266. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa ...** Op. cit., p. 66.

³⁸⁶ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Op. cit., p. 105 et seq.

direcionada à proteção de apenas um dos estrados da sociedade. Na França dos séculos XVII e XVIII era somente a classe aristocrática a efetivamente protegida pelos magistrados, inclusive contra as constantes investidas do rei e suas tentativas de incursão na modernidade. Não poderia ser outra a tarefa revolucionária que não a de defender um sistema que não recaísse nas mãos dos magistrados, desenvolvendo-se assim uma peculiar interpretação do princípio de separação dos poderes que prestigiava a figura dos intendentés. RIVERO aponta que os revolucionários, “dominados pela lembrança do combate secular travado pelos Parlamentos contra a Administração real entenderam subtrair a atividade dos administradores ao controle do poder judicial”. Não foi por outra razão que a Administração pública ficou imune ao acesso judicial comum e que se desenvolveu uma teoria de recusa do controle da discricionariedade. Acreditava-se que a liberdade estaria muito mais garantida se ao Judiciário não fosse conferida a prerrogativa de se imiscuir no trabalho legítimo dos representantes da vontade popular. Daí a origem, desde o ano VIII, do Conselho de Estado.³⁸⁷ O que não significou, por esta razão, a inexistência de controle do poder administrativo.

O fato de um sistema político-administrativo não se enquadrar no sistema de três funções independentes (como no ideário de Montesquieu ou no modelo dos dias atuais) não indica a inexistência de controle dos poderes estatais. É uma ilusão reputar à existência do sistema tripartite a condição de critério determinante do caráter autoritário ou não do regime. E o Brasil bem exemplifica este fato. Conforme descreve Caio PRADO JÚNIOR, no período colonial, com o direito português vigente na colônia, funcionavam contrapesos de poder bastante significativos e peculiares. As autoridades coloniais não se enquadram em um esquema hierárquico tradicional; “não formam propriamente degraus inferiores da escala administrativa, no sentido que hoje damos a esta noção”. Nos órgãos judiciário-administrativos típicos do período, as *Relações*, o governador é um simples participante e em que pese ocupe o cargo de presidente, os demais membros não são seus subordinados. Ademais, há vários outros órgãos administrativos que propiciam a limitação do poder do governador e “que atuam como os outros tantos fatores de autonomia e independência de seus membros”. Há órgãos, também, que não recebem qualquer interferência do governador, como as

³⁸⁷RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 23.

“intendências do ouro e dos diamantes” ou as “mesas de inspeção”. Situação esta que não impede os vários casos de abuso e arbitrariedade realizados pelos governadores; casos estes paralelos aos vários outros em que ocorre exatamente o contrário: não conseguem se fazer obedecer e nem realizar as providências do seu governo.³⁸⁸ Daí o motivo pelo qual não é possível ser efetuada uma comparação direta entre a realidade de então e a atual, como se os institutos e os sistemas jurídico-administrativos fossem fórmulas aplicáveis de forma idêntica independente do tempo e lugar.

A posição de Paulo OTERO ao afirmar que o rompimento com os postulados clássicos de Montesquieu foi um “simples pretexto” para justificar um mero “objectivo político concreto de garantir um efectivo alargamento da esfera de liberdade decisória da Administração Pública” não é compatível com a própria visão paulatinamente constituída no profícuo e polêmico ambiente revolucionário. Como relata Eric HOBBSAWN, “a Revolução Francesa não foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado.” Ou seja, foi “um surpreendente consenso de idéias gerais entre um grupo social bastante coerente”, a burguesia, que deu o tom da revolução, mas que não a controlou como inicialmente imaginava (aliás, sequer imaginava uma revolução de tais proporções).³⁸⁹

A contra-influência do jacobinismo nesta seara foi inconteste e a própria definição de seus postulados implica a verificação histórica de um intenso debate, com lutas internas, posições radicalmente opostas e tendências por vezes totalmente contraditórias.³⁹⁰ Acima de tudo, conforme aponta Michel VOVELLE, o traço mais marcante do jacobinismo talvez tenha sido a reivindicação por unidade e indivisibilidade. Característica esta que convivia com o “claro sentimento do direito ao exercício direto da soberania popular e às iniciativas coletivas de salvação pública”.³⁹¹ A interpretação do que seria o “princípio da separação dos poderes” não poderia ser outra que não aquela decorrente desta mentalidade (que se constituiu desde as bases do movimento – tanto se considerados os grupos da cidade quanto do campo).

³⁸⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo: colônia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 316-318.

³⁸⁹ HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. 9. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 76 e 77.

³⁹⁰ VOVELLE, Michel. **Jacobinos e jacobinismo**. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: Editora da EDUSC, 2000, p. 25 et seq.

³⁹¹ VOVELLE, Michel. **Jacobinos e jacobinismo**. Op. cit., p. 93.

Se o contencioso era concebido apenas como um meio de autocontrole da Administração, tendo por objetivo primordial a proteção da legalidade e só secundariamente a defesa dos direitos dos indivíduos, isso não significa que se tinha uma visão dela favorável e desfavorável dos direitos individuais, como se estes fossem menos importantes. Ocorre que o entendimento de então dos direitos individuais tinha sua real expressão na própria legalidade. Aliás, a grande discussão propiciada pela estrutura administrativa na França, antes de se referir ao instituto do serviço público, residiu justamente na idéia de que o contencioso administrativo concernia à proteção dos direitos individuais, enquanto o procedimento gracioso reportava-se aos interesses da coletividade. Analisando relatórios da Câmara dos Deputados sobre o Conselho de Estado francês, o Visconde do Uruguai encontrou a seguinte referência de um dos deputados relatores: “Se quiséssemos indicar seu princípio, diríamos que o poder administrativo (gracioso) se pronuncia sobre interesses, e a jurisdição contenciosa sobre direitos; que uma consulta a razão e a equidade e tem por objeto o interesse geral, que a outra consulta o direito adquirido por cada um e tem por objeto a justiça”.³⁹² Como descreve Vasco Pereira da SILVA, no sistema francês a garantia dos direitos individuais “era realizada sobretudo através da lei e não de meios jurisdicionais”. De acordo com a visão liberal “a Administração era vista como uma entidade agressiva, cuja intervenção era potencialmente lesiva dos direitos do cidadão”. É justamente por este motivo que deveria submeter-se ao princípio da legalidade.³⁹³

Na prática, o arbítrio e a opressão ainda eram condição cultural dos Estados ocidentais, independentemente da transformação ideológica vivenciada e das próprias modificações institucionais realizadas. Ao contrário do que a estrutura do Conselho poderia indicar, sua jurisprudência (que se consolida em repertório já em 1808),³⁹⁴ desde o início e ainda que inserida nos limites da realidade de então, refletiu uma postura garantística que provavelmente não seria possível se ao invés de prestigiada a estrutura dos *intendants*, tivessem os magistrados conservado sua competência de apreciação sobre os atos da Administração, como no modelo inglês.

O importante é não olvidar que a atuação autoritária do governo não é uma exclusividade francesa. A prática constitucional inglesa, não somente no século

³⁹² URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Op. cit., p. 139.

³⁹³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Op. cit., p. 42.

³⁹⁴ URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Op. cit., p. 153.

XVIII, mas em diferentes períodos, foi muito diferente de sua teoria e nisso empata com a francesa. Esta dimensão sempre foi subvalorizada pelos anglófilos (inclusive franceses) que tradicionalmente elogiam o sistema constitucional inglês como um modelo ideal de garantia dos direitos individuais³⁹⁵ (em geral em detrimento do modelo francês). Este fenômeno fica bem demonstrado quando em foco o século XVI. Segundo Perry ANDERSON o historiador britânico Joel Hurstfield “critica com eficácia os anacronismos apologéticos em que se baseiam até hoje os escritos sobre esse período” e que desconsideram o caráter essencialmente absolutista do crescimento do aparato repressivo do Estado britânico por intermédio de uma atividade parlamentar vinculada às decisões do soberano, inclusive com a aprovação de nove diferentes leis sobre a traição.³⁹⁶

Direcionando-se mais particularmente ao período da Revolução Francesa, vários são os exemplos da atuação arbitrária e repressiva do Parlamento britânico no final do século XVIII e início do século XIX, colocando em xeque a idéia de que haveria um melhor sistema de controle das imunidades do poder na *common law* devido ao não afastamento do controle judicial. Ao lado de leis efetivamente libertárias, a Grã-Bretanha conviveu com vários atos constitucionais que consistiam em “insolentes abusos de poder”. O *Middlesex Justices Act*, o *Alien Act* e o *Traitorons Correspondence Act* são exemplos interessantes,³⁹⁷ porém mais ilustrativos dos abusos praticados pelo poder público na Inglaterra são as habituais suspensões da liberdade de ir e vir por intermédio do *Habeas Corpus Suspending Act*. Por sua vez, o famoso e polêmico *Treasonable and Seditious Practices Act* tornava traidor, e sujeito à pena de morte, qualquer pessoa que “tornasse público qualquer impresso ou escrito, praticasse qualquer ato que atacasse o rei ou o Parlamento com a intenção de ou diminuir ou depor [...] ou de os obrigar a modificar as suas medidas ou pareceres [...] ou de intimidar ou perturbar ambas ou qualquer das Câmaras do Parlamento”. E como se não bastasse, esta lei foi complementada com a edição do *Seditious Meeting and Assemblies Act*, que suspendeu praticamente todo o direito de reunião pública. Finalmente os

³⁹⁵ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno ...** Op. cit., p. 140.

³⁹⁶ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista.** Op. cit., p. 121.

³⁹⁷ O primeiro procurou modernizar o sistema policial de Londres, entre outras coisas impedindo qualquer tentativa de afronta à estabilidade política e à ordem estabelecida; o segundo impunha restrições à mobilidade de estrangeiros com a realização de prisões e deportações arbitrárias; o terceiro restringia o contato dos ingleses com o governo francês, posteriormente sendo exigida licença para viagens à França. Cf.: DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno ...** Op. cit., p. 129-130.

Combination Acts visavam conter a agitação dos operários, tornando ilegais quaisquer espécies de negociação coletiva ou sindicato de trabalhadores (como na França com a Lei *Le Chapelier*).³⁹⁸ A proclamada atuação judicial inglesa muito pouco fez recuar esta tendência regulatória e arbitrária. Pelo contrário, em geral apoiou as atividades executivas. Veja-se que por intermédio do *Navy Recruiting Act* os magistrados locais podiam recrutar desocupados, desordeiros e pobres insubsistentes para a Marinha da Grã-Bretanha, fazendo uma “limpa conservadora” em seus *counties*. Estes exemplos denotam fartamente que a teoria constitucional inglesa “considerada comumente como um baluarte da liberdade” se tornou mais simbólica que real (notadamente em tempos de crise). Enquanto a elite parlamentar sentia-se segura, as liberdades eram garantidas, mas quando se experimentava de algum modo ameaçada, rapidamente intervia nas liberdades, em geral argumentando que assim agiam justamente para preservar a Constituição.³⁹⁹ Se fossem franceses diriam: “foi para preservar a vontade geral”.

Nestes termos, é um equívoco romantizar a atuação judicial nos primórdios do Direito público moderno, como se fosse este o critério da identificação “como democrático ou não” do exercício do poder. Paulo OTERO parece visualizar a atuação judicial do século XVIII e início do XIX como se ela retratasse verdadeira garantia contra o poder; mais que isso, aparenta compreender o controle judicial do período nos mesmos termos em que ele é identificado na contemporaneidade. Sabe-se que não era assim. Na realidade, a inibição da competência judicial de controle dos atos administrativos realizada no período revolucionário não conduzia necessariamente à redução das garantias “que os particulares teriam se submetessem o controlo da actividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial – o poder judicial protagonizado pelos tribunais judiciais.⁴⁰⁰ E isso pelo simples fato que a França não conhecia um poder equidistante, independente e imparcial – e quiçá a Inglaterra o tivesse. Esta realidade de separação dos poderes é típica apenas do século XX.

Nos Estados Unidos não foi a “comunidade” que definiu os direitos dos indivíduos, muito menos era o Judiciário uma fonte de realização da vontade democrático-popular. Esta era provavelmente a ideologia inicial das discussões que animaram o cenário da década de 1770. Todavia, como esclarece Horst DIPPEL, “nas

³⁹⁸ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno ...** Op. cit., p. 131-136.

³⁹⁹ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno ...** Op. cit., p. 137.

⁴⁰⁰ Esta redução das garantias que os particulares teriam é defendida por Paulo Otero. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública ...** Op. cit., p. 276.

décadas subseqüentes, foi cada vez mais o indivíduo egoísta e auto-suficiente que desconfiou dos políticos e do governo e que, depois de 1776, usou de políticas elitistas, erigindo barreiras contra a lei das maiorias ilimitadas para confiar os seus direitos não às legislaturas, mas aos tribunais”.⁴⁰¹ Ou seja, a atuação dos tribunais na tradição anglo-americana também não refletia um democrático meio garantidor da típica vontade popular, como a princípio os ideais revolucionários do período indicavam que deveria ser; estava, portanto, altamente comprometida com o próprio interesse das elites dominantes. Não se deve olvidar a importante crítica promovida na teoria política norte-americana do século XX a respeito do processo de criação do Direito a partir de decisões judiciais e seu comprometimento com o *status quo*, em que se pode observar o claro “caráter anacrônico ou pelo menos incompleto dos direitos da *common law*”.⁴⁰²

Na França, certamente a valorização da função judicial (altamente vinculada às classes aristocráticas do Antigo Regime) não consistia em meta revolucionária. E isso não ocorria somente por uma razão político-pragmática. Tanto é assim, que autores americanos como Thomas Jefferson também defendiam correntes republicanas radicais que não aceitavam a prevalência das normas constitucionais (especialmente quando interpretadas pelos tribunais) se fossem de encontro com a vontade popular. Tal perspectiva, que foi predominante apenas num primeiro momento da independência, entendia que a democracia só funciona adequadamente quando cada povo pode atualizar a sua Constituição de acordo com seus anseios. Visão esta bastante próxima à francesa embora não tenha qualquer ligação com a oposição a um Antigo Regime (ainda que produza as mesmas conseqüências do ponto de vista da valorização do Legislativo e do Executivo).⁴⁰³

Defender a tese de que a origem do Direito administrativo no século XIX carece de ligação com o liberalismo e com o princípio da legalidade como mecanismo anti-arbitrário retrata posição que não esconde a comparação com o modelo inglês, mediante atribuição a este de um juízo de valor altamente favorável. É como se o modelo anglo-americano fosse “o correto” e libertário, enquanto o francês não conseguisse liberar-se do seu “ontológico” caráter autoritário. Exemplo desta anglofilia é a proposição de que na visão anglo-americana típica da *common law*, ainda que

⁴⁰¹ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno ...** Op. cit., p. 230.

⁴⁰² SUNSTEIN, Cass. R. **O constitucionalismo após o New Deal.** Op. cit., p. 143.

⁴⁰³ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46 et seq.

existam algumas categorias de imunidade do poder, “o direito administrativo não se formou como uma estrutura dogmática munida de categorias a serviço do poder”.⁴⁰⁴ Esta é uma perspectiva encontrada em tradicionais pensadores, sendo que talvez o mais proeminente deles seja Edmund Burke, com seu reconhecido trabalho intitulado “*Reflections on the Revolution in France*”, de 1790, que estabelece um ponto de vista comparativamente crítico da Revolução Francesa ao tempo que exalta as vantagens do sistema inglês de garantia de direitos em face da Administração.⁴⁰⁵

Existia um profícuo Direito constitucional inglês nos setecentos e, mesmo assim, não parece ser a visão de Burke sobre os acontecimentos do período definitiva ou simplesmente “correta”. É difícil até mesmo a caracterização de um Direito administrativo na *common law*, quanto mais identificar quais seriam suas estruturas. Além do que, como destaca Eduardo García de ENTERRÍA a Revolução Francesa foi “*algo mucho más intenso, más profundo, más trágico, que a Revolução Americana*”. Ela revelou a condição humana a um nível muito mais elevado, deixando como herança um ideal moderno-democrático mediante a consolidação do papel da lei na construção social e política de uma nação.⁴⁰⁶ A tradição inglesa caracterizou-se pela “conservação” do *status quo*. E embora ao Estado fosse paulatinamente atribuída a função de assegurar aos cidadãos liberdade, segurança e até mesmo bem-estar, o fato é que no seu modelo original não se encontra nenhum catálogo efetivo de direitos humanos, mas apenas direitos tradicionalmente decorrentes da “ordem do mercado”. Afirma Cass SUNSTEIN que “em alguns aspectos, o próprio *common law* parecia um produto do poder de facções, ao proteger alguns interesses e relutar em reconhecer outros”.⁴⁰⁷ Segundo propõe o professor Horst DIPPEL é “o próprio *Bill of Rights* de 1689, no seu núcleo, mais uma lista de pretensões de direitos em relação ao rei e uma afirmação de direitos do Parlamento” do que propriamente um documento que afirme direitos aos cidadãos (e tanto é assim que dos seus treze artigos apenas três realmente contém garantias jurídicas subjetivas diretas).⁴⁰⁸

Sabe-se que a Revolução Francesa não retratou na oportunidade o que viria a ser para a posteridade. Como destaca Eric HOBBSBAWN a Declaração dos

⁴⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade ...** Op. cit., p. 125.

⁴⁰⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución ...** Op. cit., p. 120.

⁴⁰⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos ...** Op. cit., p. 69.

⁴⁰⁷ SUNSTEIN, Cass. R. **O constitucionalismo após o New Deal.** Op. cit., p. 144.

⁴⁰⁸ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno ...** Op. cit., p. 57.

Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 “é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não é um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária”. O próprio sentido da legalidade era meramente formal. “Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começasse sem *handicapes*, era igualmente entendido como fato consumado que os corredores não terminariam juntos”. Ainda, a declaração afirmava que “todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis”, cabendo advertir que “a assembléia representativa que ela vislumbrava como o órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembléia democraticamente eleita”. Na realidade, a inspiração dos liberais burgueses era o próprio constitucionalismo monárquico. Já para os jacobinos *sansculottes* o ideal republicano admitiu sem pestanejar uma forma ainda mais totalitária (tudo dentro de um conjunto histórico complexo, permeado por uma forte crise de solvência francesa, além de um conjunto de guerras sem precedentes).⁴⁰⁹

Ora, nesta conjuntura, se a origem garantística do Direito administrativo fosse um mito, também teria que ser mítica a própria Revolução Francesa como fundamento do Estado moderno. E o raciocínio não pararia por aí. Também se aponta a Revolução Francesa como o berço dos direitos humanos, mas bem se sabe que o século XIX muito longe está de garantir real igualdade e fraternidade, e nem mesmo liberdade. Seria o caso, então, de se ressaltar o “caráter autoritário da gênese dos direitos fundamentais”? A hipótese não parece razoável. O fato é que a teoria dos direitos fundamentais precisou de um período de amadurecimento. As práticas governamentais tiveram que se aperfeiçoar ao tempo que a mentalidade dos indivíduos foi paulatinamente sendo modificada no sentido de que os direitos devem ser garantidos e que o Estado é o principal responsável por isso.

O mesmo ocorre com a teoria do Direito administrativo. O interesse público desenvolveu-se com a Revolução Francesa no sentido de opor-se aos interesses personalistas, devendo prevalecer a vontade geral.⁴¹⁰ Aos poucos esta noção foi substancialmente alterada tendo em vista o abandono da vontade geral jacobina rumo a uma objetivação de valores democráticos como a dignidade. No final do século XX muito pouco há na teoria do Direito administrativo da sua origem jacobina. Contudo,

⁴⁰⁹ HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções ...** Op. cit., p. 77 et seq.

⁴¹⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução.** Op. cit., p. 189.

permanece a idéia de que o interesse público não pode compactuar com o arbítrio do governante. Aí está a grande característica do Direito administrativo construído na modernidade. Dissidências desta perspectiva só foram demonstradas em doutrinas essencialmente autoritárias ligadas a situações de exceção e perspectivas totalizantes, infelizmente presentes no segundo estágio da modernidade.

De fato, para reproduzir suas práticas autoritárias, o Estado não precisava do Direito administrativo, pois já tinha os meios típicos do Antigo Regime. Para os revolucionários o governo da sociedade era necessário, não por simples inércia típica das linhas gerais do absolutismo, mas porque o poder de decisão passou para funcionários pautados no princípio racionalista. Veja-se que a existência deste tipo de funcionários era uma exceção no Antigo Regime. Os agentes públicos eram em regra “cobertos por uma aura de prestígio social e tendencialmente vistos como titulares de direitos patrimoniais sobre suas posições na administração real”. Assim é que se formou a elite dos *officiers*, constituindo-se como uma “nobreza de toga”,⁴¹¹ e ainda muito distante do típico racionalismo impessoal da burocracia pós-revolucionária.

Possuíram os proclamados mitos revolucionários um papel ativo e constitutivo que foi interferente nas complexas relações sociais, tornando-se um elemento possibilitador da evolução da esfera das mentalidades que conduziu à própria aceitação de um Conselho de Estado ativo na concessão de garantias. Napoleão pode ter destruído a revolução jacobina e com ela “o sonho de igualdade, liberdade e fraternidade”. Todavia, como afirma HOBBSAWN, “este foi um mito mais poderoso do que o dele pois, após sua queda, foi isto e não a sua memória que inspirou as revoluções do século XIX, inclusive em seu próprio país”.⁴¹²

Negar que está na base dos princípios revolucionários toda a fundamentação para a constituição do Direito administrativo francês do século XIX é negar a esfera das mentalidades, a partir de uma história parcial e de caráter exclusivamente institucional. Do mesmo modo, qualquer tentativa de atribuir ao sistema anglo-americano um caráter menos autoritário por conta da sua tradição judicial é um contra-senso. Somente a título de argumentação, caso se estivesse de acordo que a origem do Direito administrativo francês não é garantística (pois

⁴¹¹ SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Separata de Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC**. a. 27, n° 55, dez., 2007, p. 268-270.

⁴¹² HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções ...** Op. cit., p. 77-94.

constituída pelos tribunais do contencioso e não pela legislação), então, da mesma forma, dever-se-ia concluir que o direito anglo-americano também não possui base garantística alguma, pois de forma muito mais intensa assume que a produção de leis por parte do Poder Legislativo é considerada um cerceamento na autodeterminação dos cidadãos, pelo que, “as disposições normativas devem propiciar o maior espaço possível de liberdade aos cidadãos, que pautam suas relações sociais pelos princípios decorrentes do Direito Consuetudinário, com supervisão do Poder Judiciário”.⁴¹³

Entretanto não resulta adequada esta interpretação, nem num, nem noutra caso, pois as relações de implicação não ocorrem de forma tão simplista. Não é possível concordar, portanto, com o argumento que se usa em detrimento da tradição brasileira, de que a anglo-americana seria mais “liberal” (no sentido garantista de se contrapor ao poder). Bem se sabe que ambas as tradições influenciaram a formação da cultura jurídica nacional. Como Augusto Olympio V. de CASTRO já apontava nos primórdios do século XX, os agentes políticos “se enfrontavam no constitucionalismo inglês e tinham tinturas deste liberalismo à francesa, mas espalhafatoso e brilhante do que sólido e eficaz na garantia dos direitos individuais”.⁴¹⁴

A despeito do que poderia inicialmente indicar, o sistema constitucional francês (rígido) não confere uma garantia maior de estabilidade e reverência às tradições do que aquela da tradição consuetudinária jurisprudencial inglesa (flexível). Regina Maria Macedo Nery FERRARI explica que apesar da denominação, as Constituições flexíveis não traduzem, necessariamente, instabilidade. Exemplo desta hipótese é a própria situação da Inglaterra, cujas principais características constitucionais permanecem as mesmas, desde o século XVII. Assim, conclui a autora que “a estabilidade de uma Constituição não depende tanto da forma, mas do equilíbrio das forças sociais e econômicas que a apóiam e sustentam”.⁴¹⁵ O sistema inglês não era, portanto, menos tradicionalista que o francês.

A grande debilidade jurídico-política da revolução francesa estava justamente em afirmar a necessidade da Constituição, mas não possuir um equilíbrio institucional capaz defender sua rigidez, o que não permite uma efetiva garantia dos

⁴¹³ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Op. cit., p. 42.

⁴¹⁴ CASTRO, Augusto Olympio V. **Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906, p. IV.

⁴¹⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 61.

direitos. A “vontade geral” acabava sendo uma fonte intensa de instabilidade.⁴¹⁶ A Revolução Francesa exaltou uma dupla tendência radicalmente oposta: *“al afirmar la prioridad del cuerpo constituyente soberano de ciudadanos políticamente activos contra los poderes constituidos; y al afirmar la primacía del legislador que encarna la voluntad general por encima de las facciones agentes de la nación o del pueblo.”*⁴¹⁷

Desse modo, acabou sendo produzida uma antítese entre: “democracia direta e democracia representativa” e entre “poder constituinte e poder constituído”. O contratualismo revolucionário, devido à sua hostilidade a toda forma de institucionalização dos poderes constituídos, acaba por redundar em um voluntarismo político. E sob o outro foco, a doutrina da democracia representativa acaba assumindo um viés fortemente estatalista (pois incorpora a soberania da nação à do legislador e dos poderes instituídos). Esta situação faz com que na Revolução Francesa estejam presentes versões opostas de liberdades políticas positivas. O próprio artigo 28 da Declaração de Direitos de 1793 assim previa: “Um povo tem sempre o direito de revisar, reformar ou mudar sua Constituição”. Por certo esta possibilidade conduz a um “radicalismo democrático” muito típico do jacobinismo, que se caracteriza paradoxalmente por um voluntarismo republicano nacionalista e centralizador.⁴¹⁸ Conseqüência desta realidade, as primeiras Constituições francesas não passavam de uma “jurisdicionalização da política”; dessa forma, como ressalta Clèmerson Merlin CLÈVE, “a Constituição era o Estado”. A sociedade deveria ser regulada por “outra sorte de domínio normativo, especialmente o direito privado elaborado a partir da noção de autonomia da vontade”.⁴¹⁹

Ao contrário, a Revolução Americana caracteriza-se por uma acentuada desconfiança no tocante às “virtudes do legislador”, mesmo aquele eleito democraticamente. Há, neste caso, um predomínio da ideologia republicana de uma “democracia radical”, que pressupõe a existência de um “povo virtuoso”. Se fugir desta conjuntura, verifica-se também a existência de movimentos opostos. Ao lado do ideal de uma democracia radical, as assembléias passaram a concentrar cada vez mais poder, acabando pela detenção de extraordinárias condições de intervenção sobre a sociedade

⁴¹⁶ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 3. ed. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2000, p. 74.

⁴¹⁷ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 67.

⁴¹⁸ VOVELLE, Michel. **Jacobinos e jacobinismo**. Op. cit., p. 21.

⁴¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 18.

civil.⁴²⁰ Mas este movimento não prevaleceu, pois a tendência radical foi utilizada no momento de contraposição ao parlamento britânico. Após a independência, a prática política retornou à sua inspiração originária, ou seja, de uma crítica à onipotência do legislador (e uma revalorização do Judiciário). Conseqüentemente, o poder constituinte encontra-se na Constituição, enquanto para os franceses está diretamente no povo. Sob este aspecto seria os EUA o berço do constitucionalismo moderno e não a França. Por outro lado, parece claro que a Revolução Francesa foi a raiz dos direitos sociais e de uma “filosofia de transformação social” típica do que viria a ser o Estado social e bastante distinta da concepção norte-americana, para quem a constituição é um lugar de “competição” entre os indivíduos, mediante a prevalência de uma clara mentalidade utilitarista.⁴²¹

O Direito administrativo tem suas origens nesta dicotomia; entre pontos positivos e negativos de práticas e representações que marcaram um tempo de paradoxos na relação entre liberdade e autoridade, mas cujo resultado simbólico foi uma inescusável incrementação da liberdade e da dignidade da pessoa humana, mesmo que mediante um processo civilizacional intermitente.

Ainda que se reconheça a presença de uma mentalidade autoritária, tipicamente pré-revolucionária mesmo no século XIX, não é possível serem ignoradas as mudanças profundas realizadas na estrutura institucional francesa pós-revolucionária. Não obstante ao tempo de Luiz XIV existir organização administrativa, não se tratava do Direito administrativo moderno e sim de um “Direito de polícia”. O *“Traité de la Police”*, de De la Marre, é exemplo típico da tratativa da matéria neste período, estabelecendo um quadro completo das leis administrativas da antiga França e refletindo a imagem do velho direito, com todos os seus abusos, violências e inutilidades.⁴²² O chamado “Direito público absolutista” é fundado não na prevalência do interesse público e na garantia de direitos, mas sim na “veneração, obediência e fidelidade” dos súditos segundo as respectivas prescrições da ordem divina. A obra *“Les lois civiles dans leur ordre naturel”*, escrita por Donat e cuja primeira edição foi publicada em 1689, continha um capítulo de *Droit Public* em que se denotava expressa a inexistência de limites jurídicos ao poder, pois a decisão final estava remetida à

⁴²⁰ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 88.

⁴²¹ FIORAVANTI, Maurício. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 94.

⁴²² CASTRO, Augusto Olympio V. **Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo.** Op. cit., p. VI.

prudência do soberano. Não ressaltar a profunda mudança das representações entre antigo e novo regime (ainda que com manutenção parcial das práticas) é ignorar a história e o fato de que “*frente a toda esa construcción religiosa o mítica, barroca y misteriosa*”, a revolução reduz o poder a um “*mecanismo humano, común, ordinário, racional*”.⁴²³

O Direito administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior, somente tendo sido realmente cultivado depois que seus princípios passaram a ser deduzidos da natureza do homem e da sociedade e não do poder divino. E neste caminho sem dúvida também foi importante a teoria do Direito construída na Itália, particularmente com a publicação da obra de Giandomenico Romagnosi, intitulada “*Principii fondamentale di Diritto amministrativo*”, em 1814.⁴²⁴

A estrutura do Estado absolutista enfrentou distintos desafios em épocas específicas, mas em geral tendia a ser um “amontoado mal-cerzido de instituições surgidas em diferentes etapas de sua evolução organizacional”.⁴²⁵ Como obra da revolução tem-se três frentes fundamentais: 1^a) destruição da quase totalidade da Administração do Antigo Regime, promovendo uma aparente ruptura com o passado; 2^a) tentativa de implantação de uma administração racional uniforme e coerente, dividindo-se a França em departamentos e comunas; e 3^a) reformulação dos princípios de filosofia política, adotando-se o primado da lei, separação entre autoridades administrativas e judiciárias, liberalismo político e promoção da igualdade formal.⁴²⁶ A Revolução Francesa produz uma ênfase na idéia de direitos subjetivos que obviamente aponta para a construção de um sentido de interesse público desconhecido para o Antigo Regime. O princípio da vontade geral sobrepôs-se à supremacia constitucional, inibindo o surgimento de um efetivo controle de constitucionalidade (o que em geral se coloca como um ponto negativo em face da Revolução Americana). Por outro lado, na França instaurou-se um forte “princípio de responsabilidade de todos os representantes e agentes públicos” (artigo 15 da Declaração de 1789). A responsabilidade do Estado aparece neste contexto como uma decorrência da ainda incipiente idéia de proteção aos

⁴²³ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos ...** Op. cit., p. 100 e 102.

⁴²⁴ CASTRO, Augusto Olympio V. **Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo**. Op. cit., p. IX.

⁴²⁵ SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **O contexto do texto ...** Op. cit., p. 268.

⁴²⁶ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 27-28.

direitos individuais.⁴²⁷

A assertiva de que o Direito administrativo tem origem autoritária é tão anacrônica quanto inócua. Afinal, não teria também o Direito privado uma origem autoritária? Ou realmente em suas reminiscências originárias foi o princípio da autonomia privada um baluarte da liberdade dos indivíduos?⁴²⁸ Nem bom, nem mau; nem milagre, nem pecado. A história do Direito como um todo, e do Direito administrativo em particular, denota uma profunda dificuldade de combinação entre os planos do ser e do dever ser. Quando se olha para os dias de hoje e é verificada a herança deixada e a utilidade que dela faz o sujeito moderno, bem se vê que foi o legado liberal e democrático que prevaleceu. Legado este que não é uma invenção do século XXI.

O “legicentrismo” francês pós-revolucionário supõe uma nova idéia de lei como libertadora e criadora de felicidade ao mesmo tempo em que garante os direitos subjetivos. E o interessante é que tal perspectiva vai prestigiar, sobremaneira, o Direito civil, com ênfase para a idéia de autonomia individual a partir da aplicação objetiva, formalista e taxativa da lei. A proibição tipicamente burguesa de construções legislativas que atentem contra os direitos do indivíduo acaba sendo um fator muito mais arbitrário para o sistema jurídico do século XIX do que a prevalência do interesse público (cuja ligação com a vontade geral vai aos poucos dispersando-se). Parece correta a conclusão de ENTERRÍA de que se este legicentrismo é certamente um instrumento de dominação (primeiro jacobina, depois burguesa), por certo que ele também é origem de liberdade e garantia de direitos de cidadania. A forte intenção de inibir os atos arbitrários está expressamente demarcada nas declarações revolucionárias. A segunda Declaração de Direitos de 24 de junho de 1793 é exemplo deste fato (vide seus artigos 11 e 12).⁴²⁹ E há vários outros textos que tratam do assunto. O “direito de resistência à opressão” é tema recorrente no período pós-revolucionário. O que não significa que o próprio sistema anti-arbitrário não possa ter servido a interesses abusivos e deturpados, às vezes consistindo apenas em um meio “torpe,

⁴²⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos ...** Op. cit., p. 76 e 142.

⁴²⁸ Sabe-se que não foi. Sobre o caráter também autoritário do Direito privado ver: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Del Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2006.

⁴²⁹ Artigo 11: “*Todo acto ejercitado contra un hombre fuera de los casos y si las formas que la ley determina es arbitrario y tiránico; aquél contra quien quiera ejercitarse por la violencia tiene el derecho de rechazar-la por la fuerza.*” Já o artigo 12 reproduz o artigo 7 da Declaração de 1789 tratando da “*culpabilidad y la punibilidad de quienes soliciten, expidan, firmen, ejecuten o hagan ejecutar actos arbitrarios*”. Cf.: ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos ...** Op. cit., p. 138.

formalista y tardio".⁴³⁰

Também se deve registrar a impossibilidade de identificação simplista da evolução da idéia de interesse público com a própria história do Direito Administrativo. Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO descreve com precisão o complexo fenômeno de nascimento e transformação do Direito administrativo a partir da Escola francesa. Embora existam normas de organização administrativa em momentos anteriores, o Direito administrativo moderno é aquele que vem como disciplina para a regulação e delimitação do poder, para promover a distinção entre "Estado-poder" e "Estado-sociedade" e para suplantiar o Estado de Polícia. O primeiro livro sobre a matéria é o de Romagnosi; mas na França estava mais avançado o estudo da matéria, devendo-se ressaltar a obra publicada por Macarel: "*Éléments de jurisprudence administrative*". Do ponto de vista geral, a primeira corrente que dominou foi a concepção legalista, típica da Escola da Exegese e que procurava apenas uma tradução direta das leis e da jurisprudência dos tribunais administrativos. Somente no final do século XIX é que se desenvolveu como método concorrente o histórico-político (mediante uma análise de conveniência e oportunidade dos institutos jurídicos). Há trabalhos, inclusive, que em face das externalidades negativas da Revolução Industrial proclamavam já em 1897 o exercício de uma função social do Estado. Paralelamente, a escola técnico-jurídica (não só na França, mas também na Alemanha e em outros países) procurou densificar os institutos jurídicos do Direito administrativo a partir da sustentação de um ramo paralelo e especial tomando-se como base as incipientes idéias sobre o Estado de Direito.⁴³¹

Há, portanto, uma Administração cujo modelo proposto é o de não se submeter ao Direito (é a Administração do Estado de Polícia Absolutista - *régime policier*); e há outra, cujo modelo propõe sua submissão ao Direito (e que se constituiu no Estado *Gendarme* - tipicamente liberal, mero "guardião"). A influência do princípio da separação de poderes e da nova visão do princípio da legalidade como expressão da vontade geral não pode ser ignorada quando em análise a origem do Direito administrativo;⁴³² ainda que o próprio conceito de Direito administrativo não seja o mesmo dentro destes diferentes períodos históricos, passando de uma inicial concepção

⁴³⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos ...** Op. cit., p. 140.

⁴³¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1, p. 76-122.

⁴³² RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Op. cit., p 17.

subjetivista (teorias do Poder Executivo ou orgânico-formais) para uma concepção objetivista típica da Escola do Serviço Público.⁴³³

As críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que se direcionam a um regime jurídico estatal típico da França do século XIX, ou aquele dos primórdios do constitucionalismo brasileiro, retratam certo anacronismo ao contestar um modelo que não tinha caráter democrático e que, portanto, em nada se assemelha à atual regulação jurídica. Particularmente no Brasil (mas não só) culpar o Direito administrativo pelo arbítrio incontrolado dos governantes é culpar um ilustre desconhecido, pois pouquíssimos agentes possuíam qualquer contato com seus postulados (o Direito administrativo não era importante na vida prática da época e, além disso, era um ramo do Direito totalmente marginal). O próprio Conselho de Estado do Brasil monárquico não era uma instituição verdadeiramente controladora, possuindo papel bem diferente daquele típico da França, pois somente emitia pareceres que após eram submetidos à Imperial Resolução.⁴³⁴

Embasar-se em autores cuja construção teórica prende-se (ainda que parcialmente) a um modelo autoritário anterior ao da Constituição de 1988 para retratar a postura atual da doutrina ou dos agentes públicos pode implicar (embora não necessariamente) em conclusões falsas ou inapropriadas.⁴³⁵ E é bom que se diga que às vezes nem é isso que ocorre, mas um simples equívoco semântico. Por exemplo, Patrícia BAPTISTA cita como exemplo de defensor deste “axioma por vezes acompanhado de um certo caráter autoritário” o professor Celso Antônio Bandeira de MELLO.⁴³⁶ E cita um texto do autor, publicado em 1967, em que ele realmente afirma que o princípio da supremacia do interesse público “significa que o Poder Público se encontra em situação autoritária”.⁴³⁷ Bem se sabe, da leitura deste texto e de outros tanto deste período histórico quanto atuais, que o sentido do termo “autoritário”

⁴³³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 151 et seq.

⁴³⁴ CASTRO, Augusto Olympio V. **Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo**. Op. cit., p. IV.

⁴³⁵ É o caso de Daniel Sarmento, que menciona a conhecida posição de Hely Lopes Meirelles, falecido em 1990, e cuja teoria fora toda forjada em ambiente constitucional radicalmente distinto do contemporâneo, como exemplo de autor que defende a supremacia do interesse público sobre os direitos individuais. Cf.: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados ...** Op. cit., p. 25. Conferir também: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 39.

⁴³⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito administrativo**. Op. cit., p. 184.

⁴³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, 1967, p. 44-61.

utilizado pelo autor não tem correspondência com o uso do “arbitrio”, típico que é dos regimes ditatoriais, e sim com a utilização da “autoridade”, típica que é de regimes republicanos. Reflete, portanto, a mera situação de desigualdade do Poder Público em face dos particulares, perfeitamente consonante com o regime democrático presente na Constituição de 1988.⁴³⁸

As posições refratárias, porém, são justificáveis devido à forte influência paradigmática do regime autoritário presente no Brasil após o golpe de 64. Uma parte da doutrina alinhou-se com a perspectiva e outra parte foi obscurecida. Após a Constituição Federal de 1988, e desde então, não resta dúvida que o conteúdo do interesse público admitido pelo sistema jurídico-constitucional brasileiro, e que é o núcleo do princípio da supremacia, exige a submissão ao regime de direitos fundamentais estabelecido pelo Estado social. Esta é a esfera do “dever ser” que, todavia, nem sempre se efetiva na esfera do “ser”, o que tem provocado sérios equívocos teóricos de posições que não possuem grande clareza quanto à discrepância entre as duas esferas quando tratado deste assunto.

A título ilustrativo pode-se mencionar Paulo R. SCHIER quando afirma que a adoção “prática do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional”.⁴³⁹ Esta passagem denota a clara confusão metodológica entre a ontologia do interesse público e suas formas de interpretação prática em um dado momento e lugar.⁴⁴⁰ Claro que não se ignora o fato de que, apesar do regime jurídico propugnado, as práticas administrativas ainda carecem da modernização devida. A discrepância entre ser e dever ser ainda permanece como problema endêmico do constitucionalismo brasileiro. O que não releva a incongruência de se criticar o conteúdo do modelo previsto por conta de sua inefetividade. Se a Administração Pública ainda utiliza-se de atuações meramente

⁴³⁸ Sobre a clássica concepção do autor (perfeitamente compatível com a sistemática da Constituição de 1988), em que explica claramente a apresentação de limitações e temperamentos ao princípio, além de exigir a sua conformidade com o sistema jurídico, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime jurídico das autarquias**. São Paulo: RT, 1968, p. 294 et seq.

⁴³⁹ Caberia questionar o autor qual doutrina ou jurisprudência, após o sistema instituído pela Constituição Federal de 1988, defende a idéia de que o interesse público configura uma “cláusula geral de restrição de direitos fundamentais”. Provavelmente, Schier esteja se referindo apenas às “práticas autoritárias”, mas a forma como se exprime é dúbia quando ele menciona uma “cláusula geral”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 218.

⁴⁴⁰ W. Friedman acusa Harold Lasswell do mesmo problema teórico. Cf.: FRIEDMANN, W. O conteúdo instável do interesse público: alguns comentários sobre o artigo de Harold D. Lasswell. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Op. cit., p. 92.

formais, fornecendo através do princípio da supremacia do interesse público apenas um alibi jurídico para sua prática autoritária, trata-se de uma deformação real do sistema (que não vai ser resolvida mediante uma crítica ontológica ou normativa ao modelo).

II

Algumas críticas à idéia de supremacia do interesse público e suas possíveis refutações

A noção de interesse público adquiriu centralidade há pouco tempo, não fazendo parte das reminiscências proto-históricas do Direito administrativo.⁴⁴¹ Mário MASSAGÃO atribui a Waline e a Marcelo Caetano esta nova construção que chama de “moderna” e que é fulcrada no interesse público como critério de definição da matéria objeto do Direito administrativo. No entanto o autor, ao tempo em que reconhece esta teoria, a critica, pois não vê como o interesse público possa especificar o Direito administrativo no contexto geral do Direito público.⁴⁴² Esta é uma discussão antiga.

Inicialmente, cabe discordar de Fábio Medina OSÓRIO quando afirma que atual fundamento justificatório do Direito administrativo é o interesse público decorrente das duas principais escolas francesas (do serviço público – Duguit; e da *puissance public* – Hauriou).⁴⁴³ Em que pese a importância das duas escolas no tocante à construção e sistematização de um Direito típico da administração pública, seus postulados fundamentais não combinam com o modelo da segunda metade do século XX, notadamente pela sua ênfase ontológica nos aspectos sociológicos.

Outro ponto importante é que o interesse público componente do atual princípio da supremacia do interesse público não se confunde com uma noção incipiente característica da filosofia política liberal-revolucionária, ligada à vontade geral do povo; nem mesmo equivale ao “interesse geral” contido no conceito de “serviço público” que serviu de base para as primeiras locuções estruturantes do

⁴⁴¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito administrativo**. Op. cit., p. 76 et seq.

⁴⁴² MASSAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1958, t. 1, p 21.

⁴⁴³ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 220, abr./jun. 2000, p. 70.

Direito administrativo sistematizado como um ramo jurídico autônomo. A perspectiva contemporânea e que é suscitada simultaneamente ao Estado social interventor do pós-guerra decorre de uma visão conceitual do Direito administrativo pautada no seu regime jurídico (portanto, mediante a identificação de um interesse público que é encontrado não diretamente na vontade do povo, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo).

Estabelecer uma origem para a noção atual de interesse público em qualquer período precedente ao século XX reflete a promoção de um acentuado equívoco arqueológico. É inafastável o reconhecimento de que são vários os elementos e fontes utilizados para a conceituação do Direito administrativo e de seus institutos fundamentais tanto na doutrina estrangeira em geral como na brasileira em particular. Clèmerson Merlin CLÈVE estudou o assunto com acentuada clarividência (aliás, no início da década de 80, e mesmo em um regime constitucional em nada favorável, defendeu a necessária identificação do Direito administrativo a partir dos direitos humanos e das reivindicações populares).⁴⁴⁴

Mais interessante do que a tentativa de identificação de um momento chave para o nascimento da noção, é o estudo dos seus desdobramentos e dos elementos que seriam estruturantes do modelo contemporâneo, considerando-se a sua incursão em uma atualidade fortemente refratária à idéia do interesse público no seu sentido republicano. Ao contrário do que previu Jürgen HABERMAS,⁴⁴⁵ é a esfera pública que está sendo “colonizada” pela privada, pois a definição corrente em geral promovida pela mídia e aceita por quase todos os setores da sociedade coincide, no máximo, com um “dever de encenar dramas em público e o direito do público em assistir à encenação”.⁴⁴⁶ A recusa pós-moderna a todo tipo de abstração, o individualismo hedonista e a prevalência dos critérios econômicos e psicologizantes (sentimentais) nas decisões da vida quotidiana fizeram com que perdesse sentido um interesse que ultrapassasse a situação concreta de cada um rumo a um dever ser coletivo aprimorado. Segundo a tendência atual, a perspectiva de um “interesse comum

⁴⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Campinas: Julex, 1988.

⁴⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961, p. 169.

⁴⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 83.

compartilhado” vem perdendo sua utilidade prática,⁴⁴⁷ recorrendo-se a este signo apenas em algumas situações de caráter simbólico muito aclamadas no discurso, mas menos relevadas na prática do que seria necessário, como é o caso da defesa do meio ambiente.

Ao contrário da aparência ditada pela mentalidade pós-moderna, que recusa a possibilidade de ser delimitado o interesse público, não é uma tarefa inglória a busca por sua identificação jurídico-política (e até mesmo ética). Definir interesse público não é mais difícil que conceituar “justiça”, “eficiência” ou mesmo “moralidade”; aliás, a este último princípio constitucional tem-se conferido elevada importância e aplicabilidade jurídica.⁴⁴⁸ E nem por isso costuma-se recusar o caráter ético-jurídico condicionante destas noções. Sendo assim, o caráter abstrato não pode ser tomado como óbice para sua condição de princípio; mas esta é uma crítica recorrente. Alega-se que o interesse público retrata conceito jurídico indeterminado de difícil concretização. Autores como Humberto ÁVILA advogam a tese de que “o interesse público não é determinável objetivamente”.⁴⁴⁹ Ou seja, coloca-se como pergunta fundamental: como seria possível identificar o que é interesse público?

Esta questão retrata um falso problema, pois o fato de o conceito de interesse público ser vago não retira sua possibilidade de significação. Ao tratar do assunto, J. Roland PENNOCK traça paralelo com o conceito “beleza”. Pondera o autor que os estudiosos da estética muitas vezes estão em completo desacordo quanto ao que a constitui; no entanto, em regra, há bastante consenso quanto aos padrões apropriados. Por certo é possível que não exista concordância quanto ao veredicto de um júri de um concurso de beleza, mas “ninguém sonha em definir uma mulher seja processualmente seja funcionalmente e nem por isso precisamos negar a existência de uma mulher bonita”.⁴⁵⁰ Sendo assim, grande parte da imprecisão do interesse público desaparece quanto contextualizada.

A indeterminação da noção é um aspecto que pode até mesmo ser considerado positivo, pois fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a

⁴⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 170.

⁴⁴⁸ Sobre o princípio da moralidade administrativa, ver: BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Moralidade Administrativa: evolução e conceito*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 211 et seq.

⁴⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados ...** Op. cit., p. 211.

⁴⁵⁰ PENNOCK, J. Roland. *A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito*. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Op. cit., p. 179.

partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto.⁴⁵¹ Segundo Gerhard COLM, a flexibilidade conceitual do interesse público é uma hipótese vital para a existência de uma sociedade plural. Sua indeterminabilidade é típica de uma república democrática. E, ainda, é preciso compreender que o conteúdo do interesse público não pode ser melhorado ou mais bem especificado por meio algum de aprimoramento do sistema eleitoral ou por alguma forma de amostragem estatística (tipicamente majoritarista). Ele exige um debate público e um posicionamento institucional típicos de uma realidade política consistente.⁴⁵²

O interesse público é um conceito que recebeu no decorrer da história significações que vão da absoluta discricionariedade à total vinculação.⁴⁵³ De qualquer modo é um conceito que foi e continuará a ser utilizado pelo Direito administrativo de forma ampla, ainda que diferente, em cada sistema jurídico concretamente considerado e em cada sociedade na qual inserido. A doutrina que trata dos conceitos jurídicos indeterminados é antiga. Na primeira década do século XX autores como W. Jellinek tratavam do assunto.⁴⁵⁴ Conceitos como “idoneidade”, “aptidão”, “ordem”, “segurança pública”, “valor histórico”, “moral pública”, sempre implicarão controvérsia, sem que isso implique a recusa de sua utilidade.⁴⁵⁵ Uma grande conquista da modernidade foi justamente o reconhecimento de que a abstração de uma noção não é critério para o não estabelecimento de seu caráter jurídico-normativo. Max WEBER peculiarizou o sistema racional formal justamente pela sua capacidade de distinguir o nível abstrato (empírico ou lógico) do nível subjetivo (emocional, mítico, etc.).⁴⁵⁶

Portanto, esta controvérsia não é nova. Apesar de alguns autores demonstrarem certa surpresa com a chamada “crise do conceito de interesse público”,

⁴⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n° 26, 1999, p. 116.

⁴⁵² COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Op. cit., p. 128.

⁴⁵³ “O interesse público, por exemplo, tem sido considerado como um conceito estritamente político (directiva político-administrativa), como um conceito discricionário por excelência, como um conceito que em certos casos poderá atribuir um poder discricionário, como um conceito que atribui uma margem de apreciação, e finalmente, como não passando de um mero conceito que, como qualquer outro, não atribui ao seu intérprete e aplicador qualquer poder discricionário ou margem de apreciação mas, antes, um poder estritamente vinculado.” Cf.: SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 20.

⁴⁵⁴ SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Op. cit., p. 19.

⁴⁵⁵ Aliás, no Direito administrativo, a adoção destes conceitos de “interpretação difícil e aplicação ainda mais complexa” aparenta ser mais abundante que em outras áreas. SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Op. cit., p. 17.

⁴⁵⁶ WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Op. cit., p. 511.

chegando a afirmar que se trata de um fenômeno contemporâneo “típico da sociedade complexa”,⁴⁵⁷ por certo que mesmo em “sociedades simples” seria muito difícil estabelecer o sentido de um interesse comum; ao menos em comunidades que pressuponham a adoção de um direito racional e de um regime democrático, pois o conceito de interesse público poderia ser claro e evidente apenas em sociedades teocráticas ou monolíticas, em que há uma auto-evidência de valores.⁴⁵⁸ Do ponto de vista epistêmico, não resultam muito distintos os debates sobre a crise do interesse público do século XXI em face daqueles da década de 50 do século XX.⁴⁵⁹

Em que pese esta conclusão, na atualidade, está crescendo uma tendência de recusa da idéia de existência da supremacia do interesse público como princípio constitucional do Estado contemporâneo. Como afirma Bandeira de MELLO, “acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a *se stante*, autônomo e desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõe o todo”.⁴⁶⁰

Todavia, esta correta advertência do autor não permite conclusões como a de que, na prática, os “interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem”.⁴⁶¹ Os indivíduos têm interesses; e é muito comum que seus interesses se contraponham a interesses de outros indivíduos, assim como todos estes interesses de todos estes indivíduos muito comumente se contrapõem ao interesse público.⁴⁶² O único entendimento possível sobre esta relação de perfeita harmonia de

⁴⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: ...** Op. cit., p. 6.

⁴⁵⁸ COLM, Gerhard. **O interesse público: chave essencial da política pública.** Op. cit., p. 126.

⁴⁵⁹ Sobre os debates da década de 1950 ver: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público.** Op. cit., passim.

⁴⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 59.

⁴⁶¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados ...** Op. cit., p. 234. Esta posição também é defendida por Héctor J. Escola. Cf.: ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 243.

⁴⁶² Como destacado por Edgar Bodenheimer “um indivíduo pode ter um interesse na redução ao mínimo de seus encargos fiscais, enquanto a realização de certas funções indispensáveis da comunidade ou do Estado (por exemplo, no campo da política econômica, da educação ou da segurança nacional) possam tornar necessário o aumento dos impostos. Um indivíduo pode ter interesse em conseguir ganhar facilmente colocando no mercado um produto de qualidade inferior, mas a comunidade está interessada em manter um nível de produção que proteja pelo menos a segurança e a saúde dos membros do público. Um indivíduo pode desejar retirar seus filhos da escola aos treze anos de idade, a fim de que possam ajudar a sustentar a família num emprego rendoso, mas a comunidade pode considerar a extensão do período de educação compulsória além dessa idade necessária para a formação de cidadãos bem informados e competentes. Um indivíduo pode ter interesse em pagar salários estandartizados a seus empregados, mas o interesse da comunidade pelo equilíbrio econômico pode exigir um reforço do poder aquisitivo

interesses defendida por autores como Paulo SCHIER ou Héctor Jorge ESCOLA seria restringi-lo à esfera do “dever ser”. Por outro lado, nesta hipótese, não seria de grande utilidade a assertiva, pois a função do ordenamento positivo é justamente a composição de interesses (isso por definição, desde o surgimento dos Estados nacionais, da unificação do poder soberano e da proibição da autotutela privada, além da submissão do soberano ao Direito).

Como não poderia deixar de ser, o direito positivo brasileiro não possui nenhuma norma (regra ou princípio) que declare a impossibilidade jurídica da desarmonia de interesses, ou mesmo que a proíba. E ainda que o fizesse, seria obra sem grande repercussão fática. Aliás, *mutatis mutandi*, o plano jurídico atua justamente porque os interesses privados e públicos em geral se contradizem, se negam e se excluem em um sem número de vezes (sendo o contrário a exceção). E na exceção, muito pouco tem a dizer o Direito, em decorrência do que não se pode concordar com a assertiva, mesmo entendendo-se (o que não parece ser o caso) que ela remeter-se-ia ao plano do “dever ser”. Em suma, no caso da esfera do “ser” a proposição seria incompatível com a realidade; no caso da esfera do “dever ser”, seria redundante, senão inútil.

Bandeira de MELLO especifica o caráter duplo da idéia republicana de interesse público como fundamento do regime jurídico administrativo, que deve ser pautado tanto pela idéia de supremacia, quanto de indisponibilidade do interesse público. Ainda, reforça a perspectiva de que não se trata da mera somatória do interesse de cada um.⁴⁶³ Romeu Felipe BACELLAR FILHO explica que se trata de uma noção abstrata, porém com assento constitucional e que se remete ao ideal de obtenção de um “bem comum”;⁴⁶⁴ ou seja, não surge do atendimento dos interesses específicos, porque estes possuem uma natural condição de potencial contradição prática. Estes autores, na realidade, seguem uma tendência típica do terceiro quartel do século XX, de valorização do interesse público como critério de identificação do Direito administrativo, porém mediante contornos distintos da construção defendida por autores da sociologia ou da ciência política.

da população.” Isso só para mencionar alguns exemplos ilustrativos. Cf.: BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Op. cit., p. 208.

⁴⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 69 et seq.

⁴⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 37.

Trata-se de uma perspectiva paralela à doutrina típica do período de ampliação interventora do Estado e que, inspirada na doutrina de Otto MAYER, focava o ato administrativo como aspecto nuclear do Direito administrativo (e a partir desta característica peculiarizava o Direito administrativo em face do Direito civil).⁴⁶⁵ Segundo Héctor Jorge ESCOLA, este seria o caso de autores como Juan Carlos Cassagne e Miguel S. Marienhoff. A doutrina predominante no período de redemocratização acabou sendo a de valorização do interesse público, seja como contrapeso aos excessos da Administração Pública, seja como meio jurídico de equilíbrio entre liberdades, direitos individuais e bem comum.⁴⁶⁶ Equilíbrio este realizado nos contornos internos da atividade administrativa, pois não há qualquer sentido em se imaginar a aplicação do princípio da supremacia do interesse público fora desta atividade, por exemplo, tomando-o como informador das atividades judicial ou legislativa.⁴⁶⁷ Não se discute que a atividade judicial controla a atividade administrativa e, no exercício da função de controle, aplica o princípio. Isso não significa que a sentença do juiz siga tal princípio como critério de decisão, até porque a judicatura pressupõe imparcialidade (ou seja, o juiz não parte do pressuposto de que sua decisão colocará em vantagem sempre um interesse público; ela apenas verifica se a decisão administrativa considerou tal princípio). Também não seria razoável supor que os legisladores partam de um dado apriorístico quando em questão debates entre interesse público e interesse privado. E isso pelo simples fato de que razões democráticas são absolutamente suficientes para eliminar qualquer espécie de critério apriorístico (desde que a decisão final não implique em inconstitucionalidade). As escolhas políticas, ao contrário das jurídicas, são livres, inclusive, para prestigiar o interesse privado na confecção de uma lei (interesse privado este que irá ser reconhecido como público, caso os legisladores assim deliberem, como representantes que são da vontade popular). O que não impede a existência de más escolhas, passíveis de serem desconstituídas pela sua inconstitucionalidade. Vício este que não poderá, todavia, ser identificado pela afronta de quaisquer princípios do artigo 37 da Constituição, inclusive o princípio da eficiência,

⁴⁶⁵ Afirma o autor: “*El régimen del derecho (Rechtsstaat) se perfecciona en virtud del acto administrativo, el cual, com su fuerza obligatoria, está ubicado dentro de las relaciones a regular entre el Estado y el súdito*”. Cf.: MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán**. 2. ed. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 125.

⁴⁶⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Op. cit., p. 11 e 13.

⁴⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?** Op. cit., p. 97.

pois estes se direcionam especificamente ao exercício da função administrativa.⁴⁶⁸

Torna-se exigível concluir a partir dos fundamentos apresentados que o princípio ora em foco trata da supremacia do “interesse” público sobre o “interesse” privado e não do “direito” público sobre o “direito” privado, ou mesmo do “interesse público” sobre o “direito subjetivo privado”. O princípio não trata, portanto, de direitos, mas de interesses, a partir de uma alocação do público em situação de preferência normativa e axiológica em face ao particular.

Preferência esta justificada, inclusive, pelo princípio da felicidade, que é típico e necessário ao caráter republicano do Estado democrático de Direito constituído na modernidade e, particularmente, no Brasil. Esta razão, por si só, é suficiente para a não contemplação de qualquer critério análogo à subsidiariedade do Poder Público como um efetivo princípio jurídico de atribuição horizontal de competências. O princípio da supremacia do interesse público, nos termos em que dispõe o sistema constitucional brasileiro, possui forte caráter contestatório de uma atuação do Estado de caráter meramente acessória ou desprestigiada – trata-se de uma manifestação clara da alocação ao Estado do dever primordial de promoção dos objetivos republicanos do artigo 3º da Constituição de 1988.

III

A falácia da contraposição à supremacia do interesse público como princípio do Direito Administrativo

Esta tendência de negação da supremacia do interesse público pode ser inserida na mentalidade anti-estatista contemporânea. As constantes postulações de revisão das bases do Direito administrativo construído a partir da configuração do modelo de Estado de bem-estar propugnam por uma mudança de paradigma. Não é possível ignorar uma mentalidade de fuga para o Direito privado⁴⁶⁹ (incentivada por uma ideologia de mesmo sentido). Mesmo assim, e ainda que de forma aparentemente paradoxal, o Direito administrativo está cada vez mais amplificado, em face do

⁴⁶⁸ E quanto a esta conclusão, discorda-se de Fábio M. Osório. Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?** Op. cit., p. 97.

⁴⁶⁹ Sobre o assunto ver: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado ...** Op. cit., passim.

crescente incremento material das relações sob sua influência. As idéias e práticas neoliberais típicas da década de 90, e que vêm se reinventando, têm como ponto nuclear a proposta de flexibilização do regime jurídico administrativo a partir de uma postura reducionista com relação aos fins do Estado. A crítica ao princípio da supremacia do interesse público é fruto (dogmático, ideológico ou mental), seja de forma consciente ou não, desta tendência que vem sendo compartilhada por vários autores do Direito público contemporâneo, ainda que nem sempre com os mesmos fundamentos.⁴⁷⁰

São vários os argumentos apresentados para a defesa da “desconstrução do princípio da supremacia do interesse público”. Humberto ÁVILA parece oferecer a base desta possibilidade de entendimento ao incorporar a classificação distintiva entre “princípios” e “postulados”. Para o autor os postulados normativos seriam apenas a “condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”.⁴⁷¹ Já os princípios, normas que são, consistiriam em razões *prima facie* para decidir, além de servir como fundamento e aplicação do Direito. Deles decorrem normas de conduta, além de valores e fins. Os princípios permitiriam a ponderação entre si, sendo que “a solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual”, ou seja, a relação de prevalência ocorre no caso concreto.⁴⁷²

Mas é importante considerar que ÁVILA contesta tanto a possibilidade de que a supremacia seja um princípio quanto seja um postulado, em razão do que a distinção torna-se relevante apenas para propiciar as conclusões de sua argumentação. O autor afirma que, da forma como considerada, a supremacia não seria um princípio na medida em que não admite ponderação nem concretização gradual; as suas possibilidades de concretização consistiriam em exceções e não graus, considerando que a prevalência é sua única possibilidade.⁴⁷³ Nesta mesma linha de raciocínio, Gustavo BINENBOJM elabora a estranha afirmação de que “um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma

⁴⁷⁰ É o caso de Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier. Cf.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados ...** Op. cit., passim. E também de Patrícia Baptista. Cf.: BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁷¹ Desse modo, existiriam os postulados da coerência, da integridade, da reflexão, da razoabilidade, da proporcionalidade, etc. Cf.: ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. Op. cit., p. 178.

⁴⁷² ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. Op. cit., p. 181.

⁴⁷³ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. Op. cit., p. 183.

tautologia”.⁴⁷⁴ Não é preciso se alongar na impropriedade formal da própria colocação, pois não resulta nada atípico que um princípio “afirme que seja aquilo que é”, pois ele é um *a priori*, um pressuposto. Imaginar a ocorrência de um princípio que seja condicional nos seus próprios termos é um inaceitável silogismo. Seria difícil afastar tais teorias deste problema.

Claro que, em termos de conteúdo, é possível discordar do princípio de que exista uma supremacia (o que os autores também fazem), mas não há qualquer sentido ser sugerido um equívoco lógico no fato de que o princípio se auto-afirma; ou seja, de que o princípio da supremacia do interesse público propõe que “algo que deve prevalecer deve *sempre* prevalecer”.⁴⁷⁵ Por certo que o princípio da legalidade ao afirmar que a lei deve ser cumprida, prescreve que ela deve ser cumprida sempre; o princípio da publicidade, ao afirmar que o ato administrativo deve ser público, propõe que ele deve ser público sempre. Isso, por princípio (o que não afasta a potencial possibilidade de existência da cláusula hartiana “a menos que...”).⁴⁷⁶ Assim sendo, o fato do princípio estabelecer este pressuposto não indica que ele sempre será aplicado, pois a realidade não admite decisões com base em apenas um pressuposto. Isso significa que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é um critério exclusivo de decisão, assim como o da legalidade, o da publicidade ou da impessoalidade também não são.

Estas colocações indicam que a adoção de um *a priori* apenas fornece um “ponto de partida” preferencial. Não é adequado atribuir um conteúdo dogmatista ao próprio conceito de “princípio”. E, ainda, discorda-se da proposição de que “uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata”.⁴⁷⁷ Veja-se dessa forma: no momento em que se afirma que a Administração Pública, por exemplo, tem que “agir publicamente”, isso significa que, segundo o princípio, ou seja, *a priori*, a Administração Pública deve agir sempre publicamente. Porém não há problema algum em que a este princípio atribua-se um

⁴⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade ...** Op. cit., p. 167.

⁴⁷⁵ Aqui cabe uma elucidação. A contestação do argumento do autor parte do pressuposto que ele quis se referir apenas à esfera normativa do princípio, apesar da redação literal sugerir que ele também esteja tratando da esfera positiva. De todo modo, não se ignora o fato (e nem o princípio defende a idéia) de que muitas vezes, no plano do ser, a supremacia não ocorrerá, pois o conteúdo do princípio não se confunde com sua esfera de aplicabilidade ou efetividade.

⁴⁷⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Op. cit., p. 153.

⁴⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. Op. cit., p. 202.

sentido prático relativo como, aliás, indicam geralmente as metodologias jurídica e constitucional contemporâneas. Ou seja, a título de argumentação não se nega que seja possível atribuir ao princípio um caráter externo absoluto, a despeito de ser uma proposição facilmente contestável. Portanto, o conteúdo da noção princípio só é axiomático internamente, sofrendo a incidência de outros elementos conformadores a partir das práticas vividas. Assim é que se torna adequado afirmar uma possibilidade de ponderação que pode até mesmo concluir pela prevalência, no caso concreto, do sigilo ao invés da publicidade, quando de um ato administrativo. Mas o fato é que nem por isso a intimidade passa a fazer parte da ontologia da publicidade (a não ser como seu oposto - a sua "falta"); e mais: nem por isso foi destruída a "regra geral", o pressuposto, a obrigação *prima facie*, de que a Administração Pública tem que agir sempre publicamente.

O argumento contra-principiológico parece decorrer de certa confusão teórica entre a supremacia como conteúdo definitório do princípio (situação interna) e o seu momento externo. Ou seja, imbrica-se de forma equivocada o aspecto ontológico com o normativo. Seguramente não pode ser ignorado, nem contestado, que há casos de decisão jurídica em que o resultado indicará a não incidência de supremacia do interesse público. Fato este que não significa a sua inexistência como *a priori*. O elemento a adquirir supremacia é o "*interesse público*"; não é o "*princípio da supremacia do interesse público*" que detém supremacia, como alguns autores têm asseverado.

Uma ilustração paradoxal deste equívoco é a proposição levada a efeito por Paulo SCHIER quando defende a existência de um "princípio material do interesse público", segundo o qual o elemento de ponderação deveria ser o próprio "interesse público" e não a sua "supremacia".⁴⁷⁸ A princípio se está de acordo, em que pese a possível discussão semântica. Entretanto, se melhor analisado, o argumento denota-se incongruente. Se fosse como propõe o autor, por uma questão lógica, não deveria haver qualquer conteúdo apriorístico - o interesse público e o interesse privado estariam em situação de igualdade de preferência. Por inferência, aceitar o argumento de Schier implicaria admitir, por exemplo, que o Estado deveria seguir tanto o princípio da legalidade, quanto o da autonomia, pois ambos devem ser ponderados na situação concreta; ou ainda, que existiria tanto o princípio da publicidade dos atos

⁴⁷⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 242.

administrativos, quanto o do sigilo dos atos administrativos; ou que haveria tanto o princípio da impessoalidade quanto o da pessoalidade, pois em algumas situações, a decisão pode pautar-se por um ou por outro (o que efetivamente é possível de ocorrer na situação concreta). Sabe-se que não é assim, pois um princípio da legalidade que não afirmasse sua preferência, um princípio da publicidade que não afirmasse sua preferência e um princípio da impessoalidade que não afirmasse a sua preferência, não seria um princípio. Então, um princípio da supremacia do interesse público que não afirme a preferência do interesse público, não é princípio (e isso por uma questão ontológica imediata, antes mesmo da normativa).

Conseqüência inerente a este raciocínio é também a impossibilidade de existir alguma posição de igualdade entre o princípio da supremacia do interesse público e a defesa dos interesses privados. Um dos argumentos principais de negação da natureza de princípio da supremacia do interesse público reporta-se à idéia de que nem sempre o interesse público prepondera sobre privado. Por conseqüência, acabam os críticos defendendo a idéia de que os interesses públicos e privados alocam-se em igual nível de hierarquia normativa e axiológica.⁴⁷⁹ Por certo que não se discorda do fato inexorável de que nem sempre o interesse público prepondera sobre o interesse privado. Todavia, existem condições muito específicas para que isso aconteça e, ademais, nem por isso o caso deixará de ser uma exceção à regra geral, ou seja, ao princípio. Autores como Patrícia BAPTISTA, ao defenderem a inexistência de um princípio de supremacia (ainda que sob os auspícios da proposição de um dever inerente ao princípio da proporcionalidade que corresponderia à “máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento e como fim da atividade administrativa”) acabam negando a idéia central do Direito administrativo, que é ser um regime de prerrogativas e sujeições especiais;⁴⁸⁰ ou seja, conforme bem coloca Jean RIVERO não é por mera liberalidade do poder que a relação administrativa é especial e derogatória do Direito comum: “à diferença dos fins corresponde uma diferença dos meios”.⁴⁸¹

Assim como Patrícia BAPTISTA, Daniel SARMENTO e Gustavo BINENBOJM afirmam textualmente que o princípio da supremacia não é compatível

⁴⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**; e, SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 171-215 e p. 217-245, respectivamente.

⁴⁸⁰ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Op. cit., p. 204.

⁴⁸¹ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 15.

com o da proporcionalidade.⁴⁸² Advertem, então, que deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia do interesse público que “desobrigue o Estado de agir moderadamente, e de observar o princípio da proporcionalidade”.⁴⁸³ A frase citada está tão correta quanto é um senso comum do jus-publicismo nacional. Poderia, inclusive, ser continuada em termos mais específicos: “e também deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia que possibilite o Estado torturar, ameaçar e constranger os indivíduos”. A grande dificuldade será encontrar quem, atualmente, defenda o contrário (mesmo dentre aqueles menos afetos ao regime democrático).

Em suma, uma visão do princípio da supremacia que possibilitasse ao Estado agir de forma desproporcional só é válida num regime ditatorial, obviamente. Como há algum tempo foi estabelecido um regime democrático no Brasil, tais afirmações acabam sendo em larga medida meramente retóricas ou anacrônicas. Isso não significa que o Estado deixe de atuar, a todo instante, de forma desproporcional. Assim como o Estado brasileiro infelizmente continua a torturar, a ameaçar e a constranger indivíduos por intermédio de agentes que corrompem de forma inaceitável o exercício da função pública.

Muitas críticas ao interesse público decorrem de um erro a respeito do seu entendimento. Um dos exemplos oferecidos por SARMENTO dos problemas gerados pela supremacia do interesse público é tão paradoxal quanto equivocado. Afirma o autor que pode perfeitamente o Estado colocar um quebra-molas numa rodovia com o objetivo de reduzir a velocidade dos veículos e prevenir atropelamentos (situação em que o interesse privado do motorista, naturalmente, não pode prevalecer ao interesse público, pois não existe qualquer espécie de direito que lhe proteja); no entanto, caso o Estado colocasse uma quantidade exagerada de quebra-molas, para além do necessário e prejudicando o trânsito, então o interesse público não deveria prevalecer por estar afrontando a proporcionalidade (esta é a conclusão do autor).⁴⁸⁴

A pergunta que fica é: “*onde está o interesse público de se colocar uma quantidade exagerada de quebra-molas a ponto de prejudicar o trânsito?*” Será que realmente o

⁴⁸² SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. Op. cit., passim; BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade ...** Op. cit., p. 99 e 138, respectivamente.

⁴⁸³ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. Op. cit., p. 111.

⁴⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. Op. cit., p. 110.

caso fornece um exemplo de aplicação da proporcionalidade? Parece que não, pois o abuso de poder se dá tanto por desvio de finalidade, quanto por excesso, segundo a clássica, tradicional e corriqueira doutrina do Direito administrativo. E não há interesse público em caso de abuso, mas sim uma patologia passível de nulificação.⁴⁸⁵ Não há novidade alguma neste raciocínio em termos da teoria do Direito constitucional ou administrativo. Héctor Jorge ESCOLA, por exemplo, tratou especificamente do assunto quando implicou a própria existência do interesse público aos deveres de razoabilidade, boa-fé e proibição do excesso.⁴⁸⁶ Mas as teorias inerentes ao controle do excesso são muito mais antigas, datando do final do século XIX e início do XX, na França, na Itália e na Alemanha.⁴⁸⁷ Do ponto de vista interno ao assunto, referir-se à necessidade de proporcionalidade acaba sendo no máximo uma “nova retórica”, sem qualquer significativa incrementação em termos de substância jurídica.

O simples fato de o princípio da supremacia ser usado como argumento (ou álibi) de certos atos arbitrários não significa de modo algum a deturpação de sua essência ou sua força ética e normativa. O problema não é do princípio, mas de sua aplicação prática.⁴⁸⁸ Se os operadores do Direito fossem romper com cada princípio, regra ou direito mal utilizado ou cujo sentido foi desviado no Brasil, muito rapidamente decorreria uma anomia jurídica. A grande questão que se coloca na práxis jurídico-política contemporânea é saber o motivo pelo qual, apesar da realidade acima indicada, ninguém demonstra preocupar-se com os demais conceitos e princípios que também possibilitam a sua má utilização pelos agentes públicos. Não é a mesma a preocupação doutrinária com o princípio da publicidade, por exemplo; é como se ele fosse muito menos “maléfico” que o da supremacia do interesse público. Parte

⁴⁸⁵ Conforme destaca Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “No excesso, respeitada a finalidade, o querer administrativo vai além do que o previsto, resultando em autoritarismo ou arbítrio na atuação”. Cf.: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 211.

⁴⁸⁶ Em resumo assim aduziu o autor: “*la adecuada aplicación de la teoría del interés público sirve para garantizar la corrección integral de los actos de la administración, en una esfera tan proclive a los excesos, como es la que se refiere al ejercicio del poder discrecional, poder que debe ser reconocido como necesario y conveniente, cuando concurre a posibilitar tales fines de interés público, y que debe ser invalidado cuando, so color de tal discrecionalidad, se dirige a pretender finalidades que no son de interés público, o que no guardan una razonable relación con este.*” Cf.: ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Op. cit., p. 62.

⁴⁸⁷ Um verticalizado exame do assunto (um dos mais precoces do Direito administrativo típico do século XX), com indicação de farta doutrina, pode ser encontrado no Curso de Zanobini. Cf.: ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giufrè, v. 1, 1936.

⁴⁸⁸ Como bem salienta a professora Alice Gonzalez Borges. Cf.: BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, n° 01, abr./jun., 2003, p. 57.

considerável da doutrina jurídica, da imprensa, das instituições empresariais e da comunidade em geral tem fortes receios quanto ao interesse público, mas é bastante condescendente com outros princípios e conceitos (o que é correto, pois a culpa não é dos conceitos nem dos princípios, mas dos atos indevidos neles alegadamente baseados).

Mas resta a pergunta: por que no caso do interesse público não há esta condescendência? A resposta não é simples, embora evidencie a própria história cultural nacional inserida em um peculiar momento. Ou seja, a confusão entre a esfera do ser e a do dever ser é uma decorrência de três fatores: 1. a existência de uma tradição autoritária e personalista no país; 2. a recorrência de casos de atuação dos agentes públicos de forma ineficiente ou imbuídos de má-fé; 3. a presença contemporânea de uma mentalidade pós-moderna que exalta as vantagens do liberalismo e da valorização dos interesses particulares (em geral hedonistas) do indivíduo.

Na realidade, a “argumentação desconstrutiva” padece de um problema metodológico grave, pois ignora o caráter de “derrotabilidade” do sistema jurídico. O termo é de Herbert L. A. HART (*defeasibility*), e tem como característica retratar a “*cualidad de ciertos enunciados condicionales, en los cuales su antecedente es sólo condición contribuyente del consecuente*”.⁴⁸⁹ Neil MACCORMICK explica que se o Direito “tem a função de regular a coexistência social a serviço de certos objetivos e valores que são independentes da atividade de regulação”, portanto, as regras que sejam estabelecidas por tais agentes jurídicos “são sempre excepcionáveis (*defeasible*) em vista da melhor persecução desses objetivos e valores”.⁴⁹⁰ Ou seja, como reconhece Romeu Felipe BACELLAR FILHO, há um caráter aberto tanto do sistema constitucional-administrativo como um todo (incompletude/caráter fragmentário), quanto dos princípios, que exigiriam “um processo de densificação mais intenso e, logicamente, um maior comprometimento do intérprete para que não incida em arbitrariedade”.⁴⁹¹ Mas é preciso reforçar: a arbitrariedade, no caso, resultaria da ação do intérprete e não do princípio normativo.

⁴⁸⁹ RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 355.

⁴⁹⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 326.

⁴⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo; Max Limonad, 2003, p. 143.

De acordo com a teorização de HART já enunciada na década de 60, esta textura aberta se aplicaria inclusive e particularmente às regras, o que afasta a possibilidade de uma interpretação formalista: “uma regra que termina com a expressão ‘a menos que...’ é ainda uma regra”. Na realidade, aponta o autor que as regras podem admitir uma razão adequada para não serem cumpridas (ou seja, carregam uma potencial exceção implícita).⁴⁹² Para Juan Carlos BAYÓN, esta conclusão estabelece como característica essencial do Direito a indeterminação, pois os conceitos jurídicos requerem um método de elucidação especial, sendo impossível o estabelecimento *a priori* de uma lista de condições necessárias e suficientes à sua aplicação.⁴⁹³ Os princípios, pelo seu grau de generalidade e abstração, intensificam esta característica, pois de forma contundente somente oferecem certa possibilidade de conduta nas suas condições de aplicação, mesmo diante de casos que correspondem à exata descrição normativa. Sendo assim, a recusa do caráter de princípio à supremacia do interesse público aparenta decorrer, ainda que inadvertidamente, da ausência de reconhecimento do caráter não-monotônico do sistema jurídico.⁴⁹⁴

BAYÓN esclarece que a derrotabilidade é baseada na tomada em consideração do fato de que há uma potencial incompletude nos fundamentos de uma decisão. No momento em que se obtém uma resposta jurídica está presente uma quantidade de dados tanto de Direito quando de fato que conduzem a uma “inabarcabilidade da descrição”. Conforme afirma o autor, “nossas crenças são sempre derrotáveis”, ou seja, o que está em jogo nesta situação não é a verdade, mas uma “crença justificada”. Adverte-se que esta circunstância de derrotabilidade não pode ser confundida com alguma espécie de “falibilidade” do sistema, pelo contrário, pois a premissa original continua sendo verdadeira.⁴⁹⁵ Quando se observa que o princípio da supremacia do interesse público não fornece condição objetiva de colocar-se juridicamente em uma situação de preferência ao interesse privado isso apenas significa que ele, naquela circunstância específica e ocasional, foi derrotado. Destarte, a exceção

⁴⁹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 153.

⁴⁹³ É preciso ressaltar que o autor, na trilha de Hart, afirma que nem todas as regras são derrotáveis, havendo no sistema jurídico normas inderrotáveis, segundo sua natureza. BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. In: _____; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 163.

⁴⁹⁴ BAYÓN, Juan Carlos. *Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* In: _____; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 264.

⁴⁹⁵ BAYÓN, Juan Carlos. **Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?** Op. cit., p. 284.

faz parte da norma da mesma maneira que as condições positivas de sua realização a partir do critério de preferência adotado; e parece ser este o fato que não é compreendido pelos teóricos que refutam a supremacia do interesse público como princípio.

A derrotabilidade pode ser intra-sistemática ou intersistemática. A primeira implica a condição de uma norma de ser “vencível” em função de outra de hierarquia superior que estabeleça uma exceção. As normas excepcionantes são sempre superiores devido à regra de prevalência sobre as excepcionadas, ainda que a hierarquização se estabeleça apenas no plano axiológico. A segunda congrega as variações do contexto fático, ou seja, uma norma pode ser “vencível” na medida em que sua aplicação ao caso seja só aparente, pois há outra que de forma mais razoável deve prevalecer.⁴⁹⁶ No entendimento de MACCORMICK isso significa que quando se está diante da *defeasibility* implícita não é a lei, e nem mesmo um possível precedente, que está sendo excepcionado em alusão aos respectivos direitos. “O que está sendo excepcionado (*defeated*) à luz do princípio é um pleito baseado na formulação ou interpretação particular da regra.”⁴⁹⁷

O princípio da supremacia do interesse público, por ser princípio, estipula um condicionante *a priori* estabelecido, mas que não traduz como, aliás, ocorre com todos os demais princípios, um caráter invencível. Dependendo do critério de preferência adotado pelo sistema, é possível imaginar a prevalência de um interesse privado sobre o público. Não obstante esta proposição exigir um pressuposto mínimo excepcional, que é justamente a correspondência do interesse privado a um direito do particular (que muitas vezes pode ser ligado a outro princípio focado no interesse privado). Além do que, o resultado hermenêutico de uma situação como esta depende da concepção jurídica que irá incidir no caso segundo o intérprete que analisará o pleito, tanto em nível administrativo quanto judicial. O fato é que “qualquer coisa pleiteada pode também ser refutada, mesmo que a refutação não mereça ser bem-sucedida, e possa, de fato, falhar”. Afinal, “a decisão mais cuidadosamente construída e a mais elegante justificação” podem ser simplesmente ineptas em razão do que exigirão uma reformulação da tese original ou “uma nova e talvez radical exceção a ela”. Em nenhum destes casos há motivo razoável para se supor que está negada a regra ou

⁴⁹⁶ RODRÍGUEZ, Jorge L. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Op. cit., p. 383.

⁴⁹⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Op. cit., p. 327.

pressuposto geral (universal). Como conclui MACCORMICK “universais excepcionáveis são, contudo, ainda universais”.⁴⁹⁸

Considerando os princípios como normas de qualidade distinta das regras, não é possível estabelecer relações absolutas de precedência. Na interação dos princípios “modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro”.⁴⁹⁹ Destaca LARENZ que “o jogo concertado dos princípios significa que, no conjunto de uma regulação, não só se complementam, mas também se restringem reciprocamente.”⁵⁰⁰ O reconhecimento da derrotabilidade produz a constatação de que as normas jurídicas estão sujeitas a “exceções implícitas” que não podem ser identificadas antecipadamente, mesmo genericamente.⁵⁰¹ O que não significa que também não possam existir exceções expressas ao princípio e nem que inexistam conflitos reais exteriores entre os princípios, em que um prevaleça em detrimento do outro. Este raciocínio possibilita que sejam colocados os fundamentos nos seus corretos eixos.

Quando Paulo SCHIER menciona exemplos constitucionais de supremacia do interesse público sobre o privado,⁵⁰² como o do artigo 5º, inciso XXV (requisição administrativa),⁵⁰³ não ocorre um caso denotativo do princípio da supremacia do interesse público sobre um mero “interesse privado”. Trata-se de exemplo do estabelecimento formal de uma exceção constitucional que permite que o interesse público se sobreponha a “direito individual”. A exemplificação do autor se reporta à exceção, não à regra. Deve-se notar que é uma pressuposição faticamente exagerada imaginar que o interesse privado corresponderá necessariamente à inação do Estado no caso de iminente perigo público (para se referir ao exemplo do autor: o instituto da requisição). É perfeitamente possível que seja do interesse do particular o controle deste perigo e a respectiva intervenção do Poder Público. Entretanto, se é do interesse privado ou não, isso é irrelevante, pois o fato é que o “direito do particular” estará obrigatoriamente flexibilizado. E é totalmente diferente relativizar direitos e

⁴⁹⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Op. cit., p. 328.

⁴⁹⁹ Raciocínio este há muito reconhecido por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. Op. cit., p. 149.

⁵⁰⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Op. cit., p. 581.

⁵⁰¹ BAYÓN, Juan Carlos. **Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?** Op. cit., p. 295.

⁵⁰² SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 218.

⁵⁰³ Artigo 5º, XXV da CF: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

interesses. O ordenamento e o agente público não têm como saber, *a priori*, qual será o interesse privado do proprietário. Mas o status de proprietário ou possuidor e a existência do seu direito à propriedade pré-existem e serão, indiscutivelmente, flexibilizados no caso de uma requisição, ainda que, por hipótese, o proprietário ou possuidor tenha todo o interesse em ser requisitado (por exemplo, porque no caso concreto sua perda poderia resultar num futuro direito de reparação - o que poderia lhe interessar mais do que a propriedade então requisitada).

Assim é que o princípio da supremacia do interesse público precisa ser entendido como o resultado de sua interação com outros princípios e outras regras, sem que com isso seja esquecida a relação de prioridade típica do ponto de partida da decisão. Torna-se despicienda, portanto, a ressalva de que o interesse público, para que se coloque como superior ao privado, precisa de uma norma constitucional ou infraconstitucional que assim autorize.⁵⁰⁴ A colocação é redundante, pois em todo e qualquer caso que o Estado atue faz-se necessária uma disposição de caráter prévio e positivo no ordenamento, conforme a clássica máxima de que ao particular é dado fazer tudo aquilo que a lei não proibir e ao Estado é dado fazer apenas o que a lei prever (ressalvando-se, é claro, a necessidade de adaptação do tradicional sentido estático de “lei”, que atualmente deve estar ligado à idéia dinâmica de “Direito”, ou seja, à juridicidade).⁵⁰⁵

O interesse público dotado de supremacia, por força de seu regime peculiar, independe da titularização de qualquer direito subjetivo a ele vinculado para prevalecer. A grande questão é que a supremacia do interesse público fundamenta-se diretamente no Direito objetivo. Quando o interesse público manifesta-se fora do regime jurídico de Direito público, então ele está em situação de equivalência ao particular. Neste caso, o ambiente é o regime jurídico de Direito privado e o interesse público para prevalecer dependerá da existência de um específico direito subjetivo a ele correspondente. Direito subjetivo este que será considerado junto ao Direito objetivo em igualdade de condições com os direitos subjetivos do particular a partir de um sistema, aí sim, de ponderação.

⁵⁰⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 217-245.

⁵⁰⁵ Como defende no Direito brasileiro de forma ímpar a professora Cármen Lúcia Antunes Rocha. Cf.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. No Direito estrangeiro é recorrente a doutrina de Eduardo S. Kloss. Cf.: KLOSS, Eduardo Soto. **El principio de juridicidad**. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.

IV

O princípio da supremacia do interesse público: entre direitos e interesses

Há um importante engano na fundamentação que propõe a inexistência da supremacia como princípio; engano este decorrente de sua confusão entre direitos e interesses. De início, é preciso destacar que, aparentemente, Daniel SARMENTO, mesmo defendendo só de forma parcial esta interpretação, faz a seguinte constatação: “ocorre que nem todo interesse particular pode ser qualificado como direito fundamental”.⁵⁰⁶ A colocação a princípio correta, e até mesmo trivial, retrata uma interessante inversão dos fatos. O correto seria afirmar: “ocorre que *apenas* alguns interesses privados podem ser qualificados como direito fundamental”. E mais: “ocorre que apenas alguns interesses privados podem ser qualificados mesmo como *simples* direitos”. Os interesses privados derivam das necessidades humanas; sendo as necessidades ilimitadas, são ilimitados os interesses.⁵⁰⁷ Todavia, os recursos para atendimento destes interesses são escassos. E os direitos, na realidade, referem-se ao atendimento das necessidades; ou seja, aos recursos, e não aos interesses.

Na correta definição de Hans J. WOLFF, Otto BACHOF e Rolf STOBER o interesse existe quando “um determinado objecto (espiritual ou material) é relevante de qualquer forma para um sujeito e é, por ele próprio ou por outro apreciador, directamente sentido, racionalmente presumido ou reconhecido como valioso (útil, proveitoso, válido) para o ser do sujeito interessado”. No entanto, é preciso discordar dos autores quando, ao lado deste conceito subjetivo de interesse (que parece ser o único adequado do ponto de vista ontológico), admitem um conceito fundado na existência de um “verdadeiro interesse objetivamente determinável” e que seria independente do aspecto material.⁵⁰⁸ Tal definição somente seria possível de ser imaginada se correspondente a um “interesse jurídico” propriamente dito. Ocorre que o interesse difere do direito, entre outros motivos, justamente porque não possui um dever a ele correspondente, escapando da natureza deôntica típica da normatividade

⁵⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. Op. cit., p. 111.

⁵⁰⁷ Necessidades que decorrem do desejo e não da “situação real” do sujeito. Segundo o clássico trabalho de Alberto Baltra Cortes sobre o assunto: “*la necesidad tiene un carácter eminentemente subjetivo, porque depende de causas que se encuentran en el sujeto mismo que siente el deseo, que sufre la necesidad*”. Cf.: CORTES, Alberto Baltra. **Teoria económica**. Santiago do Chile: Andres Nello, 1968, p. 31.

⁵⁰⁸ WOLFF, Hans; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**. 11. ed. Tradução de António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 1, 1999, p. 425.

jurídica. Maria Helena DINIZ vai mais adiante e aponta que o direito subjetivo nem mesmo se confunde com a noção de “interesse juridicamente protegido”, pois, por um lado, existem interesses protegidos pela lei que não consistem em direitos subjetivos e, por outro, há hipóteses de direitos subjetivos que podem não corresponder a interesse algum do seu titular.⁵⁰⁹ Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO explica que o direito subjetivo refere-se a uma “tutela jurisdicional para proteger faculdades determinadas e precisas, asseguradas ao sujeito por participar de uma relação jurídica específica e que representam uma vantagem (usualmente patrimonial) em seu benefício”. O interesse jurídico independe de qualquer relação jurídica específica entre as partes ou de vantagem auferível diretamente pelo sujeito.⁵¹⁰ Esta distinção, embora de todo pertinente, merece somente uma ressalva. A partir do surgimento da idéia de garantia dos “direitos públicos subjetivos”, sobrou pouco espaço para a existência de um “interesse juridicamente protegido” que não implique titularidade subjetiva alguma (pois, no mínimo, a sociedade seria a titular de tais interesses e poderia cobrar do Estado a sua proteção). A não ser que ao conceito de interesse jurídico protegido seja atribuído conteúdo diverso, tal como faz Rodolfo de Camargo MANCUSO ao retratá-lo como uma proteção estatal de menos intensidade que ao direito subjetivo. Neste caso haveria uma proteção reflexa, dependente da existência de uma efetiva relação jurídica entre as partes. Seriam como direitos imperfeitos (tal como ocorre nos casos de mera expectativa de direito).⁵¹¹ De todo modo, independentemente das variações conceituais, o mais importante é a conclusão compartilhada pelos autores de que não se pode equivaler direito com interesse, nem mesmo com interesse jurídico.

Mesmo antes da diferenciação entre direitos e interesses seria preciso ressaltar uma distinção que vem sendo ignorada pelo “pensamento crítico da supremacia”. Conforme Ernest S. GRIFFITH, “o conceito de interesse público leva inexoravelmente à busca de critérios de bem-estar geral e este exige valores”.⁵¹² A implicação de valores constitucionais é, portanto, uma exigência não uma possibilidade. Esta premissa entende o interesse público como uma matéria de consequência (caráter objetivo) e não de intenção (caráter subjetivo). E nesse sentido,

⁵⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249.

⁵¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 757.

⁵¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 55.

⁵¹² GRIFFITH, Ernest. **Os fundamentos éticos do interesse público**. Op. cit., p. 28.

surge de forma distinta do interesse privado e, como se verá adiante, também do “interesse público secundário”. Não é possível concordar, portanto, com Héctor Jorge ESCOLA, quando o autor assevera que o interesse público e o interesse privado não possuem uma distinção ontológica ou qualitativa, mas apenas quantitativa.⁵¹³ É totalmente pertinente a crítica que Marçal JUSTEN FILHO tece em relação a esta posição: um interesse privado torna-se público por uma questão ética relacionada a valores e princípios fundamentais – nesse sentido, diferenciando-se sim, por questões qualitativas, e não somente quantitativas, do interesse privado.⁵¹⁴

Vista a questão por outro ângulo pode-se dizer que a noção “interesse” contida na expressão “interesse público” não equivale à noção “interesse” contida na expressão “interesse privado”. A discrepância não se dá apenas no adjetivo; ela está contida no próprio substantivo, quando este é adjetivado.⁵¹⁵ Como bem destaca Alf ROSS a palavra “interesse” tomada em um sentido específico significa uma ação que decorre da pré-existência de uma necessidade pessoal. Contrapõe-se, portanto, às atitudes que se baseiam em sugestões (de caráter moral).⁵¹⁶ Sendo assim, o interesse surge no exato momento em que o ser humano passa a ter consciência do objeto que possui a condição de satisfação de uma de suas necessidades.

O problema da análise de Alf ROSS consiste apenas na vinculação da sua noção de interesse a uma ação orientada no sentido de obtenção do objeto de satisfação da necessidade, pois nada indica que, obrigatoriamente, um sujeito consciente do meio de sua satisfação efetivamente atue no sentido de obtê-lo. Seguramente, o melhor entendimento do interesse deve ser localizado em um momento anterior ao da ação, que se refere justamente à compreensão e decisão sobre o objeto, havendo ação

⁵¹³ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Op. cit., p. 242.

⁵¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. Op. cit., p. 124.

⁵¹⁵ Poderia ser assim ilustrada a situação: um sujeito menciona a palavra “janela”; outro sujeito menciona, igualmente, a palavra “janela”. Não há diferença, pois se trata do mesmo substantivo ou objeto. Contudo, se o primeiro acrescenta um adjetivo, mencionando uma “janela azul”, enquanto o outro age de forma idêntica, mencionando uma “janela amarela”, então agora há dois objetos distintos pela sua específica qualidade: a cor. E pode se tomado outro caso: dois sujeitos mencionam a palavra “manga”; não há, até este momento, qualquer diferença. Todavia, logo após o primeiro reporta-se a uma “manga curta”, enquanto o outro trata de uma “manga saborosa”. Neste caso, novamente surgem dois objetos distintos, todavia, a diferença não se restringe somente ao adjetivo, pois interfere no próprio substantivo. Enquanto a janela é uma janela seja azul ou amarela; a manga não é a mesma sendo curta (pois se refere a uma camisa) e sendo saborosa (pois se refere à fruta). Esta analogia com os homônimos ilustra bem a possibilidade que um adjetivo tem de alterar a própria natureza do substantivo, como ocorre com o interesse público e o interesse privado.

⁵¹⁶ O autor elabora esta classificação estabelecendo como “atitudes morais” aquelas que “são inseridas nas pessoas como decorrência da persuasão sugestiva de seu meio”. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Op. cit., p. 409.

correspondente ou não. Mesmo assim, a classificação do autor é útil ao entendimento da distinção ora referida. Existem interesses individuais e coletivos, mas é importante destacar que nas duas formas eles sempre são experimentados por pessoas. Quanto aos interesses comuns, eles podem decorrer de duas situações distintas: a) há uma “situação fática de solidariedade” quando dois ou mais sujeitos possuem interesses egoísticos independentes, porém conexos, o que os coloca em uma situação de consonância; b) há uma “situação de solidariedade emocional” quando, para além de uma mera coincidência de interesses, há um vínculo subjetivo, fazendo com que surja uma consciência de grupo (os sujeitos sentem como se estivessem agindo não em função de cada um, mas do todo, de forma que não é possível identificar o interesse como pertencente a apenas um indivíduo – há uma co-subjetividade de interesses). Na sociedade, o limite entre estes dois interesses é fluido, sendo relevante destacar que o interesse “comunitário” não retrata apenas o reconhecimento de um fato, mas também de certo caráter normativo na busca de um “sentimento comunitário”.⁵¹⁷

E se o interesse público não se identifica com o interesse particular dos indivíduos, é ainda mais certo que o interesse público primário não se confunde com o interesse do Estado ou dos governantes; confusão que talvez ocorra com certa frequência. Mas a teoria administrativista, seguindo tradicional pensamento de Renato ALESSI, reconhece a existência de um interesse público secundário, que configura o interesse jurídico das pessoas de direito público e possui caráter meramente instrumental (não podendo, portanto, contrariar o interesse público primário, cujo caráter é finalístico e substancial). O personalismo típico do interesse secundário, titularizado pelas pessoas estatais detentoras de personalidade jurídica, exige que neste caso a Administração se utilize do regime jurídico de Direito privado. Caso em que não se faz presente a prerrogativa de supremacia, que é uma exclusividade do regime jurídico de Direito público.⁵¹⁸

Apesar desta conclusão, parte da doutrina contemporânea entende que a distinção entre o “interesse público primário” e o “interesse público secundário” não mais subsiste, pois o interesse público seria um só. De pronto é preciso destacar que não é exatamente assim. Deve-se ter muita cautela na tratativa indistinta, pois podem ser cometidos equívocos quando de alguma precipitação. Ontologicamente o interesse

⁵¹⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Op. cit., p. 413.

⁵¹⁸ ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949, p. 181 et seq.

público secundário não é um interesse coletivo, mas sim individual, em razão do que o uso desta nomenclatura é apenas metodológico, o que não desconstitui a sua importância. Alf ROSS sugere que estes “interesses individuais derivados”, que costumeiramente são chamados de “públicos”, melhor seriam designados como “interesses do Estado”.⁵¹⁹ Esta é realmente a melhor alternativa. Por outro lado, como há uma terminologia bastante consagrada, não parece residir maiores problemas na identificação do interesse das pessoas jurídicas detentoras de personalidade jurídica de Direito público como sendo “público secundário”. Mas isso desde que se tenha em mente a radical discrepância ontológica existente (que é muito mais importante que a terminologia utilizada). Luís Roberto BARROSO reconhece que a distinção traz implicações indispensáveis, afinal “o interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático”, diferentemente do interesse secundário que jamais terá supremacia, *a priori*, em face de interesses particulares⁵²⁰ (embora no caso concreto possa acabar prevalecendo, como aliás, acontece em todo conflito ordinário de interesses). Os interesses secundários são, portanto, da mesma natureza ontológica que os interesses privados, pelo que, não gozam de supremacia. A situação normativa de igualdade entre tais interesses, na realidade, é apenas uma consequência indissociável desta condição (o seu caráter intencional ou subjetivo).

A classificação apontada é relevante para o deslinde da questão quando se verifica que o interesse coletivo possui aspectos de intersecção com o interesse individual. Ou, melhor explicando, “cada interesse tem um aspecto que está individualmente isolado e outro que está socialmente ligado”. Alf ROSS exemplifica apontando que determinada propriedade de um pedaço de terra considerada individualmente pode retratar um direito individual, entretanto, seu interesse (e o interesse de todos os outros) em um sistema jurídico que forneça segurança à propriedade e à posse é um interesse social. Neste caso “a satisfação de interesses próprios tem efeitos benéficos indiretos sobre a sociedade como um todo”.⁵²¹

⁵¹⁹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Op. cit., p. 416.

⁵²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados ...** Op. cit., p. XV.

⁵²¹ Segundo Colm “os indivíduos se beneficiam com uma boa educação, mas uma boa educação do indivíduo é também uma exigência de uma boa sociedade.” Cf.: COLM, Gerhard. **O interesse público ...** Op. cit., p 125.

Quando o interesse social é reconhecido pelo sistema jurídico ele é usualmente chamado como “interesse público”, fazendo com que o interesse individual denomine-se como privado (seja este último reconhecido pelo Direito ou não).⁵²² A compreensão do interesse público depende de uma adequada descrição axiológica; mas isso não basta, pois é preciso uma orientação normativa de caráter jurídico-político para o seu entendimento.⁵²³ Por conseguinte, discorda-se do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de MELLO, que se prende de forma muito rígida ao aspecto formal do interesse público.⁵²⁴ Se, por um lado, o interesse público depende do reconhecimento jurídico pelo ordenamento (de forma explícita ou implícita), por outro, esta característica, embora necessária, não parece ser suficiente. Para a identificação do interesse público é necessário que seja relevado o aspecto material, ou seja, o ordenamento não pode criar uma ficção tal que transforme um interesse claramente irrelevante para a sociedade em um interesse público. É preciso um “lastro substancial”, que ligue o sistema jurídico à vida concreta e à realidade da atuação estatal. O conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de se criar um princípio da supremacia do Estado. “Logo, o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”.⁵²⁵

Mesmo que em uma determinada situação uma lei específica afirme uma situação como de interesse público, é possível que ela efetivamente não o seja. Claro que a possibilidade de existência prática desta situação talvez seja irrelevante se for considerado que o interesse público é resultado de uma interpretação sistemática do ordenamento. Mas não é de todo despiciendo efetuar a ressalva, notadamente considerando que muitas vezes o administrador prende-se demasiadamente à lei formal. Em suma, a caracterização de um interesse público pelo ordenamento e a atribuição de prevalência a ele não pode afrontar a realidade social típica do momento e do lugar de aplicação do Direito.

Destarte, a simples constatação da existência de um “bem comum” em pauta nem sempre fornece elementos para a decisão administrativa. É trivial decorrer

⁵²² ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Op. cit., p. 414.

⁵²³ MINOR, Willian S. **O interesse público e o supremo compromisso**. Op. cit., p. 41.

⁵²⁴ Afirma o autor: “pouco importa, então, se uma atividade afigura-se-nos mais ou menos relevante ou irrelevante para a coletividade. Não é isto que a qualificará como pública ou privada, mas o regime que lhe houver sido atribuído pelo sistema normativo. Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p.89.

⁵²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. Op. cit., p. 117.

do caso concreto um conflito moral (e jurídico) entre um direito individual e alguma medida legal ou administrativa pautada no interesse público ou no “bem-estar geral” (medida esta que é, portanto, tomada de acordo com as regras majoritárias típicas da democracia representativa – o que exige uma grande cautela hermenêutica). Ou ainda, muito próximo a isso, verifica-se na situação em que há conflitos entre direitos individuais (inclusive fundamentais) e “bens jurídicos protegidos”, com no caso do “patrimônio cultural” em se poderia aceitar uma restrição ao direito de propriedade privado.⁵²⁶ Esta discussão não é nova e do ponto de vista político retrata, no sentido tipicamente weberiano, certo “irracionalismo de valores”.⁵²⁷ Para o liberalismo clássico (bem representado por Wilhelm von HUMBOLDT) o Estado não pode decidir o que seria o “bem” para os indivíduos. A esfera do bem estaria reclusa à esfera privada (e as decisões particulares).⁵²⁸ À mesma conclusão, embora por razões completamente distintas, chegam alguns comunitaristas (pois a esfera do bem estaria relegada à cultura do grupo social particularizado).⁵²⁹ Por este motivo, a idéia de justiça, nestas concepções, passa a ter primazia sobre a do bem. Mas tanto Ronald Dworkin como John Rawls já esclareceram este equívoco preliminar (ainda que suas conclusões liberais sejam comumente contestadas);⁵³⁰ o primeiro reconhecendo a “natureza ontológica pública” do bem;⁵³¹ o segundo, explicando em que termos a teoria da justiça é perfeitamente compatível com os valores sociais e o bem da comunidade.⁵³²

Contudo, estes casos não indicam qualquer precedência lógica do interesse público sobre o direito individual como fazem crer os críticos da supremacia.⁵³³ Luís Roberto BARROSO reconhece o problema, afirmando que no caso de conflito entre uma meta coletiva e um direito fundamental é preciso que o operador adote uma postura resolutiva que se utilize de dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública.⁵³⁴ A grande questão é ser identificado o sentido da expressão “razão

⁵²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op.cit., p. 1230.

⁵²⁷ Sobre o assunto ver: FREUND, Julian. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 24.

⁵²⁸ HUMBOLDT, Wilhelm von. **Os limites da ação do Estado**. Op. cit., p. 153 et seq.

⁵²⁹ Este parece ser o caso de Michael Walzer. Cf.: WALZER, Michael. **Esferas da justiça ...** Op. cit., 2003.

⁵³⁰ Sobre a contestação da teoria liberal sobre o bem comum ver: MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Op. cit., passim.

⁵³¹ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do Direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 425.

⁵³² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Op. cit., p. 437 et seq.

⁵³³ Nesse sentido defende Dworkin, conforme adequado comentário de Francisco Laporta. Cf.: LAPORTA, Francisco. **Sobre el concepto de derechos humanos**. Op. cit., p. 40.

⁵³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio ...** Op. cit., p. xvi.

pública”; a idéia de felicidade talvez coubesse com forte adequação, incrementando e completando a de dignidade a partir de uma perspectiva republicana de otimização social. Sobre o assunto trata H. L. A. HART com muita propriedade ao asseverar que há um complexo “ponto de junção” entre as idéias de justiça e bem-estar social, pois não raro as normas ou decisões que refletem benefícios não o fazem por igual na sociedade. Em grande parte dos casos o Direito “só faculta benefícios para uma classe da população à custa de privar outros daquilo que eles preferem”. A assistência social aos pobres só pode ser feita à custa dos bens de terceiros; a obrigatoriedade do ensino fundamental implica perda de liberdade para aqueles que querem educar privadamente seus filhos. A escolha tem que ser feita, portanto, tomando-se como base o “interesse de todos os setores da comunidade” de forma imparcial e objetiva.⁵³⁵

Desse modo, a justiça passa a ser determinada por fatores que ultrapassam o interesse de cada um, o que produz uma forma peculiar de ética distributiva, fundada não somente na composição dos interesses específicos envolvidos. Esta justiça social é fundada num dever cívico de solidariedade, o que poderá refletir, certamente, numa injustiça do ponto de vista subjetivo. A prevalência do interesse público é, todavia, um princípio moral juridicizado, que é exigível como um contributo para a adequada vida social compartilhada e proteção do bem comum.

Este assunto, pela complexidade, merece ainda algumas considerações. Segundo Carlos S. NINO a afirmação de que “os direitos individuais devem estar sujeitados ao bem comum” pode expressar um enunciado contraditório. O autor pondera que os direitos individuais podem ter diferentes representações, assim como o próprio bem comum. Um benefício pode ter como conteúdo: a) um direito propriamente dito (caráter individual); ou b) um bem comum (caráter coletivo). Exemplifica-se com a questão que envolve as políticas de controle da natalidade. Se uma política desta natureza é realizada tendo-se por fundamento o direito individual das mulheres, ela não pode ser realizada através de considerações de eficiência, mas sim deve ser apoiada ou rejeitada em diferenças moralmente relevantes.⁵³⁶ Ao contrário, se a política é promovida tendo-se por fundamento a preconização de um bem comum, pode ser realizada de distintas maneiras, ou seja, inclusive segundo o seu

⁵³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 182.

⁵³⁶ Ou seja, no primeiro caso, não seria possível cancelar uma política sob a justificativa de que não atingiu os resultados esperados de redução da natalidade; no segundo, não somente é possível, como absolutamente adequado o cancelamento, no caso de resultados insatisfatórios.

maior ou menor grau de eficiência.⁵³⁷

O importante é não ser utilizada a idéia de “bem comum” num sentido de “todo ontológico”, como era comum no pensamento antigo ou mesmo medieval em que significava um objetivo comum da sociedade organicamente considerada. A partir da modernidade, esta visão exageradamente coletivista perdeu espaço para uma noção de bem comum que equivale perfeitamente à de interesse público ou interesse geral (não mais se reconhecendo um “bem único objetivado”, mas uma verdadeira composição de interesses diversificados que não se aglutinam organicamente, mas que possuem uma íntima e relativa ligação jurídica).⁵³⁸

Na realidade, ao contrário do entendimento de NINO, não se trata neste exemplo de um equívoco de enunciado, mas apenas de fundamentos distintos e que merecem ser considerados para a tomada de decisões no caso concreto e de acordo com as diferentes conjunturas. Ao menos esta é a proposição de J. Roland PENNOCK, exemplificando com a situação em que o interesse público de um infrator ser responsabilizado e punido com celeridade pode contrastar com duas possibilidades de fundamentação que devem ser ponderadas: de um lado o direito subjetivo de ampla defesa; de outro o interesse público de realizar a justiça mediante o devido processo legal.⁵³⁹

Nunca é demais lembrar que a defesa do princípio da supremacia do interesse público não promove qualquer desconsideração da esfera de direitos fundamentais. Veja-se que a submissão do Estado à ordem jurídica e particularmente aos direitos fundamentais não é tão recente, seja propriamente aos direitos individuais clássicos, seja com relação aos direitos de caráter social.⁵⁴⁰ Miguel Seabra FAGUNDES, já na década de 50 do século passado, afirmava o respeito aos direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais) como condição de validade da atuação administrativa.⁵⁴¹ Torna-se função estatal consolidada na década de 1960 a proteção dos

⁵³⁷ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos ...* Op. cit., p. 36.

⁵³⁸ MILLON-DELSOL, Chantal. *Il principio di sussidiarietà*. Op. cit., p. 03.

⁵³⁹ PENNOCK, J. Roland. *A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito*. Op. cit., p. 183.

⁵⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵⁴¹ “Dado que a locução direitos individuais, na terminologia tradicional do Direito Público, designa mais comumente os direitos do indivíduo na qualidade de cidadão, e que a vigente Carta Política, adotando critério surgido entre nós com a Constituição de 1934, abre um capítulo, na ‘Declaração de Direitos’, com a epígrafe ‘Dos Direitos e Garantias individuais’ (na Constituição do Império os direitos do cidadão eram enunciados sob o título, ‘Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros’, e na Carta de 1891,

direitos humanos; perspectiva esta que vincula o próprio conceito de interesse público.⁵⁴² A partir das declarações de direitos do homem amplamente debatidas no período, autores como Harold D. LASSWELL tinham como objetivo predominante de suas teorias “esclarecer a concepção do interesse público de modo que contribua para a realização da dignidade humana na escala mais ampla possível”, sendo a ponte entre dignidade e interesse público estabelecida por intermédio dos princípios e do “poder participado”.⁵⁴³

Em sua dissertação de mestrado defendida em 1985, o professor Jorge Reis NOVAIS sustentou categoricamente a vinculação do próprio conceito de Estado de Direito à “proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado”.⁵⁴⁴ Finalmente, para encerrar esta mera ilustração de autores, Romeu Felipe BACELLAR FILHO, em sua tese de doutorado defendida no ano de 1998, expressou posição que vinha defendendo há tempos de que existe uma “vinculação jurídica do agir estatal aos direitos fundamentais” a partir da idéia de que os princípios constitucionais da Administração Pública “assentam-se em base antropológica comum: a dignidade da pessoa humana”.⁵⁴⁵ Sendo assim, ontologicamente o princípio da supremacia do interesse público não pode contrariar os direitos fundamentais sob pena de se descaracterizar. E se não há interesse público, não há o que ter supremacia, por definição.

Os direitos fundamentais possuem, por conseguinte, uma natureza híbrida, situando-se entre o público e o privado. Esta constatação retrata a defesa do que NINO denomina de “cidadania moral”; uma noção decorrente da teoria política e da alocação dos princípios como fundamento categórico do sistema constitucional agregador do público e do privado. A decisão de prevalência, neste caso, em que se

sob a epígrafe ‘Declaração de Direitos’), ao lado doutro intitulado ‘Dos Direitos Políticos’, há quem pretenda que o texto ora vigente restringe o âmbito do mandado de segurança, de modo a permitir que o legislador subtraia à sua proteção os direitos políticos, os sociais e os concernentes à relação de emprego público, para alcançar apenas os direitos contemplados naquele capítulo. Tal exegese não encontra amparo, quer no sentido mesmo da expressão direitos individuais, conforme a terminologia do moderno Direito Constitucional e segundo a empregada a própria Constituição, quer, ainda, nos critérios informadores da exegese nos domínios do Direito Público.” Cf.: FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 274.

⁵⁴² MONTGOMEY, John D. **O interesse público nas ideologias do desenvolvimento nacional**. Op. cit., p. 226.

⁵⁴³ LASSWELL, Harold D. **O interesse público ...** Op. cit., p. 67.

⁵⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito ...** Op. cit., p. 17.

⁵⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. Op. cit., p. 123 e 149.

coloca a questão do interesse público tanto em face dos direitos fundamentais quanto de outro interesse público, somente pode ser extraída da ponderação de valores no caso concreto, assim como no próprio conflito entre direitos fundamentais, em que se estabelece uma relação de prioridade condicionada. Cabe salientar, contudo, que tanto no caso dos interesses públicos como no dos direitos fundamentais não há uma eleição discricionária; não há uma “atribuição de peso” a ser efetuada pelo intérprete. Há a obediência a um critério convencionalmente pré-determinado (um “reconhecimento” do peso).⁵⁴⁶ E, ainda, a resposta para estes casos complexos deve considerar que o Estado, e mais acentuadamente a Administração Pública, estão submetidos a uma estrutura de equilíbrio entre a supremacia e a indisponibilidade dos interesses. O que não se traduz em uma solução fácil aos problemas concretos que decorrerão desta situação. Consideradas estas premissas, a solução exigirá recorrência ao ordenamento e pode pender para um lado ou para outro, dependendo das condições reais identificáveis no caso concreto. Este raciocínio, apesar de denotar certa banalidade, é extremamente importante, pois recusa o equívoco dos detratores do princípio da supremacia do interesse público e, ainda, afasta o entendimento majoritarista que parece estar escondido em posições fracas de defesa dos direitos.

Poderia ser levantada a situação, ainda, de existir mais de um interesse público, o que é também bastante comum. Entretanto, não indica ser relevante a constatação, pois a possível relação de contraposição de dois ou mais interesses públicos não é resolvida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. E, ainda, existirão casos em que algumas normas reconhecem um interesse público e outras se destinam a limitar seu exercício. Nestas situações, somente outros elementos do sistema jurídico é que poderão auxiliar na decisão, como também ocorre no caso dos direitos fundamentais. Um adequado entendimento do sistema jurídico deve reconhecer que “o alcance de uma norma que em geral estabelece um limite válido a um direito fundamental pode ser por sua vez limitado em atenção a esse mesmo direito em algumas circunstâncias”. Trata-se do que se convencionou denominar de “doutrina do efeito recíproco”.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ BAYÓN, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico**. Op. cit., p. 202.

⁵⁴⁷ BAYÓN, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico**. Op. cit., p. 160.

V

A impossibilidade da autonomia privada ser critério prioritário do Estado social

O fundamento ético basilar da subsidiariedade e que a ela fornece substância é a “autonomia”. É com base na necessidade de garantir autonomia aos seres humanos e, portanto, proteger a capacidade individual de indicação e de consideração dos interesses privados a ela inerentes que se desenvolve a idéia de uma posição subsidiária da coletividade. A origem da idéia remonta à antiguidade quando, paradoxalmente, é aplicada apenas na relação de “Estados” em face de outros “Estados”, pois a autonomia pessoal não existe neste período; é apenas uma “metáfora política”. Neste contexto, trata-se de uma noção que acaba por ser um instrumento político de integração. A própria palavra “autonomia” significa uma “liberdade interdependente”, distinguindo-se, portanto, da “eleutheria”, que denota uma liberdade na total independência.⁵⁴⁸ Dessa forma, vê-se que a autonomia não significa soberania, mas a garantia de respeito ao interesse próprio no âmbito da comunidade maior, o que é conseguido pela participação, em igualdade, nos processos de tomada de decisão. Ao contrário do viés atual, a noção também se refere a uma forma especial de “integração do homem na sociedade”. A autonomia de base subsidiária, ou porque não dizer a subsidiariedade de base autonômica, pode retratar uma garantia de autocontrole da vida econômica e política, porém sempre dentro do contexto de uma entidade superior.

O caso é que a noção atualmente em voga possui inspiração diferente (fartamente influenciada tanto por correntes jusnaturalistas religiosas quanto pelo liberalismo pós-absolutista). Particularmente importante no estudo desta questão é a doutrina de São Tomas de Aquino quando sustenta que autonomia é um bem que só pode receber a intervenção do poder em caso de necessidade e, por conseqüência, deve ser adotada uma postura restritiva quanto ao Estado. Na realidade, a teoria do pensador, como é típico da doutrina social da Igreja, denota vários pontos paradoxais, quando não contraditórios, por exemplo, ao afirmar que o bem das partes necessariamente deve se subordinar ao bem do todo. Se por um lado deveria caber ao governo a promoção da perfeição da sociedade, por outro, a ele não caberia salvar a

⁵⁴⁸ AMARAL, Carlos Pacheco. Autonomia: uma aproximação na perspectiva da filosofia social e política. **Revista da Universidade dos Açores**: Ponta Delgada, 1995, p.126.

sociedade de toda corrupção e maldade que são típicas do próprio exercício da liberdade. Afinal, a providência não impediu o ser humano de ser mal, mas lhe garantiu o livre arbítrio.⁵⁴⁹

O conceito atual de autonomia é forjado a partir da presença de algumas características básicas, tais como: autogoverno, auto-direção, construção da identidade própria, livre capacidade de formulação e execução dos próprios projetos e proteção da individualidade.⁵⁵⁰ Todavia, a autonomia, na sua base, é uma noção vazia. Uma pessoa que se pretendesse autônoma não seria realmente uma pessoa, mas um mero indivíduo.⁵⁵¹ Desse modo, o exercício da autonomia depende da realização do interesse público a partir de uma base comunitária. E como aponta Héctor Jorge ESCOLA, esta base comunitária não retrata apenas a soma das posições individuais, ou a posição de uma maioria interessada. O interesse público afirma de forma idêntica o respeito às minorias, a partir de um sentimento de solidariedade e integração social. Por este motivo é que o interesse em um regime autoritário jamais será realmente público.⁵⁵²

A autonomia pressupõe a integração a uma comunidade, porém resguarda-se dela, em um processo centrípeto de proteção. E é neste ponto que pode ser tomada como o fundamento filosófico para o critério de subsidiariedade. Critério que se presta justamente ao atendimento de princípios do Direito privado ou, ainda, de um modelo de Estado que seja fundamentalmente liberal e que, portanto, não prescreve a intervenção estatal na sociedade como meio de promoção de transformações sociais a partir de uma agenda estabelecida juridicamente.

De modo inverso, a idéia de supremacia do interesse público encontra-se em perfeita consonância com o modelo social de Estado. Isso porque, para além de não contrapor a autonomia privada (pois se trata de um Estado democrático e capitalista), não restringe sua atuação como se fosse uma entidade meramente suplementar. O Estado social é tão protagonista da história quanto a sociedade civil. Por este motivo, concordar-se com Marçal JUSTEN FILHO, quando o autor propõe que “o conceito de interesse público não se constrói a partir da impossibilidade técnica de os particulares satisfazerem determinados interesses individuais, mas pela afirmação da

⁵⁴⁹ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 44-46.

⁵⁵⁰ AMARAL, Carlos Pacheco. **Autonomia ...** Op. cit., p. 151.

⁵⁵¹ AMARAL, Carlos Pacheco. **Autonomia: ...** Op. cit., p.122.

⁵⁵² ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Op. cit., p. 240-241.

impossibilidade ética de deixar de atendê-los”.⁵⁵³ Tal conclusão infirma totalmente qualquer possibilidade de casamento entre prevalência do interesse público e a subsidiariedade de base autonômica. Há que se adotar um ou outro para o escopo de justificar os fins do Estado social.

Os argumentos contra a supremacia do interesse público em geral desenvolvidos ou se equivocam em termos lógicos (ao confundir direitos e interesses) ou “argumentam pleonasticamente” (ao propor que o interesse público deve respeitar os direitos fundamentais; que não pode afrontar a proporcionalidade; e que não pode sobrepor-se às demais normas constitucionais). Mas alguns autores efetivamente vão além: discordam da própria idéia de que o interesse público deva ser valorizado. A tendência é de que a autonomia justifique o interesse privado para o fim de poder contrapor o interesse público.

É o caso de Humberto ÁVILA, quando assevera que se houvesse alguma regra de precedência (o que afirma que não há), seria em favor dos interesses privados, pois “faltam fundamentos jurídico-políticos de validade” para o princípio da supremacia do interesse público. Para o autor, “o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público”. O difícil é acreditar que esta conclusão do autor decorre do seu reconhecimento da premissa de que “a Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã”.⁵⁵⁴

A pergunta que fica é: *como seria possível extrair uma noção válida de cidadania a partir do interesse privado predominando sobre o interesse público?* De há muito a sociologia política reconhece que “o indivíduo é o pior inimigo do cidadão”. O cidadão adota como postura ética buscar seu bem-estar mediante o bem-estar da cidade; o indivíduo é cético em relação à causa comum. Para o indivíduo não há sentido em “interesses comuns” senão o de permitir que a autonomia privada satisfaça suas próprias necessidades, em razão do que não lhe parece justo imaginar qualquer motivo para que o interesse público prevaleça sobre o privado. Reacomodar o sujeito autônomo no corpo republicano dos cidadãos não é tarefa fácil.⁵⁵⁵

⁵⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. Op. cit., p. 124.

⁵⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Op. cit., p. 187.

⁵⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A modernidade líquida**. Op. cit., p. 46.

Na realidade, a tese apresentada está muito mais próxima da perspectiva de um Estado subsidiário do que de um Estado social. Daniel SARMENTO reconhece esta tendência, encampando expressamente a tese da “primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado” de autores que intitula como “libertários” (Friedrich von Hayek, Milton e Rose Friedman e Robert Nozick).⁵⁵⁶ Trata-se justamente da tese liberal que demoniza o Estado, estabelece uma separação rígida entre o sujeito e a sociedade em que está inserido e acaba por exaltar os valores econômicos da vida. Contudo, não é este modelo o previsto pela Constituição em vigor, que garante expressamente uma República social, ainda que no plano das mentalidades seja clara a tendência de subordinar a dimensão pública à primazia das necessidades e expectativas individuais, sendo os valores decorrentes destes interesses que passam a legitimar o sistema.⁵⁵⁷

Esta forma de crença jurídico-política típica da mentalidade pós-moderna acaba por propiciar exemplos práticos de desvalorização da coletividade. Alexandre Santos ARAGÃO expõe de forma coerente sua opção ideológica quando defende a refutação do que entende ser um “argumento não-institucional” ou “subjetivista” na interpretação do Direito. É ilustrativo que o autor elogie decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que rejeitou a recorrência à proteção da “saúde pública”, pois este seria um argumento “não-institucional”.⁵⁵⁸ Verificando esta mesma decisão citada pelo autor, é possível observar que o fundamento prestigiado pelo intérprete (em detrimento da “subjetivista saúde pública”) foi a “justiça das trocas comerciais”. Por certo o autor deve entender, então, que a “justiça nas trocas comerciais” é um argumento válido e “institucional” ou “não-subjetivista”, mas que a “saúde pública” não é. A princípio, este entendimento é totalmente legítimo, segundo o paradigma ideológico do intérprete. Entretanto, a conclusão não aparenta ser menos apriorística que sua premissa conceitual. Na realidade, o que o autor faz é estabelecer um juízo de valor; ou seja, aponta para um critério de preferência – o que, repete-se, é perfeitamente legítimo

⁵⁵⁶ Embora reconheça que tais autores vão muito além da defesa de um Estado mínimo, inclusive preterindo o reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais (com o que o autor não concorda). Cf.: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. Op. cit., p. 69. A escolha do termo “libertários” também não é peculiar ao autor, mas de uso comum na doutrina. Cf.: GNASSOUNOU, Bruno. A partir de John Rawls, a querela do utilitarismo e do antiutilitarismo. Liberais, libertários e comunitaristas americanos. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política ...** Op. cit., p. 685.

⁵⁵⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; _____. (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

⁵⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. Op. cit., p. 19.

(embora de discutível constitucionalidade). O problema, então, decorre não de sua opção hermenêutica, mas da pretensa neutralidade do argumento científico; neutralidade esta que é recorrente quando se trata de fundamentar a subsidiariedade e que novamente é colocada em xeque quando o autor, nas suas conclusões sobre o caso, afirma ainda preferir a “segurança dos cidadãos e investidores” à “saúde pública” e outros “argumentos não-institucionais”.⁵⁵⁹ Resta a dúvida sobre qual seria o critério para o entendimento sobre o que seria institucional e o que não seria.

Veja-se que para esta perspectiva a defesa de valores coletivos tende a ser sempre reservada ao espaço da subjetividade ou da irracionalidade, enquanto a defesa dos valores individuais é elevada à condição de perfeita harmonia com a razão e com a objetividade das instituições. Esta forma de ver o mundo não é nova e tende a emergir sempre que o espaço político está fragilizado, seja pela força do poder econômico, seja pela própria ineficiência ou ilegitimidade do poder público institucionalizado. Trata-se de uma interpretação axiológica típica da teoria econômica dominante, que “utiliza energicamente o pressuposto da procura vigorosa do interesse próprio”.⁵⁶⁰

Do ponto de vista jurídico não é essa a proposta axiológico-normativa da Constituição brasileira e que sustenta uma visão efetivamente pautada por uma cidadania republicana. Não é nenhuma novidade que o mercado auto-regulado não apresenta nem as condições de eficiência proclamadas pela economia clássica, muito menos as de justiça. A conquista do interesse público requer a presença de medidas corretivas por meio de políticas públicas que têm absoluta correspondência com os direitos individuais (como é o caso da saúde pública).⁵⁶¹

Alguns teóricos aparentemente recusam o fato de que o interesse público está muito mais conectado aos direitos de todo tipo que o interesse privado, pois este último é totalmente descompromissado. O interesse privado pode se referir a direitos, mas esta possibilidade é extrínseca. Ao contrário, a proteção de direitos é interna à essência do interesse público, sob pena de sua desnaturação. Para o interesse público o respeito aos direitos é uma condição necessária; para o interesse privado é apenas uma consequência possível.

⁵⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. Op. cit., p. 22.

⁵⁶⁰ HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses**. Op. cit., p. 13.

⁵⁶¹ MUSGRAVE, R. A. **O interesse público ...** Op. cit., p. 115.

O princípio da supremacia do interesse público a partir de uma perspectiva constitucionalizada deve possuir diferentes níveis de significação, dentre os quais necessita reconhecer que: 1. a atuação do Estado deve se ocupar não só do bem-estar dos indivíduos atuais, mas também das gerações posteriores; 2. o interesse público tem que relevar não somente interesses nacionais, mas também os que ultrapassam esta esfera, considerando a humanidade como um todo.⁵⁶² Ademais, “um dos fatores fundamentais favoráveis ao sucesso de uma democracia é um público imbuído de interesse público”.⁵⁶³ Logo, não basta um reconhecimento eminentemente jurídico se não existe um “lastro social” que dê respaldo à existência de um interesse público formalmente estabelecido.

Como pondera C. W. CASSINELLI, “a palavra público significa que o valor ético no padrão do interesse público se aplica a todo membro da comunidade política: é um valor que deve ser distinguido de algo vantajoso para uma pessoa e desvantajoso para outra”.⁵⁶⁴ Este seria o que Marçal JUSTEN FILHO chama de caráter “transcendental” do interesse público, vinculado que é à dignidade humana nos seus aspectos da integridade e isonomia mediante uma construção que não é natural, mas sim histórica.⁵⁶⁵

Segundo Orlando GOMES as ações humanas são motivadas por necessidades e objetivos. Interesses que quando universalizados muitas vezes transformam-se em valores que necessitam ser reordenados numa comunidade em desenvolvimento. Não se ignora que as mudanças de caráter institucional concorrem para a evolução do sistema de valores. Por outro lado, deve-se reconhecer que “a aceitação de novos valores influi na estrutura institucional”. Da análise desta relação simbiótica, torna-se muito mais aceitável “a tese dos que defendem o primado das inovações institucionais”.⁵⁶⁶ Esta posição parte do pressuposto que os homens é que escolhem o seu caminho e ao caminharem não podem estar sozinhos.

O equilíbrio entre o público e o privado, entre a sociedade e o Estado, e entre o indivíduo e a coletividade está na colocação de diferentes pesos em todos os

⁵⁶² COLM, Gerhard. **Interesse público: chave essencial da política pública**. Op. cit., p. 124.

⁵⁶³ GRIFFITH, Ernest S. **Os fundamentos éticos do interesse público**. Op. cit., p. 31.

⁵⁶⁴ CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Op. cit., p. 56.

⁵⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. Op. cit., p. 126.

⁵⁶⁶ GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Op. cit., p. 33.

lados. Ao tempo em que resta claro que o interesse público deve ser predominante ao privado, também deve ser reconhecido que os direitos individuais, especialmente os fundamentais, estabelecem uma barreira importante para a atuação do Poder Público; o que não evita, por certo, a existência de casos concretos difíceis. Para estes cabe a ponderação, que consiste num método perfeitamente compatível com o princípio da supremacia do interesse público, inibindo qualquer tentativa de, pela negativa de sua incidência, ser preconizado o interesse privado.

Do resultado de um conflito entre o princípio da supremacia e outro princípio protegido pelo Direito (como a própria autonomia privada) pode ser que duas situações ocorram: 1) a supremacia prevaleça; e 2) a supremacia não prevaleça e neste caso a questão resolve-se com base na igualdade de interesses, ou seja, são admissíveis duas sub-hipóteses: 2.a) a de que ocorra a prevalência do interesse público, no caso concreto (não por uma questão de princípio, mas de resolução pragmática da controvérsia - *a posteriori*); 2.b) a de que ocorra a prevalência do interesse privado no caso concreto (também não porque se admita qualquer precedência em abstrato da autonomia privada, mas porque seria adequada a adoção desta precedência de forma tópica). A resolução do conflito de primeira ordem se resolve pela ponderação; no de segunda ordem, pela proporcionalidade. E é bom que se reforce: nas duas análises, se está utilizando de critérios objetivos, como ressalta Daniel SARMENTO. É preciso ainda ressaltar que somente se chegará a esta solução hermenêutica em caso da inexistência de limites iminentes, pois há situações que serão resolvidas pela própria essência do princípio, que já implica a permissão ou a proibição de algumas condutas (e neste caso não haveria que se falar em conflito externo).⁵⁶⁷ O complicado nestas situações é estabelecer exatamente qual o sentido prático dos casos implicitamente resolvidos, principalmente em face do risco de ser efetuada uma interpretação que não consiga diferenciar a moral subjetiva pessoal da moral objetiva, esta sim, consagrada constitucionalmente.

Por exemplo, José Carlos Vieira de ANDRADE ao tratar das “limitações iminentes implícitas” cita alguns exemplos de interesses que seriam obviamente vedados. Interesses estes que nem mesmo entrariam em conflito com outro princípio ou direito subjetivo. Seriam eles: a) invocar a liberdade de expressão para injuriar as

⁵⁶⁷ Sobre o assunto ver: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 96 e 101.

peças; b) invocar a condição de preso político para membros de grupos terroristas; c) invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos; d) invocar o direito de educar os filhos para poder espancá-los; e finalmente: e) invocar o direito de casamento para contrair matrimônio com pessoas do mesmo sexo.⁵⁶⁸ Pelo que se vê, para o autor, o potencial lesivo do casamento entre pessoas do mesmo sexo assemelha-se ao reconhecimento de terroristas, à legitimação da injúria, à realização de sacrifícios humanos e ao espancamento dos filhos.

Posição com a qual não se pode concordar. A situação do casamento diferencia-se dos demais casos por uma razão ética e política. Ou ainda, a questão exigiria uma análise externa, em que seria aplicada uma ponderação entre direitos subjetivos e princípios constitucionais, como o da igualdade e o da dignidade (mesmo que fosse para chegar à conclusão de que o direito deveria ser negado). Para não se alongar sobre o assunto, remete-se às considerações juridicamente mais sensatas de Paulo Ferreira da CUNHA, quando analisa o assunto a partir da decisão do Tribunal de Relação de Lisboa que resolveu a questão mediante a aplicação do princípio da razoabilidade.⁵⁶⁹

É interessante como a autonomia pode possuir sentidos distintos. As teses de defesa da predominância da autonomia individual, fundadas em uma perspectiva em geral jusnaturalista da vida, ao ignorar a base do princípio republicano, incorporam a tendência de prestigiar os meios privados como garantia dos seus interesses. Todavia, esquecem-se que “a liberdade pessoal só pode ser produto do trabalho coletivo”.⁵⁷⁰ E desta forma, negando a atuação interventiva do Estado, muitas vezes propugnam por uma proteção de sua autonomia e liberdade de exercício de direitos ainda que mediante a negação da autonomia de outras pessoas. Neste contexto, são prestigiadas soluções valorizadoras de um espírito privado egoístico em detrimento de um espírito público solidarístico.

Vários autores propõem que a subsidiariedade é uma idéia vinculada ao “mundo-de-vida social”, radicando-se “na referência a uma sociedade não construída

⁵⁶⁸ Foram citados apenas alguns dos exemplos do autor; ainda são mencionados outros, tais como invocar a liberdade de circulação para andar pelado. Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 294.

⁵⁶⁹ No acórdão exarado no processo 6284/06, julgado em 15 de fevereiro de 2007, o Tribunal entendeu que embora não sendo casamento, as uniões de pessoas do mesmo sexo também consistem em uma forma de união familiar. Cf.: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 58-60.

⁵⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 15

pelo Estado, mas que se constitui livremente por impulso natural do homem”.⁵⁷¹ O passado prova o contrário e no presente não parece que o homem tenha encontrado melhor alternativa. Não é sem razão que salienta Luis Roberto BARROSO: “O Estado ainda é o protagonista da história da humanidade”.⁵⁷²

⁵⁷¹ MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 26.

⁵⁷² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo ...** Op. cit., p. 69.

SÉTIMA PROPOSIÇÃO

A idéia de subsidiariedade estrutura-se numa noção mínima de dignidade, ao contrário dos fundamentos típicos do Estado social, que devem ter como base uma noção máxima: a felicidade

O Estado subsidiário surge como alternativa ao Estado de bem-estar social, restringindo a atuação do Poder Público sem deixar de reconhecer as mazelas do mundo e procurando uma solução para o problema por intermédio da conscientização da sociedade, entendida como uma composição de indivíduos e pequenos grupos, tais como a família. A idéia nuclear desta proposição resulta de uma forte aproximação do valor “dignidade” ao valor “liberdade pessoal”. Ou seja, é digno quem possui as condições mínimas para ser livre e usa da sua capacidade para o exercício de tal liberdade. Ao Estado caberia, então, somente a garantia desta “dignidade-liberdade”. Silvia Faber TORRES resume bem esta perspectiva quando explica que por meio da subsidiariedade “concebe-se a ação do Poder Público não como uma garantia prévia de felicidade a todos”, mas sim como um meio de garantia secundária. Afinal, o Estado somente deve fornecer uma espécie de “ajuda” aos indivíduos para que eles extraiam bons frutos de sua autonomia.⁵⁷³

Não há como aceitar esta visão restritiva do papel do Estado; ao menos não de um Estado cujo modelo seja o de bem-estar e cujos postulados fundamentais sejam pautados por um conjunto de princípios republicanos. As atividades do Estado, predominantemente as administrativo-prestacionais, não têm por fundamento apenas uma idéia de “auxílio social”. Ainda que não seja um papel fácil e mesmo tendo que se contrapor a uma realidade muitas vezes refratária às tentativas normatizantes, o dever ético dos operadores do Direito de não olhar o sistema constitucional de forma reducionista é inafastável. Como bem coloca Romeu F. BACELLAR FILHO, o caráter público “do interesse perseguido pela Administração deriva da idéia de República, no

⁵⁷³ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Op. cit., p. 14.

sentido de Bodin e Kant, como ‘coisa pública’ e que hoje significa comunidade ou coletividade política”. Cabe, portanto, aos juristas “buscar novos instrumentos de efetivação deste ideal”.⁵⁷⁴ Ideal republicano este que ultrapassa os aspectos institucionais. Renato Janine RIBEIRO ressalta com adequação que até mesmo “a monarquia diz-se república enquanto alega ter por fim o bem público.” Isso significa que o caráter republicano distingue-se pelos meios e não pelos fins. Trata-se de um modelo que não visa o bem comum sob quaisquer meios. O regime republicano é aquele que se caracteriza pelos “meios republicanos”, tais como igualdade, liberdade e fraternidade, além de consagrar a transparência como uma das suas maiores virtudes.⁵⁷⁵

Talvez a dificuldade em aceitar um papel ativo e ótimo na realização da “coisa pública”, ao menos no Brasil, decorra da própria “dificuldade brasileira em viver a República”. Do ponto de vista das mentalidades é fácil identificar que os próprios brasileiros se concebem como ótimos indivíduos, mas como maus cidadãos ou governantes.⁵⁷⁶ E em assim sendo, por um lado não parece ter grande significância a participação política e, por outro, o aumento da estrutura e das atividades ligados ao Estado é perenemente deslegitimado. Daí a própria desimportância da atividade política, que entendida como um “mal necessário”, passa a ser exigida como mínima, revertendo-se o processo civilizacional que redundou na atribuição aos governantes da tarefa de cumprirem seu encargo como uma “função”, ou seja, como uma atividade de que não possuem disposição e, em assim sendo, pauta-se pelo dever máximo: a felicidade daqueles sob os quais incidirão os efeitos os dos atos praticados.

Neste quadro, mais do que novas respostas institucionais; mais do que reformas jurídicas; torna-se necessária uma verdadeira revolução no plano das mentalidades, condicionada pelo reconhecimento de princípios cuja força normativa, se aceita, não pode ser desconsiderada. Reafirmar as tarefas não cumpridas pela modernidade; lembrar as suas promessas. Eis a nova utopia constitutiva do modelo de Estado social contemporâneo e que guarda correspondência com o sistema constitucional estabelecido.

⁵⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Op. cit., p. 46.

⁵⁷⁵ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social ...** Op. cit., p. 106-107.

⁵⁷⁶ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social ...** Op. cit., p. 159.

I

O desenvolvimento como felicidade: para além da subsidiariedade

Sem dúvida, os temas da subsidiariedade e do desenvolvimento estão entre os mais debatidos da atualidade. Fenômeno que ocorre tanto em países de estrutura organizativa estatal tradicional (como o Brasil), quanto em entidades supranacionais heterodoxas (como a União Européia). Peculiaridade interessante é que, em regra, estes dois temas centrais do Direito público e da teoria do Estado atuais não são tratados em conjunto. Aliás, é difícil encontrar estudos que promovam uma interligação entre os assuntos; ao menos expressa e deliberadamente, pois de forma ao menos implícita eles compõem um ambiente prático indissociável. Isso ocorre na medida em que, se as organizações políticas contemporâneas tomaram o desenvolvimento (sua conquista ou manutenção) como objetivo político instrumental fundamental, um dos principais meios para a sua realização passou a ser o princípio da subsidiariedade (o que não significa que esta seja realmente a única possibilidade, ou mesmo a melhor; mesmo assim, sem dúvida é a posição mais aceita pelas comunidades científica, política e jurídica contemporâneas).

Sendo assim, torna-se interessante, como preliminar de discussão, efetuar uma tentativa de verificação do significado jurídico da ligação entre desenvolvimento e subsidiariedade, pois a doutrina nacional ainda está bastante atrasada na teorização sobre a matéria. Na Europa, esta discussão, que já é antiga, torna-se cada vez mais central, como um movimento de reação positiva à ação centralizadora da União supranacional. As questões da subsidiariedade e do desenvolvimento são típicas de uma discussão perene na teoria do Estado e que dizem respeito à centralização e à descentralização de competências funcionais e sua eficiência na melhoria das condições de vida da sociedade destinatária da atuação política institucional. Para tanto se torna interessante abordar a questão ligando-a a outras duas idéias que são importantes para a extração de quaisquer conclusões relevantes: a de dignidade (noção recorrente da atualidade) e a de felicidade (que ainda precisa de uma melhor abordagem a partir de uma teoria dos princípios).

Em estruturas semi-federativas como a da União Européia, a questão assume uma importância muito mais elevada que em regimes federativos fracos como é

o brasileiro (de forte tendência unitarista). Mas isso não implica que, do ponto de vista do conhecimento teórico subjacente à práxis da relação entre desenvolvimento e subsidiariedade, seja impossível ou inadequado tratar do assunto de maneira uniforme. Ou seja, excluídas por uma questão metodológica as óbvias distinções entre os sistemas políticos nacionais e supranacionais, é possível buscar um núcleo comum de análise da questão. Isso ocorre, principalmente, na temática específica do desenvolvimento, que durante o século XX foi pauta constante de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas - ONU, além de compor o cenário de discussão político-econômica mais importante do século passado para todos os Estados nacionais autodeterminados.

Na análise da relação entre subsidiariedade e desenvolvimento podem-se colocar em pauta duas questões aparentemente distintas, mas que possuem o mesmo objeto: a manutenção do desenvolvimento e a conquista do desenvolvimento (como processo acabado). A implementação de um critério de subsidiariedade seria a melhor forma das organizações políticas estabelecerem as competências político-jurídicas que lhe cabem, considerando estes dois objetivos? Tal critério é capaz de promover o visado afastamento das condições de desequilíbrio social, instabilidade política, comprometimento da democracia e má distribuição de renda, que são típicos do subdesenvolvimento? A resposta indica ser negativa.

É necessário ser efetuada uma intervenção estatal perene e programada. Particularmente no Brasil esta é, inclusive, uma exigência do artigo 174 da Constituição Federal. Aquele que alguns autores denominam de “princípio do desenvolvimento”, mas que talvez deva ser mais bem entabulado como um “direito ao desenvolvimento” justifica-se plenamente apenas quando se tem em vista que se trata de um meio apto à consecução de um objetivo maior: a felicidade. Logo, trata-se de um direito de caráter instrumental, assim como o de greve, por exemplo. Ele não se legitima por si mesmo, tendo natureza interdependente à sua finalidade (esta sim, de caráter auto-legitimado, pois compõe um valor protegido de forma material autônoma). Há uma tendência pós-revolução francesa de não considerar a felicidade social como valor máximo de justificação das finalidades do Estado. A partir do século XIX a liberdade acabou assumindo um protagonismo sem precedentes na filosofia política conhecida, ainda que aliada a outros valores, como a própria idéia de solidariedade, que acaba ganhando

também um espaço sem precedentes no século XX, a partir do período pós-guerras.

Se o desenvolvimento era um equivalente ao mero crescimento no período do liberalismo clássico, ele evolui para um conceito de forte componente socializador a partir do surgimento do Estado de bem-estar social. Isto não significa que há um abandono da idéia de liberdade como o valor maior que justifica o estabelecimento dos fins do Estado nacional. Ao contrário, nos países que adotaram o sistema econômico capitalista, a solidariedade acaba tornando-se um elemento agregado, de caráter complementar, que parece apenas ter justificado um modelo de Estado que foi de caráter excepcional e que a partir do século XXI tende a ser abandonado paulatinamente. Este abandono propicia a confirmação das opiniões dos autores pessimistas, que sempre apontaram o surgimento do *welfare state* apenas como um instrumento de correção capitalista e proteção anticomunista.⁵⁷⁷ Não como um modelo conquistado pela pressão política de corpos intermédios da sociedade civil, como o operariado e os principais segmentos marginalizados.⁵⁷⁸

A grande questão teórica que deve ser destacada neste ponto é justamente a predominância do valor liberdade como condicionante dos fins do Estado, ainda que a partir de variações bastante interessantes e modernizadas, como é a de Amartya SEN. Segundo o autor, principal teórico da temática na atualidade, o desenvolvimento tem como escopo a remoção das principais fontes de privação da liberdade como, por exemplo, “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.”⁵⁷⁹ Estendendo de forma radical a noção tradicional da expressão “liberdade”, o autor consegue traduzir o desenvolvimento como tal. Por conseguinte, inverte o sentido do desenvolvimento, que passa a ser primordialmente a consequência da liberdade, e não o contrário; ainda que reconheça a condição simultânea de meio e finalidade das liberdades indicadas (que, todavia, não perdem seu caráter fundante instrumental). É por intermédio deste raciocínio que são elencados

⁵⁷⁷ Exemplo de autor tipicamente pessimista é Eros Roberto Grau. Ver: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição federal de 1988**. Op. cit., p. 27.

⁵⁷⁸ Sabe-se que se este pessimismo é, por um lado, perfeitamente justificável, por outro, ele acaba traduzindo uma interpretação superficial da realidade, por ignorar ou marginalizar a importância dos movimentos sociais como motores de transformação da realidade. Excepcional trabalho demonstrativo desta importância é o de Maria Glória Gohn. Cf.: GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

⁵⁷⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

cinco tipos de liberdades (portanto “liberdades-meio”): as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora.⁵⁸⁰

É claro que a tese de Amartya SEN é muito importante para o cenário geopolítico típico da década de 1990. Seu enfoque na questão da distribuição de renda e sua recusa à tradição utilitarista anglo-americana acabam sendo (mesmo que inadvertidamente) uma fonte de resistência e contraposição do neoliberalismo típico do período.⁵⁸¹ Mas também tem o seu preço: a inversão da condição do desenvolvimento (que passa de meio para finalidade); a restrição da fundamentação legitimatória dos fins do Estado, que passa a ser pautada pela idéia (ainda que ampliada) de liberdade; o afastamento da idéia de felicidade, o que, de certa forma, é coerente com sua recusa ao utilitarismo e sua incapacidade de aceitar a expressão fora desta tradição acadêmica de pensamento; e, ainda, o prestígio às idéias de oportunidade e igualdade e suas condições autônomas de legitimação dos fins do Estado.

Nesta perspectiva, acaba-se estabelecendo uma limitação tipicamente liberal, na medida em que é reduzido o objeto do desenvolvimento ao ideário da liberdade, cuja essência conceitual repousa em um inafastável aspecto de “negatividade” – afinal, ser livre é não possuir obstáculos à realização das ações desejadas. Ignora-se assim, a esfera de positividade necessária ao desenvolvimento humano por intermédio de organizações políticas como o Estado nacional ou a União supranacional. Não que tal teoria desenvolvimentista ignore esta perspectiva totalmente em termos materiais, o que pode ser verificado quando inclusa a idéia de “oportunidade” ao conceito de liberdade. Mas esta ressalva apenas afasta um liberalismo radical, admitindo um conteúdo que vem sendo contestado fortemente pela sociologia crítica contemporânea, que efetivamente vem desmascarando a “ideologia da igualdade de oportunidades” ao propor que ela esconde uma mentalidade elitista em que se justificam os privilégios a partir da categorização dos sujeitos como *winner*s ou *loser*s (a partir desta representação foi fácil e interessante justificar durante muito

⁵⁸⁰ Segundo o autor “liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.”. Cf.: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Op. cit., p. 25.

⁵⁸¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Op. cit., p. 43.

tempo que os pobres eram em regra imorais, alcoólatras, corrompidos ou mínimo preguiçosos; agora seriam basicamente estúpidos ou pouco inteligentes – o que deve excluí-los naturalmente a partir da concorrência social).⁵⁸²

Em termos simbólicos é significativa a opção em ser valorizado o aspecto da liberdade dos homens e não de sua igualdade (ou felicidade); SEN acaba por refletir uma posição moral que se pauta por uma concepção relevante, porém subsidiária, do Estado em relação à sociedade; uma espécie de liberalismo fraco em que o desenvolvimento acaba muito mais ligado à idéia de que os homens devem possuir “condições mínimas de satisfação” do que “condições máximas de satisfação”. O organismo político desenvolvido acaba sendo aquele que conseguir oferecer o mínimo necessário para que a sociedade exerça plenamente sua liberdade. Em outras palavras, restringe-se o desenvolvimento à idéia de dignidade do homem, o que não é apropriado ao espírito presente no sistema constitucional típico do Estado de bem-estar social, construído no ocidente a partir do século XX e que tem em sua base a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo artigo 22 consagrou direitos que são “indispensáveis para a sua dignidade e livre desenvolvimento da personalidade”.⁵⁸³

A dignidade é o ponto de partida para a justificação dos fins do Estado. O ponto de chegada é o “desenvolvimento da personalidade”, que compreende, necessariamente, a idéia de felicidade como determinante essencial da atuação do Estado. Um modelo de Estado social que garanta direitos fundamentais precisa superar a noção de dignidade rumo à de felicidade, a partir de uma idéia de sobreposição e não de abandono, pois não é possível, do ponto de vista jurídico-político, aceitar a idéia de um ser humano indigno, porém feliz.⁵⁸⁴

Não é apropriada a idéia de que o Estado deve ser subsidiário, muito menos de que deve se restringir à garantia de dignidade (ou seja, do mínimo para ser livre – mesmo que numa concepção elasticada de liberdade). O Estado nacional e os organismos supranacionais devem estabelecer juridicamente seus fins a partir da idéia política de que precisam oferecer o máximo para os indivíduos. E o máximo requer um abandono da idéia de subsidiariedade para a incorporação de uma finalidade geral

⁵⁸² BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 60.

⁵⁸³ ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 4 jan. 2009.

⁵⁸⁴ Embora certamente isso seria possível do ponto de vista antropológico e/ou psicológico.

específica.

A Constituição Federal de 1988 parece ter feito esta opção de forma clara. Não visa apenas à garantia da liberdade e dignidade, mas sim estabelece um rol de direitos e garantias fundamentais que têm em vista, fundamentalmente, a felicidade do povo. E os homens não são felizes apenas em decorrência da ausência de obstáculos à conquista do que necessitam ou desejam, como em uma relação comensalista na qual o Estado representaria um parceiro neutral. A condição humana implica uma relação simbiótica por conta do obrigatório pertencimento a um sistema social cuja interface estabelece uma relação de troca. Esta relação é alusiva ao recebimento de elementos que comporão a sua esfera individual e social. E mais, sua felicidade também está condicionada aos valores compartilhados e sua maior ou menor realização. Por este motivo é que a felicidade de que ora se trata não coincide com a tradicionalmente defendida pelo utilitarismo (ou mesmo pelo que SEN chama de ‘libertarismo’).⁵⁸⁵ É uma felicidade estabelecida por princípio e não a partir de relações conseqüenciais.

Além do que, não seria razoável admitir uma análise de “maximização social da riqueza”, a partir de uma média geral de felicidade real (que acaba tornando-se absolutamente fictícia). Conquanto o próprio Posner procure afastar sua teoria da maximização do utilitarismo clássico (e sua posição a respeito da felicidade como valor em si), as críticas de DWORKIN são profícuas no afastamento da maximização econômica como um objetivo social digno. É fácil demonstrar que qualquer ganho de riqueza pode ser contrabalanceado por perdas de utilidade, de justiça ou outros elementos. Conclui o autor: “um ganho de riqueza social, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras conseqüências, boas ou más, não é absolutamente um ganho”.⁵⁸⁶

É comum ser ouvida a argumentação de que um indivíduo está em situação melhor se possui mais felicidade ao longo de sua vida, apesar de tê-la em menor intensidade em dias específicos, do que aquele que estivesse na posição inversa. Do mesmo modo, estaria em melhor posição uma sociedade que tivesse mais felicidade distribuída entre seus membros, apesar de particularmente muitos indivíduos serem menos felizes. Esta forma de percepção não é adequada e DWORKIN a contesta de forma interessante, entre outros, por dois motivos fundamentais: a) alguém certamente

⁵⁸⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Op. cit., p. 85.

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit., p. 365.

poderia preferir um ano inteiro de felicidade plena com a restante de medíocre satisfação a uma vida inteira sem êxtase, mas com um nível superior de felicidade; e b) o relacionamento interno da sociedade não se desenvolve como o indivíduo e suas próprias preferências ou satisfações. A sociedade não é um todo orgânico.⁵⁸⁷ Não há como medir a felicidade a partir destes parâmetros ou analogias, que são importantes tanto à validade do utilitarismo clássico como à da análise econômica do Direito.

A felicidade, mais do que um grau de satisfação verificável empiricamente, deve ser um fim estabelecido por princípio e não por critérios pragmáticos. Outra razão, portanto, que justifica a incompatibilidade entre a idéia de subsidiariedade e a idéia de desenvolvimento como felicidade. O critério de subsidiariedade depende da verificação de eficiência empírica do sistema. Sendo assim, decorre, em maior ou menor grau, de uma percepção pragmática da realidade e não de um paradigma principiológico (como propõe, corretamente, o sistema constitucional brasileiro).

No sistema europeu atual a relação entre subsidiariedade e desenvolvimento não é tão clara como no Brasil, pois o sistema de bem-estar sofre fortes influências do processo de justaposição dos distintos sistemas político-jurídicos presentes na Europa. Ademais, a União Européia é um “processo original”; não é o resultado de um programa definido. A concepção teleológica desta realidade em que “o fim atingido determina o meio a utilizar” resulta para o Direito em uma perspectiva na qual “o fim buscado pelo ordenamento condiciona a interpretação para as regras e princípios considerados”.⁵⁸⁸ A princípio, a matéria social e mais particularmente a laboral, que são intimamente ligadas ao desenvolvimento, é de competência concorrente (embora algumas matérias sejam exclusivas da União, como é o caso do livre trânsito de trabalhadores). A União tem competência para estabelecer regras referentes à igualdade de oportunidades e estabelecer diretivas que afinem a necessidade de intervenção no âmbito do racismo, emprego e ocupação. Também, são comuns as diretivas sobre seguridade social e saúde. E é interessante observar que a maior parte destes instrumentos de fomento ao desenvolvimento não possuem

⁵⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit., p. 364.

⁵⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **União Européia ...** Op. cit., p. 70.

qualquer remissão à subsidiariedade.⁵⁸⁹ Curioso observar que em 1993 foi concluído o “Livro Verde da Política Social Européia”, em que a aplicação do princípio da subsidiariedade também não é clara e nem mesmo um fator de destaque.⁵⁹⁰

Por outro lado, a “Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores” reconheceu expressamente o princípio da subsidiariedade (ainda que de forma muito abstrata, o que, na prática, acaba por favorecer a existência de competência comunitária em muitas matérias, apesar da regra geral contrária). Segundo José Maria M. BOTO, embora tenha sido um processo lento e progressivo, hoje já é possível até mesmo ser identificado um “Direito social Comunitário”, cujos principais objetivos seriam: a) “eliminar na medida do possível as diferenças entre as legislações nacionais que obstaculizem a integração econômica”; b) “criar uma política social que inclua um Fundo Social Europeu”; c) “estabelecer novos direitos sobre questões transnacionais ou fixar um nível mínimo de direitos sem prejuízo de disposições mais favoráveis”.⁵⁹¹ Como se pode ver, nenhum destes objetivos tem ligação direta com a subsidiariedade, e nem poderia ter, pois sua promoção depende justamente do raciocínio inverso.

A subsidiariedade, portanto, não é diretamente relacionada com a idéia de desenvolvimento no contexto da supranacionalização européia. Ao contrário, aparentemente, a idéia de subsidiariedade não combina muito com o processo desenvolvimentista adotado, que prestigia a atuação da União em primeiro plano e dos Estados em segundo plano, para daí partir para as coletividades mais próximas aos cidadãos. Mais do que a subsidiariedade, a “solidariedade” tem sido o fiel da balança não somente na perspectiva inter-estatal, mas também intra-estatal. A título ilustrativo pode ser mencionado o caso espanhol. Na década de 80 e 90 foram reduzidas em um ritmo significativo as tradicionais desigualdades regionais, principalmente entre as comunidades autônomas. Conforme os dados apontados por Rafael Lopez PINTOR, as diferenças de distribuição do produto nacional entre as regiões é cada vez menor. E embora parte do crédito sem dúvida seja decorrente de um crescimento endógeno, não é possível ignorar o forte impacto da política de compensação interterritorial tanto

⁵⁸⁹ BOTO, José Maria Miranda. **El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social**. Op. cit., p. 122-128.

⁵⁹⁰ PORTUGAL. Conselho Económico e Social. **Debate sobre o Livro Verde da política social européia**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1994.

⁵⁹¹ BOTO, José Maria Miranda. **El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social**. Op. cit., p. 135.

realizada em nível nacional como por obra da União Européia.⁵⁹²

Ainda que mediante um mecanismo de estreita colaboração, os fundos para o desenvolvimento utilizados na União Européia (denominados “fundos estruturais”) são eminentemente centralizados.⁵⁹³ O próprio FEDER (Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional), primeira forma de política regional oficial da União Européia, não retrata, ainda, uma efetiva amostra de qualquer regionalização. Pelo contrário, está associado ao alargamento comunitário, pois fundado no artigo 255º do TCE, que possibilita à estrutura supranacional a criação de competências não previstas expressamente no tratado, desde que sejam para atender objetivos da comunidade. Em 1988 foi instituído o Regulamento de Aplicação dos Fundos, edificado não a partir do princípio da subsidiariedade, mas no “Princípio da Parceria”, que pressupõe a criação de um “triângulo” entre região, Estado e Comunidade.⁵⁹⁴

A adoção de políticas não subsidiárias não significa a desconsideração da situação concreta das regiões; pelo contrário, este é o critério balizador fundamental das políticas de desenvolvimento da União. Sucede que o fundamento para a adoção deste modelo não é o princípio da subsidiariedade, mas o “Princípio da Coesão Social”.⁵⁹⁵ A desigualdade na Europa ainda é um fator complexo de influência no processo integracional, em razão do que as políticas desenvolvimentistas são de extrema importância, em um primeiro momento tendo como objetivos: a) buscar transformar regiões de escasso desenvolvimento ou de declínio industrial acentuado; b) reduzir a ruralidade e setores de densidade populacional muito baixa; c) controlar a situação de desemprego de longa duração; d) evitar o desemprego associado a mutações industriais; e, finalmente, e) fomentar a adaptação estrutural da agricultura e da pesca.⁵⁹⁶ Para esta finalidade, e como decorrência direta da pressão dos *Länder* alemães, foi introduzido no Tratado da União Européia o “Comitê das Regiões”, que é uma instituição de representação com caráter consultivo, de acordo com as diferentes estruturas componentes da União. A idéia de criação das regiões não consistiu algo

⁵⁹² PINTOR, Rafael Lopez. **Es la sociedad española solidaria?** Op. cit., p. 26.

⁵⁹³ Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), Fundo Social Europeu (FSE), Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA) e Instrumento Financeiro de Orientação das Pescas (IFOP). Representaram cerca de um terço do orçamento da União Européia na década de 1990. Cf.: STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: o papel do Comitê das Regiões na União Européia. In: Anais. **3º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política**. Niterói, 28-31 jul., 2002.

⁵⁹⁴ PIREZ, Francisco Lucas. **O Comitê das Regiões e subsidiariedade no Tratado de Maastricht**. Op. cit., p. 90.

⁵⁹⁵ STUART, Ana Maria. **Regionalismo e democracia ...** Op. cit., p. 7.

⁵⁹⁶ STUART, Ana Maria. **Regionalismo e democracia: ...** Op. cit., p. 9.

pronto e acabado; foi desenvolvida paulatinamente em nível comunitário, tornando-se uma nova forma de enquadramento intermédio para a indicação de desenvolvimento e planificação. Em resumo, nos anos de 1970 as regiões não existiam expressamente nos tratados; nos anos 80 até 90 surgem as políticas regionais (notadamente em uma perspectiva territorial e econômica); somente dos anos 90 em diante é que, com o Tratado de Maastricht, as regiões são integradas institucionalmente à estrutura política comunitária.⁵⁹⁷

Como não poderia deixar de ser, a tendência clara observada na atuação do Comitê é de interpretar o princípio da subsidiariedade como uma cláusula de não intervenção dos Poderes Públicos em geral “quando os cidadãos possam agir de maneira suficiente e eficaz”. Afinal, segundo a sua concepção, a gradação de competências com o prestígio das entidades inferiores redundaria em maior legitimidade democrática, transparência e eficácia das ações.⁵⁹⁸

No plano internacional, talvez o nível institucional de maior ligação entre desenvolvimento e subsidiariedade são os encontros promovidos pela ONU. A Agenda 21, documento-compromisso firmado no Rio de Janeiro em 1992 no marco da “Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento”, ao lado de estabelecer um conceito de atividades sustentáveis a partir do comprometimento entre gerações, estabeleceu três premissas fundamentais: a) a integração dos conceitos de desenvolvimento, bem-estar social e qualidade de vida; b) a exigência de uma melhor distribuição da riqueza tanto entre as gerações presentes como entre as futuras; e c) a proposição da uma efetiva utilização racional dos recursos naturais. Para a realização destes pressupostos a idéia é conferir preferência pela democracia participativa ao invés da representativa, transferindo-se para o nível local boa parte do “protagonismo da cidadania”.⁵⁹⁹

A Seção Terceira do Capítulo 28 do Programa procura tratar do assunto, estabelecendo um plano de ações locais em prol do desenvolvimento ambiental.⁶⁰⁰ Busca-se, assim, a substituição do “governo convencional” para um modelo “multinível

⁵⁹⁷ PIRES, Francisco Lucas. **O Comitê das Regiões e subsidiariedade no Tratado de Maastricht**. Op. cit., p. 83-91.

⁵⁹⁸ MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Op. cit., p. 252.

⁵⁹⁹ ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible. **Boletín de la A.G.E.**, n° 39, 2005, p. 425.

⁶⁰⁰ ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)**. Disponível em: <<http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2008.

e relacional”, no qual sejam ampliadas as possibilidades das administrações locais. Em termos expressos a Agenda 21 é bastante setorializada, não traduzindo uma efetiva regra geral de subsidiariedade. No entanto, parece claro que seu espírito está nas entrelinhas de todo o documento. Por consequência, a estratégia territorial europeia para a prática da sustentabilidade ambiental deve ser realizada desde a escala local. Na Cimeira Mundial de Desenvolvimento Sustentável de Johannesburgo (Rio + 10), ocorrida em 2002, o reconhecimento da subsidiariedade foi mais marcante ao serem reconhecidas as regiões como o primeiro e maior nível de subdivisão política dentro dos Estados individualmente representados na ONU.⁶⁰¹

De fato, toda esta promoção do princípio possui pouco impacto em Estados já descentralizados (isso no tocante ao plano vertical). Na Europa, a ênfase conferida à subsidiariedade nos documentos firmados nestes grandes encontros internacionais acaba refletindo mais uma ansiedade autonômica política e econômica das regiões e cidades do que propriamente um instrumento real de desenvolvimento ambiental (embora os reflexos desta tendência acabem surtindo fruto no sentido de ampliação da proteção e da sustentabilidade).

No plano horizontal é difícil verificar uma real transferência de competências, para além da ampliação da participação consultiva e fiscalizatória. Sem dúvida, nesta seara o documento possui conotação, e efeitos, prioritariamente simbólicos. Apesar da ampliação das menções expressas à subsidiariedade no contexto não só europeu como também global, talvez fosse mais apropriado pensar em um conceito de “responsabilidade compartilhada”. Esta proposta parece ter sido acolhida pelo Tratado de Amsterdã, além de estar expressamente formulada no “Quinto Programa de Ação Ambiental da União Europeia”, de 1993. Francisco Javier Sanz LARUGA, afirma que se trata de uma idéia muito mais ampla que a de subsidiariedade, pois um princípio de compartilhamento de responsabilidades não estabelece preferências apriorísticas, mas *“una acción concertada por parte de todos los actores implicados, que deberán cooperar entre si”*. O conceito de responsabilidade compartilhada requer *“no tanto la selección de un determinado nivel en perjuicio de outro,*

⁶⁰¹ ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. **Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible**. Op. cit., p. 429.

más bien, una intervención mixta de actores e instrumentos en los niveles adecuados”.⁶⁰²

Quanto ao particular universo dos Estados ainda em desenvolvimento, é preciso fugir de posições ingênuas a respeito da temática ora tratada. A despeito de toda a consagração no plano do “dever ser”, tanto no plano moral quando propriamente jurídico de direitos ligados ao desenvolvimento, existem obstáculos fáticos relevantes. Isso ocorre, pois embora não exista uma falta de recursos financeiros a Estados como o Brasil (principalmente considerando-se a incrementação econômica da primeira década deste século) e, sem embargo de não haver crise de produção verificável em uma economia de escala mundial, há uma profunda crise de distribuição. No mundo do início do século XXI, cerca de trezentos bilionários têm renda igual a mais de dois bilhões de indivíduos (um terço da população mundial).⁶⁰³ E o Brasil é um dos Estados com maior desigualdade entre os pólos da pirâmide social.

Esta conjuntura leva alguns autores a defender que o desenvolvimento é apenas um mito construído nos séculos XIX e XX, a partir de idéias evolucionistas que não teriam elementos reais de sustentação. A “ideologia da felicidade” típica do desenvolvimentismo seria uma construção teórica sem condições efetivas de realização.⁶⁰⁴ Sem deixar de considerar esta importante perspectiva crítica, não é possível imaginar outra posição a não ser a de defesa do “dever ser” consagrado na dogmática constitucional brasileira, que prescreve um modelo de Estado social, a partir de uma moralidade que permeia, influencia e determina a aplicação de tais normas, cuja finalidade é alterar uma realidade com ela incompatível.

II

O princípio da dignidade como ponto de partida do constitucionalismo social

Os Estados sociais e democráticos do pós-guerra vivenciaram o surgimento de uma teoria de direitos fundamentais que ultrapassa a noção de direito subjetivo rumo a um entendimento objetivo de valores que se tornam exigíveis como

⁶⁰² LARUGA, Francisco Javier Sanz. El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental. A Coruña: **Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n° 3, 1999, p. 561.

⁶⁰³ RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 130.

⁶⁰⁴ RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Op. cit., p. 125.

base de legitimidade da ordem jurídica; ou seja, independentemente de configurarem ou não um específico direito identificável subjetivamente, os direitos fundamentais passam a ser elementos estruturantes do Estado.⁶⁰⁵ Esta nova visão gerou controvérsia e dificuldade de precisão no tocante à sua determinação de conteúdo, pois alude ao reconhecimento de uma função axiologicamente irradiadora a toda a ordem jurídica.⁶⁰⁶ Função esta que passou a ser identificada por um princípio fundamental condicionador de todo o sistema: o princípio da dignidade humana. Este princípio acabou por fomentar novas perspectivas para o Direito administrativo do pós-guerra, ainda que demorando a moldar-se no Brasil devido ao lapso inerente ao período ditatorial e a crise econômica que se seguiu ao rápido crescimento dos anos 70. Nestes termos, é possível concluir que o real diálogo entre a função administrativa e os direitos fundamentais ocorreu mesmo somente após a Constituição de 1988 – o que não diminui em nada a força das novas perspectivas.⁶⁰⁷

Para Carlos Ayres BRITTO a dignidade “não tem outro fato gerador que não a humanidade mesma que mora em cada indivíduo”. Ou seja, deve ser reconhecido que “todo ser humano não é somente parte de algo, mas algo à parte. Não apenas parte de um todo, mas um todo à parte”. Deste modo, cada um é diferente do outro e todos devem receber idêntico respeito, em que pese as substanciais diferenças tipicamente humanas.⁶⁰⁸ Por outro ângulo de análise, Oscar Vilhena VIEIRA possui uma interessante passagem na qual pondera: “a dignidade humana está, portanto, vinculada à nossa capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar apenas pelas nossas paixões.”⁶⁰⁹ A digressão dos autores retrata um elemento essencial do conteúdo da idéia dignidade, que é a indisponibilidade com autonomia ou vice-versa.

Conforme Carlos S. NINO, o princípio da dignidade humana compõe um quadro de princípios de caráter moral fundamental, em que também estão presentes os princípios da inviolabilidade da pessoa (ao serem proibidos sacrifícios a um indivíduo

⁶⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 57.

⁶⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 67.

⁶⁰⁷ Sobre o assunto, ver: CASIMIRO, Lúcia Maria Melo de. Novas perspectivas para o Direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, n° 30, out./dez., 2007.

⁶⁰⁸ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Op. cit., p. 189.

⁶⁰⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65.

somente porque isso beneficia os demais), e da autonomia da vontade (que propugna pela liberdade de planeamento da vida e seus ideais de prazer ou ausência de dor).⁶¹⁰

Destes princípios decorreriam os direitos humanos.

A concepção de dignidade do autor é em certa medida restritiva, pois sugere apenas que todos os homens devem ser tratados de acordo com as suas vocações (ou seja, devem poder ter escolhas com liberdade). Genaro CARRIÓ acata a locubração de NINO, complementando-a ao afirmar que há uma ligação de recíprocas restrições entre tais princípios na medida em que a inviolabilidade limita a autonomia, a dignidade limita a inviolabilidade e a autonomia limita a dignidade. Por um lado a autonomia garante que os indivíduos possam e devam planejar racionalmente suas vidas, excluindo a intimidação, o engano e a ignorância (mediante a busca de um “consenso”); por outro lado, não seria adequado aceitar-se a imposição de sacrifícios a alguns indivíduos pela única razão de que redundam em um benefício aos outros. Neste contexto, a inviolabilidade preconiza que as pessoas devem colocar-se no lugar de cada um dos interlocutores, o que não acarreta a impossibilidade de prevalência do aspecto coletivo. Ao contrário, deve haver uma “preocupação impessoal” até mesmo frente aos próprios interesses (o que não significa o abandono dos interesses, mas uma permanente auto-reflexão sobre eles) e nisso reside à própria igualdade jurídica.⁶¹¹

J. J. Gomes CANOTILHO também elenca a dignidade como uma das bases do princípio republicano em Estados democráticos de Direito. Ainda, pondera que existe um princípio material subjacente à idéia de dignidade. Ele refere-se ao que denomina “princípio antrópico”, que compreenderia a noção de “*dignitas-hominis*”, construída pelo filósofo humanista Pico della Mirandola e que defende a existência de um homem “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”.⁶¹² Esta idéia de um projeto espiritual é complexa e compreende o entendimento da dignidade como um princípio de caráter moral que, por sua vez, conduz à alocação de um direito de idêntica natureza, não obstante ambos possuam também caráter jurídico, pois a dignidade vem sendo tradicionalmente reconhecida como princípio pelos ordenamentos do recente Estado moderno.

⁶¹⁰ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos ...* Op. cit., p. 46.

⁶¹¹ CARRIÓ, R. Genaro. *Los derechos humanos y su protección ...* Op. cit., p. 16 et seq.

⁶¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op.cit., p. 225.

É importante destacar que a idéia de dignidade não pode apenas ser fundada na de “autonomia do espírito”. Oscar Vilhena VIEIRA está entre os autores que tecem sua construção da dignidade como princípio moral a partir do imperativo categórico de KANT: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e jamais simplesmente como um meio”. Por intermédio desta premissa a dignidade ultrapassa a mera autonomia ou, ainda, a noção de liberdade, para ressaltar a proposta de “reciprocidade material”, mediante a qual o ser humano reconhece que não pode tratar nem a si nem a seus semelhantes como meio ou instrumento. O ser humano digno é aquele que se reconhece e é reconhecido como fim em si mesmo.

Do ponto de vista eminentemente político (e por que não jurídico), a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo primeiro, estabelece: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.” Para a realização desta perspectiva, torna-se necessária a identificação de um rol cada vez mais crescente de direitos fundamentais.⁶¹³ Esta concepção tem redundado em um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que a doutrina defende a idéia de dignidade vinculada ao mínimo existencial (propiciador de autonomia e reciprocidade), promove-se uma interpretação por demais extensiva do conteúdo do princípio, que acaba por englobar todo o plexo de direitos fundamentais e seus direitos constitucionais (e até infraconstitucionais) correlatos.

Ana Paula de BARCELLOS é exemplo desta tendência. A autora estuda o assunto a partir da idéia de dignidade como a presença de um mínimo existencial, só que retratado por distintas esferas de proteção jurídica. Para defender seu posicionamento promove uma análise da sistemática da Constituição Federal de 1988 a partir de quatro níveis: no primeiro estariam dispostos os princípios gerais, “de contornos menos precisos”, como é o caso do *caput* do artigo 170; no segundo nível estariam os sub-princípios inerentes à noção, como seria o caso do inciso VII do artigo 170; no terceiro nível estão os direitos sociais como os do artigo 6º; no quarto nível estariam os direitos mais específicos, como seria o caso do artigo 227.⁶¹⁴

⁶¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais ...** Op. cit., p. 67

⁶¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166 et seq.

O problema é que no final de seu raciocínio, a autora certamente ultrapassou em muito o “mínimo existencial”. Sua análise é bastante típica dentro da doutrina jus-constitucionalista nacional, ao ampliar de forma quase inconsciente o núcleo ontológico de dignidade mesmo logo após retratá-lo como a garantia de um mínimo aos cidadãos. O raciocínio é perigoso, pois pode banalizar a noção de dignidade fazendo com que o ganho em extensão provoque uma perda em densidade. Ingo Wolfgang SARLET, ressaltando de forma mais contundente a indivisibilidade da dignidade e, ainda, seu caráter não exclusivo, parece incidir em opinião convergente à de Ana Paula de BARCELLOS, quando afirma que todo o catálogo constitucional de direitos fundamentais deve ter como base o princípio da dignidade humana.⁶¹⁵

Não é esta a mais apropriada interpretação da sistemática constitucional brasileira, que elenca a dignidade como condição necessária, mas não suficiente, de realização dos direitos fundamentais. Torna-se imprescindível recorrer à idéia de felicidade como princípio-condição suficiente, pois esta sim diz respeito às obrigações do Estado social republicano com o máximo atendimento aos indivíduos e não somente com o mínimo. Como ponderou Jorge SALOMONI, é preciso estabelecer uma noção de “bem comum”, fundada no interesse público e que deve ser interpretada necessariamente *“como elemento integrante del orden público en el Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre, y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”*.⁶¹⁶

A dignidade é o sustentáculo primário, não o único, da idéia de direitos fundamentais quando se está sob o manto de um modelo de Estado social, cujo regime é marcadamente interventor. Daí que o desenvolvimento é corolário desta perspectiva, que ultrapassa em muito uma noção de dignidade vinculada à idéia de um Estado subsidiário, ou seja, de um organismo político que atende aos indivíduos apenas quando eles não podem se auto-responsabilizar pela sua “existência civilizada”. Vital MOREIRA assevera que “os limites negativos da actividade do Estado têm de deduzir-se de conceitos, normas e princípios constitucionais, nomeadamente, os que garantem os direitos fundamentais [...] ou que impedem o Estado de reservar para si o exclusivo

⁶¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115.

⁶¹⁶ SALOMONI, Jorge L. Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI Jorge L.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Argentina: Ad-Hoc, 2006, p. 25.

de determinadas esferas sociais”. Segundo o autor, isso significa que “há uma reserva de esfera pública (*lato sensu*: estadual) e uma reserva da esfera privada (dos particulares). Entre elas há todo um mundo, cuja partilha entre a esfera pública e a esfera privada cabe ao Estado fazer”.⁶¹⁷

É natural que a dignidade (e não a felicidade) tenha se tornado o princípio estrutural dos direitos fundamentais no pensamento contemporâneo dominante. Os eventos ocorridos até meados do século XX, como as duas guerras mundiais, as experiências nazista e stalinista, além da grave crise capitalista que caracterizou o início do período contribuíram de forma determinante para a mentalidade construtora das idéias atualmente em predomínio. Entrementes, como bem adverte Peter HÄBERLE, não seria correto que a noção se restringisse a esta perspectiva. Se a dignidade como reação “aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial” mereceu ser exaltada, principalmente nas declarações de direitos que lhe seguiram, “também importa destacar a dimensão prospectiva da dignidade apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa”.⁶¹⁸

Como retomar a idéia republicana de felicidade, quando não se tem nem liberdade nem dignidade? Por certo que mesmo a tendência social, política e acadêmica geral de defesa da atribuição de condições mínimas a todos em grande medida não ultrapassou o espaço retórico. Sobrevém que a conscientização a respeito da precariedade do nível discursivo, não permite concluir pela desimportância da consagração do princípio em declarações de entidades internacionais e nos respectivos ordenamentos internos dos Estados ocidentais. O hábito simbólico é um passo importante, ainda que insuficiente. Ao menos onde o Estado social se realizou, o ideário envolto ao princípio da dignidade foi concretizado, produzindo uma verdadeira possibilidade de autonomia dos espíritos mediante uma integração existencial dos seres humanos que não teve precedentes na história da humanidade.⁶¹⁹ Esta experiência passada deve toar como ensejo de esperança e não o contrário.

O discurso da dignidade efetivamente propiciou resultados positivos com influência formal importante nos ordenamentos nacionais. Destarte, neste início de

⁶¹⁷ MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 250.

⁶¹⁸ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

⁶¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 194 et seq.

século XXI é preciso retomar a idéia fundamental norteadora do Estado social, que não deve se limitar à dignidade e realmente não se limita. Veja-se que a Constituição Federal de 1988 é ilustrativa com relação a este assunto. A dignidade é tomada como um dos fundamentos da república federativa, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e livre iniciativa e do pluralismo político. É possível observar ainda como exemplo o próprio texto do artigo 7º, inciso IV, que prevê o estabelecimento de um piso mínimo salarial para todo o país que seja “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Não seria eticamente aceitável que todos estes requisitos pudessem ser compreendidos pelo conteúdo da dignidade. Pelo menos o lazer não é. Em um país como o Brasil, colocar nos mesmos termos elementos como a alimentação e o lazer seria um despropósito. Se for feita uma análise do sistema jurídico europeu, então talvez seja possível concluir que lá o lazer compõe a dignidade, pois superado o estágio harendtiano das necessidades. Mas nos Estados ainda não desenvolvidos esta seria uma conclusão por demais elitizada.

A idealização do salário mínimo no Brasil é composta de dois elementos: um mínimo e um máximo. Ou seja, mais do que digno, um sujeito que realmente percebe um salário mínimo nos termos em que a Constituição prevê está apto a ser um sujeito feliz. O que não significa que a idéia constitucional de felicidade limita-se ao disposto no artigo referente ao salário mínimo; nem mesmo a dignidade a ele restrinja-se, pois há outros elementos, inclusive meta-econômicos, que compõem o modelo do Estado de bem-estar. Por exemplo, um sujeito que receba tal salário mínimo poderá certamente ter sua dignidade ferida por sofrer algum tipo de discriminação; do mesmo modo, pode ser o ideal de felicidade não realizado em razão de impedimentos à livre iniciativa provocados por uma externalidade negativa produzida pelo mercado.

Peter HÄBERLE reconhece cinco condições que por um critério de “integração pragmática”, ou seja, no plano judicializável seriam necessárias para a garantia de dignidade: 1. a liberdade do medo, fruto da proteção social típica do Estado social; 2. a igualdade jurídica, só sendo permitidas desigualdades fáticas legítimas; 3. o livre desenvolvimento do espírito das pessoas (em termos de identidade e integridade); 4. a garantia do Estado de Direito e suas limitações em termos interventivos; 5. “o

respeito da corporalidade do homem como momento de sua individualidade autônoma e responsável”.⁶²⁰

Outro aspecto importante e que necessariamente integra o conteúdo de uma perspectiva de renovação do conceito de dignidade para o Estado social contemporâneo é a tomada dos direitos fundamentais como trunfos contra-majoritários garantidores da autonomia na ocorrência de intervenções inadequadas. Jorge Reis NOVAIS utiliza-se da metáfora inicialmente elaborada por Ronald Dworkin (que se encontra inserida numa base kantiana) mediante uma correta adaptação, transformando-a a partir de uma perspectiva “não categorial”. Ou seja, as posições jurídicas de cada um devem receber idêntico respeito pelo Estado, servindo como garantias contra qualquer pretensão de ser imposta ao sujeito uma restrição à sua liberdade “em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração”.⁶²¹

Segundo NOVAIS, a tese de Dworkin deve ser entendida com ressalvas, prestigiando-se nela a idéia da “indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte da maioria” e não como uma “pretensa possibilidade de contraposição estanque – direitos fundamentais contra fins colectivos de bem comum”. A proposta do autor é de realização do reconhecimento da vocação contra-majoritária da Constituição a partir da imposição do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo em relação a um poder que seja democraticamente legitimado para deliberar a respeito do bem comum. O conteúdo forte da dignidade estaria na “insusceptibilidade de tratamento da pessoa como mero objecto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado”. A autonomia garantida com esta perspectiva torna-se um resguardo de potenciais tentativas de interpretação da idéia máxima de felicidade como um instrumento para a opressão e para a relegação a segundo plano do direito de cada um viver conforme seus próprios padrões (ainda que com sérios limites inerentes à parte da vida alusiva à convivência e hetero-vinculação social).⁶²²

Esta opção constitucional de serem amalgamadas a dignidade e a felicidade é adequada considerando que tais fundamentos, em conjunto, remetem-se a um princípio ético aglutinador, que é o do humanismo republicano. Isso ocorre porque

⁶²⁰ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. Op.c it., p. 122.

⁶²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 28-29.

⁶²² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais ...** Op. cit., p. 30-31.

o poder em uma república tem caráter exclusivamente instrumental, o que exige o máximo, seja dos representantes detentores de mandato, seja daqueles que receberam função pública por intermédio dos outros mecanismos jurídicos de escolha dos agentes estatais. Não basta que o Estado, por intermédio dos representantes do povo, garanta o mínimo relativo à dignidade de todos, pois isso expressaria apenas um cumprimento parcial das obrigações tipicamente republicanas. Mais do que reconhecer a idéia tipicamente democrática da dignidade, é preciso ressaltar a idéia republicana da felicidade, que embora não mencionada expressamente pelo constituinte é decorrência inexorável da sistemática constitucional.

III

A felicidade como fundamento político do Estado

É conhecido o pensamento de ARISTÓTELES quando afirma que todo homem é um animal social, conferindo prioridade à esfera pública; perspectiva esta que é consonante com a mentalidade do período clássico, para quem o cidadão só era assim considerado se exercesse sua liberdade de participação política. Esta condição, tida como fruto do próprio caráter humano, era tomada como o fundamento da capacidade de diferenciar o justo do injusto, o conveniente do inconveniente. Em suma, o homem se caracteriza como tal porque “somente ele tem o sentimento do bem e do mal”, qualidade esta indispensável tanto para sua constituição privada quanto pública. Por conseguinte, “o todo deve ter necessariamente preferência sobre as partes”, pois um homem que não seja capaz de se integrar na cidade não é mais que um selvagem. A contrapartida desta preferência pela comunidade é a identificação da organização pública como efetivo meio de realização da felicidade das pessoas que nela vivem e que, por este motivo, podem ser consideradas cidadãs.⁶²³

Este estado de cidadania não era somente um bônus atribuído aos sujeitos enquadrados em tal condição. Aqueles que se dedicassem à política adquiriam um conjunto de deveres superiores, entre os quais se destacava como primordial a

⁶²³ ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora da UnB, 1997, p. 15 e 222.

“coragem pública”, qualidade que se tornou a virtude política por excelência.⁶²⁴ A felicidade, sendo uma decorrência do “hábito de praticar ações virtuosas e oriunda da aprendizagem e da experiência, acompanhada pela prudência”⁶²⁵ possui íntima ligação, portanto, à ação política. Como destaca Nadir A. PICHLER, para Aristóteles “a finalidade da polis não é somente a sobrevivência material do cidadão”. Muito mais do que uma simples união decorrente da conveniência recíproca, a comunidade reunida possui um dever moral e nobre inerente à convivência recíproca. Por este motivo “a dimensão política na polis é a consecução da felicidade, a realização da essência do homem”.⁶²⁶

Ainda que noutros contornos, esta “ligação original” entre felicidade e política pode ser encontrada na modernidade. De forma radicalmente distinta, pois a liberdade dos ocidentais modernos não mais permitiria tal prevalência do público sobre o individual, a felicidade passa a ser um fundamento republicano. A diferença nuclear entre os antigos e os modernos neste aspecto, contudo, não reside na oposição entre as idéias de participação ativa e garantia negativa, mas no fato que a felicidade deixa de ser um mero princípio filosófico e passa a ser um objetivo jurídico constitucionalizado.

Talvez nenhuma declaração moderna seja tão simbólica no estabelecimento da relação entre a felicidade e o poder político quanto a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, que afirma no seu parágrafo segundo: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.”⁶²⁷ Esta clássica visão política, apesar de retratar distintas influências filosóficas, destaca claramente uma vertente do utilitarismo para o qual a resultante do discurso filosófico sobre a racionalidade do interesse é o par “virtude-felicidade”. Três teses ou constatações basilares sobre o ser humano e a sociedade estão contidas nesta ótica: 1º) o legislador deve concretizar o princípio da maior felicidade para o maior número possível de indivíduos; 2º) cada indivíduo age exclusivamente para a satisfação do seu

⁶²⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 45.

⁶²⁵ PICHLER, Nadir Antônio. **A felicidade na ética de Aristóteles**. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo, 2004, p. 50.

⁶²⁶ PICHLER, Nadir Antônio. **A felicidade na ética de Aristóteles**. Op. cit., p. 83.

⁶²⁷ EMBAIXADA DOS EUA. **Declaração da Independência dos EUA**, de 4 de Julho de 1776. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em: 13 dez. 2008.

próprio interesse – e isso deve ser tomado como uma obrigação de buscar sua máxima felicidade pessoal; e 3º) a maior felicidade de cada um pode não ser alcançada se não houver uma conciliação artificial dos interesses sob o encargo do legislador.⁶²⁸

Seguindo vertente radicalmente oposta, uma das famosas proposições sobre a história defendida por KANT trata justamente do vínculo entre racionalidade e felicidade. A terceira proposição é assim descrita: “a natureza quis que o homem tire totalmente de si tudo o que ultrapassa o arranjo mecânico/da sua existência animal, e que não participe de nenhuma outra felicidade ou perfeição exceto a que ele conseguiu para si mesmo, liberto do instinto, através da própria razão.”⁶²⁹ O pensamento kantiano coloca o homem como centro auto-responsável por sua felicidade, refutando uma idéia de felicidade pré-ilustração, derivada de um paradigma teológico. Assim fazendo, a felicidade passa a decorrer de uma evolução (jus)natural rumo à racionalidade moderna. O que não implica qualquer visão utilitarista, pois os princípios pragmáticos de maximização da felicidade defendidos por Jeremy Bentham (inclusive com participação governamental) aceitam facilmente que a felicidade para o maior número possível de indivíduos resulte a infelicidade para o menor. E esta seria uma consequência inaceitável para a filosofia kantiana, para a qual “uma conduta interessada não pode possuir valor moral e a virtude não poderia ter por conteúdo e objetivo a felicidade”. A felicidade, para Kant, não pode ser uma idéia, mas apenas um “ideal” (não um ideal da razão, mas da imaginação), desse modo, trata-se apenas de uma máxima subjetiva fruto do desejo.⁶³⁰

Este percurso rumo à felicidade subjetiva tipicamente kantiano é coerente com a idéia de desenvolvimento como meio ou instrumento. Ou seja, para que seja feliz, o homem tem que se desenvolver, rumo a uma situação de bem-estar pessoal. Inobstante é preciso não confundir esta idéia moderna de auto-responsabilidade com a pós(pré)-moderna de uma felicidade pautada na culpa (não mais a culpa de fundo teológico, mas laicizada). A pós-modernidade quebra com todas as barreiras de uma felicidade objetiva, rumo à busca de exemplos para ser feliz. É o que Zygmunt BAUMAN chama de “Fenômeno Jane Fonda”. A felicidade do homem (assim como o

⁶²⁸ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 27.

⁶²⁹ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 24.

⁶³⁰ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da Filosofia moral e política ...** Op. cit., p. 28.

seu corpo) é fruto exclusivo das suas ações. A “salvação” nesse sentido retorna a uma forma análoga pré-moderna fundada na auto-responsabilização do indivíduo isolado e independente da coletividade em que está inserido (agora não mais por amor a Deus, mas a si próprio).⁶³¹ Não é sem razão que entre os maiores *bestsellers* da contemporaneidade estão os livros de auto-ajuda.

Seguramente a idéia kantiana de desenvolvimento não equivale ao entendimento atual da expressão, embora tenha um núcleo comum, que é a alocação do desenvolvimento como um processo que tem a felicidade como fim. Nesta trilha seguiram muitos pensadores da tradição racional-evolucionista kantiana, pois “no contexto desta ideologia da felicidade pelo progresso material, já no fim do século XVII Adam Smith descrevia as etapas que trariam a riqueza das nações”. Por outro lado, o próprio Karl Marx, “outro grande ideólogo da felicidade da humanidade por meio do progresso material, pensava também com base neste mesmo pendor evolucionista de Smith”, pois acreditava que o progresso material da humanidade decorre de um processo que se inicia com “a passagem do feudalismo para o capitalismo e depois deste para o comunismo, com o qual termina a história e nasce a felicidade perpétua”.⁶³² Teorias estas que também foram influenciadas pelo utilitarismo segundo o qual “a verdadeira felicidade implica o aproveitamento de coisas verdadeiramente úteis, e só são verdadeiramente úteis aqueles bens que contribuem à autenticidade da felicidade”.⁶³³ É comum as grandes correntes economicistas penderem para esta forma de compreensão filosófica da vida.

KANT não aceita a idéia de que a felicidade possa ser um princípio material de filosofia política. Isso decorre de sua tese de que as diretrizes políticas não devem ser derivadas do bem-estar ou da felicidade geral do povo, por conseqüência, “não derivam do fim que cada Estado para si estabelece como objecto (do querer), como princípio supremo (mas empírico) da sabedoria política, mas do puro conceito de dever jurídico (da obrigação moral, cujo princípio *a priori* é dado pela razão pura), sejam quais forem as conseqüências físicas que se pretendam.”⁶³⁴ De forma aparentemente paradoxal, é possível concordar em parte com esta análise para defender uma teoria da

⁶³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Op. cit., p. 79.

⁶³² RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Op. cit., p. 125.

⁶³³ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da Filosofia moral e política ...** Op. cit., p. 7

⁶³⁴ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 162.

felicidade como princípio, mas que não implique o reconhecimento do utilitarismo, o que KANT afasta radicalmente. Esta perspectiva acomoda-se perfeitamente a uma teoria valorizadora do Estado social-democrático (logo, meta-pragmático). Cabe apenas destacar-se previamente da base inerente à concepção política kantiana, que se restringe à liberdade, relegando a felicidade para fora da política.

A felicidade tem que ser entendida como um princípio próximo da filosofia prática metafísica (ainda que não mais pautada num racionalismo abstrato e universal, como o kantiano). Deve ser entendida como um *a priori* do “espírito do Estado social” e do próprio caráter do que é republicano (segundo o momento histórico vivenciado). A tarefa própria da atividade política é a consonância com este princípio. Por este motivo é que, a despeito de partir-se da teoria kantiana, não é possível concordar com suas conclusões, destacadamente aquelas que propugnam pela “eliminação de todas as condições empíricas (da teoria da felicidade) enquanto matéria da lei”.⁶³⁵ A lei seguramente pode ter em vista dispositivos concretos que propugnam pela busca de felicidade. Especialmente a partir o abandono de visões limitadas à simples consideração formal da legalidade. A atual idéia de juridicidade e, portanto, de uma ultrapassagem da legalidade em sentido estrito rumo ao respeito ao Direito como um todo deve congrega, imprescindivelmente, o aspecto material (de conteúdo).

Não obstante, podem ser identificadas duas espécies de refutações a esta alocação da felicidade como princípio moral/político fundante dos fins do Estado: primeiro, a “contestação subjetivista” de que a realização da felicidade seria *a priori* impossível, devido ao seu caráter eminentemente subjetivo e até mesmo, “psicológico”; segundo, a “contestação pragmatista” de que o Estado em regra não promoveria a felicidade, pelo contrário, muitas vezes é origem de infelicidade concreta dos homens. As duas objeções, embora bastante reais e problemáticas, podem ser afastadas com certa facilidade.

A primeira questão reporta-se à própria condição de possibilidade de existência de um princípio com tal natureza, qual seja, a de imposição de um dever ao Estado de promoção da felicidade da sociedade. Eugênio BULYGIN afirma categoricamente, e até com certa ironia, que não há sentido em determinar-se que um Estado seja justo ou injusto, que seja rico ou pobre, da mesma forma que seria

⁶³⁵

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 171.

incongruente prescrever que as “árvores sejam verdes”. Segundo o autor, certamente que é possível existirem Estados justos e injustos, ricos e pobres, assim como as árvores geralmente são verdes; porém estes casos se reportam a um estado de coisas impassível de sofrer prescrição.⁶³⁶

Discorda-se do autor. Não é novidade para as instituições políticas organizadas a aceitação de princípios morais condicionantes da política e do Direito. O ideal de justiça é um deles e, em que pese a contestação de BULYGIN, não consiste em tão controvertido escopo político. Sem embargo, é muito mais fácil para a filosofia política aceitar a justiça como *a priori* político do que a felicidade, o que não se justifica do ponto de vista teórico. KANT esclarece a situação de forma satisfatória quando afirma que “a moral é já por si mesma uma prática no sentido objetivo, enquanto totalidade de leis que ordenam incondicionalmente, de acordo com as quais devemos agir, sendo um evidente absurdo alguém, depois de ter admitido a autoridade deste conceito de dever, querer dizer que não se pode realizá-lo”.⁶³⁷

A idéia grega de virtude “areté” pode ser um bom começo para se compreender o sentido de uma felicidade objetivamente considerada não somente como fim político, mas também como fim jurídico do Estado constitucional contemporâneo. Trata-se de uma palavra que “designa uma excelência que consiste em realizar de maneira ótima aquilo o que se está destinado, quer dizer, o cumprimento o mais perfeito possível da função que a natureza atribui a um ser”. E é com esta excelência que a felicidade mantém relações complexas, porém inafastáveis.⁶³⁸ E isso não sugere qualquer legitimação filosófico-utilitarista, restando claro que tal teoria ou presta-se somente a uma análise meta-jurídica do problema ou, então, a uma consideração meramente instrumental (com o que não é possível concordar, pois o espírito do Estado social exige um conteúdo ético estabelecido por princípio).

Segundo a teoria da escolha racional, fundada nos pressupostos do individualismo metodológico, “nenhum modelo de análise dos fenômenos econômicos e sociais é pertinente se ele não faz de toda ação coletiva a resultante de uma multiplicidade de racionalidades individuais”. Trata-se de uma corrente de

⁶³⁶ BULYGIN, Eugênio. **Alexy y el argumento de la corrección**. Op. cit., p. 47.

⁶³⁷ KANT, Immanuel. Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua. In: BUZZI, Arcângelo R.; BOFF, Leonardo (Coords.). **Immanuel Kant: textos seletos**. Tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 130.

⁶³⁸ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da Filosofia moral e política ...** Op. cit., p. 20.

pensamento que prestigia a capacidade que os indivíduos têm de hierarquizar suas preferências a partir de uma racionalidade subjetiva e universal. Seu ponto fraco é justamente esta visão parcial do ser humano, recusando a influência dos fatores irracionais incidentes sobre o comportamento.⁶³⁹ Como apontam vários autores, entre os quais Eduardo GIANNETTI, “não há nada mais irracional do que ignorar os limites da racionalidade”.⁶⁴⁰ Relata o autor que de um ponto de vista individualizado, parece fazer sentido cada um tentar separadamente “subir na vida”. Por decorrência, faria sentido haver uma proporção maior de pessoas felizes entre os mais ricos que entre os mais pobres. Todavia, se verificado o resultado global, o efeito produzido por esta “escolha racional” particularizada não é coincidente. Por exemplo, um artigo do *Psychological Science* chegou à conclusão de que conquanto os norte-americanos possuam uma renda per capita e condições de bem-estar em 1995 muito melhores que em 1957, eles definitivamente não estão mais felizes que outrora.⁶⁴¹

Uma apreciação que pode ser feita em relação a este paradoxo é que o atendimento de certas necessidades básicas como as nutricionais ou relativas à moradia possuem um forte impacto positivo no bem-estar subjetivo. A partir de certo ponto, quando as necessidades elementares estão satisfeitas o que importa não é mais a renda absoluta, mas a “renda relativa”, ou seja, a situação em que as pessoas estão com relação às demais. O que passa a ser relevante é “como a pessoa se percebe diante dos outros, diante do seu grupo de referência, diante daqueles cujo sentimento e opinião contam para ela”. A felicidade passa a ser medida não mais pelos bens primários, mas pelos “bens posicionais”.⁶⁴²

Na sociedade de consumo, é esta situação posicional com relação à felicidade que faz com que seja comum os ricos se orgulharem de sua riqueza “mesmo que ela tenha sido obtida por meios pouco ou nada admiráveis, enquanto os pobres se envergonham da sua pobreza, mesmo que não haja nada do que se envergonhar no modo como ganham o pão.” Sem se dar conta os homens típicos da sociedade moderna acabam por exibir sua riqueza e esconder sua pobreza. Sucede que esta “exigência cultural” típica da mentalidade contemporânea denota características cruéis. Afinal, o

⁶³⁹ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da Filosofia moral e política ...** Op. cit., p. 40.

⁶⁴⁰ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 175.

⁶⁴¹ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade ...** Op. cit., p. 77.

⁶⁴² GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade ...** Op. cit., p. 78.

sucesso de uns é, por definição, o fracasso da maioria.⁶⁴³

Este ponto de vista torna extremamente pertinentes as considerações de Michael WALZER sobre a importância de serem estudados os “critérios” de estabelecimento dos fins da justiça distributiva. Os principais seriam três: 1. o livre cambismo; 2. a necessidade; 3. o mérito. O livre cambismo é plural por definição e ilimitado, pois não garante nenhum resultado distributivo em especial (o que permite toda sorte de injustiça, notadamente econômica). A necessidade é particular e limitada, pois significa atribuir a cada um os bens segundo o que efetivamente precisar (o que não deixa de configurar um caráter meramente ideal).⁶⁴⁴ O mérito (princípio extremamente exaltado hoje em dia) também é plural e ilimitado, mas não gera uma prerrogativa universal. E exemplifica: um homem pode ser considerado encantador e reconhecido como tal, mas nem por isso há o dever de toda mulher ser encantada por ele (nem seria razoável propor a admissibilidade de uma intervenção externa para obrigar determinada mulher que cedesse aos seus encantos); ou seja, qualquer pessoa pode ser talentosa em negociações e trocas e, por este motivo, acumular bens; e será seu direito possuí-los. Contudo, não deixa de ser estranho imaginar que ela “merecerá” tê-los pelo único motivo de que tem talento. Aliás, seria mais razoável supor que, se estes bens fossem pinturas, mais merecedor de tê-los seria quem possuísse “cultura artística”. Ocorre que, em geral, as pessoas estão francamente mais dispostas a aceitar o primeiro fundamento, e não o segundo, como meio de legitimação, o que resultaria em forte resistência se o Estado pretendesse intervir no sentido de redistribuição destes bens.⁶⁴⁵ Todos estes critérios carregam fortes limites na consecução da igualdade e da felicidade, o que não sugere a sua desconsideração pelo modelo de Estado social, cujo foco, para além da distribuição de bens (sejam eles econômicos ou não), deve relevar as diferentes esferas da justiça.

Ronald DWORKIN afirma que as dificuldades de comparação do bem-estar entre os indivíduos (e sua felicidade) não torna incoerente ou inútil o princípio em que ele se funda, ou seja, de que “na medida do possível, ninguém deve ter menos bem-estar que qualquer outra pessoa”. Segundo o autor, se tal *a priori* político constituir-se como sólido princípio, “então o ideal de igualdade de bem-estar pode

⁶⁴³ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade ...** Op. cit., p. 82.

⁶⁴⁴ WALZER, Michael. **Esferas da justiça ...** Op. cit., p. 25 et seq.

⁶⁴⁵ WALZER, Michael. **Esferas da justiça ...** Op.cit., p. 26-31.

perceptivelmente deixar em aberto o problema prático de como tomar decisões quando a comparação de bem-estar fizer sentido, mas seu resultado não for claro”. Isso justifica o motivo pelo qual a teoria da igualdade deve servir como modelo normativo e não como um mecanismo de “controle de êxito” (ou satisfação).⁶⁴⁶

Considerando todas estas variáveis inerentes ao controle da escassez de bens aptos à satisfação das necessidades, torna-se impossível concordar com a tese da escolha racional, tanto quanto se apresenta inapropriada a tese procedimentalista (que no tocante a este assunto, é bastante próxima da pragmatista). Conjecturar que seria “justo, moral e racional o sistema político, por consequência, necessariamente formal e procedimental, que deixa os indivíduos livres para a realização dos seus próprios fins”⁶⁴⁷ equivale a levantar um véu tendente ao obscurecimento da vida. Ainda que restrita à ordem privada, esta idéia acaba traduzindo-se num direito fundamental de busca da própria felicidade que acaba por provocar, por uma questão lógica e prática, a necessária infelicidade alheia. Embora mereça subscrição a réplica procedimentalista destinada aos fundamentalismos defensores de uma “vida boa” que seria coletivamente compartilhada, por certo que isto não implica a inexistência de qualquer possibilidade de ser estabelecido um juízo ético sobre o comportamento individual dos sujeitos.

IV

A felicidade como fim característico do Estado social contemporâneo

A proposição de que a felicidade somente pode ser apropriada individualmente e não a partir de uma objetivação ético-jurídica é tão inadequada quanto à afirmação de que a moral é inapreensível a não ser particularmente, como defende Eugenio BULYGIN,⁶⁴⁸ ou mesmo Paolo COMANDUCCI, por sua vez filiados a

⁶⁴⁶ A verticalizada análise da igualdade de bem-estar realizada pelo autor implica considerações bem mais complexas do que as aqui expostas e que foram referidas somente para não deixar de mencioná-lo, dada a sua importância. Cf.: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10 e 17.

⁶⁴⁷ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. (Orgs.). **História argumentada da Filosofia moral e política ...** Op. cit., p. 43.

⁶⁴⁸ Segundo Paula GAIDO, Bulygin é um cético moral, sendo que seu ceticismo não se refere apenas à impossibilidade de conhecimento (ceticismo cognoscitivo); acredita na própria inexistência de uma verdade moral ontológica (ceticismo ontológico). Cf.: GAIDO, Paula. Introducción. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La**

autores que discordam da possibilidade de uma “moral objetiva”, alegando a inafastabilidade de uma parcial indeterminação do Direito, por conta da existência de um “pluralismo ético”. Nesta ótica, as decisões democráticas dependeriam apenas de uma adequada “justificação racional”.⁶⁴⁹ A crítica de Robert ALEXY à moral objetiva caminha neste sentido, pois também prestigia a ética discursiva como fundamento para o estabelecimento dos argumentos morais, mas se diferencia sensivelmente quando o autor defende que sua “pretensão de correção” possui uma “dimensão ideal” que escapa ao âmbito da estrita contingência.⁶⁵⁰ Alexy contesta Bulygin afirmando que relevar a posição ética não exige o reconhecimento de uma “mesma moral”; bastaria, na realidade, a verificação de uma “moral correta”, no sentido de uma “moral fundamentada” ou justificada.⁶⁵¹ Por decorrência, a relação entre Direito e moral não exigiria, então, uma moral objetiva efetivamente compartilhada por todos. As conseqüências morais da pretensão de justificabilidade retratariam a necessidade da práxis de uma argumentação racional sobre o que seria moralmente correto e, ainda, a possibilidade de edificar sobre esta base uma racionalidade de índole prática.⁶⁵²

A despeito das críticas apontadas, Ronald DWORKIN refuta a visão de que não existem princípios morais objetivamente identificáveis e de que os argumentos morais se encontrariam apenas nas esferas de subjetividade do sujeito (como classe, raça ou gênero). O autor afirma que este “ceticismo moral” muito na moda peca por ser inadequado à presente realidade constitucional, cujo sistema é fortemente pautado em princípios ético-jurídicos.⁶⁵³ Quando da tomada de decisão a respeito de uma norma constitucional deve ser respeitada a sua “integridade”, o que afasta a possibilidade de posturas fundadas em uma “moral subjetivista”, ou seja, que são lastreadas em convicções particulares.⁶⁵⁴ Tanto o raciocínio de Dworkin quanto o de Alexy, ainda que por caminhos diversos, possibilitam o entendimento da felicidade como princípio estruturante de uma ética do Estado e do Direito.

pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral). Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 47.

⁶⁴⁹ COMANDUCCI, Paolo. **Principios jurídicos e interderminación del derecho.** Op. cit., p. 103.

⁶⁵⁰ ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral).** Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 56.

⁶⁵¹ GAIDO, Paula. **Introducción.** Op. cit., p. 28.

⁶⁵² ALEXY, Robert. **Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin.** Op. cit., p. 109.

⁶⁵³ DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarista.** Op. cit., p.119.

⁶⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarista.** Op. cit., p.109.

Sopesando-se a controvérsia, há uma questão de fundo preliminar que é comumente deixada de lado, mesmo sendo de alta relevância para a conclusão: possuem os autores efetiva concordância semântica quanto ao uso da idéia de “objetividade” e “subjetividade”? Cabe o esclarecimento de que uma compreensão da felicidade como princípio objetivo (usando-se o sentido mais simples que se possa ter da dicotomia) indica não apenas, mas de forma determinante, que a sua apreensão deve ser justificável; e “uma justificação será objetiva se puder, em princípio, ser submetida à prova e compreendida por todos”. Isso não significa aceitar a idéia de que o princípio da felicidade permite, sempre, uma justificação ou verificação integral do ponto de vista da esfera do ser. De outra via, é indispensável o controle racional mútuo por meio da discussão crítica. É por intermédio desta característica que pode ser qualificado como público, logo, um princípio meta-subjetivo.

A felicidade subjetiva de cada um é inerente aos seus sentimentos e, portanto, tarefa da psicologia ou da psicanálise.⁶⁵⁵ A provável situação de que um ou mais sujeitos não sejam felizes (e, até mesmo, não sejam feitos felizes pelo Estado – ou, mais do que isso, tornem-se infelizes por obra do Estado) em nada influencia o Direito objetivo. Assumir o fato de que um ou mais católicos não vão à Igreja não faz desaparecer o dever moral de comparecimento, nem o juízo de reprovação de seus pares em face da ausência. E se não é relevante para o entendimento definitivo a felicidade fática, mas sim o dever jurídico de felicidade, então não será relevante qualquer conceito psicológico ou empírico, mas sim o jurídico-ético (que será construído politicamente), sendo irrelevantes quaisquer aferições ou juízos de probabilidade. O católico pode não ser, como não é, obrigado a ir à Igreja, mas certamente “tem a obrigação” de ir.⁶⁵⁶

O princípio da felicidade, na qualidade de um dever do Estado não ocorre por conta de uma imposição jurídica de conseqüências negativas (ainda que elas possam existir). A violação do princípio não é somente o fundamento para o vaticínio de que se seguirá uma reação infeliz, mas a própria “razão” para a infelicidade. Ou seja, para o Estado “a felicidade consiste na contínua adaptação dos direitos às

⁶⁵⁵ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 46. Conferir ainda: POPPE, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

⁶⁵⁶ Hart explica com perfeição a diferença entre “a asserção de que alguém *foi obrigado* a fazer algo e a asserção de que essa pessoa tinha *a obrigação* de o fazer”. Cf.: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 205, p. 92 et seq.

necessidades”.⁶⁵⁷ Mas há que se ter cautela com este raciocínio.

É preciso considerar a lúcida advertência de Eduardo GIANNETTI de que a felicidade é absoluta quanto às necessidades básicas, mas torna-se relativa após estas satisfeitas. Isso significa que o mero desenvolvimento econômico não compra felicidade em países que romperam com a barreira de US\$ 10 mil anuais per capita, mas é essencial a ela em comunidades de renda inferior. E ainda que se discorde do parâmetro numérico utilizado, dificilmente pode-se negar o “retorno marginal decrescente” inerente ao desenvolvimento econômico (o que ressalta seu caráter eminentemente instrumental). Daí que a preocupação do Estado social deve ser focada em diferentes níveis e é legitimada por razões distintas que não se restringem a um ponto de vista metafísico ou idealizado. Há razões concretas para que, primeiro, defenda-se o Estado social; e, segundo, atribua-lhe como essencial a felicidade como princípio.

O século XX encerrou-se contemplando uma renda média de cerca de US\$ 26 mil anuais por habitante nos países ricos (América do Norte, União Européia, Oceania e Japão - onde vivem cerca de 900 milhões de indivíduos). Já no resto do planeta (Ásia, África, América Latina e leste europeu - onde vivem cerca de 5,1 bilhões de pessoas) a renda per capita não passa dos US\$ 3,5 mil ao ano. Isso significa que “o nível de desigualdade entre os países do mundo é maior do que a desigualdade de renda existente dentro de qualquer país do planeta”. Em um resumo direto: “o mundo é um lugar mais desigual do que o mais desigual lugar do mundo”.⁶⁵⁸ O sistema jurídico brasileiro capitaneado pela Constituição de 1988 trata de forma adequada esta questão, não somente do ponto de vista econômico (que é essencial, pois denota uma condição de possibilidade para a vida digna), mas também em outras searas, na medida em que se preocupa com o desenvolvimento geral da personalidade dos cidadãos viventes no seu espaço de interferência.

Mesmo do ponto de vista prático, não se imagina razoável supor que os exemplos concretos de atuação do Estado no sentido de provocar o que poderia ser entendido como a infelicidade, conduza ao não reconhecimento da felicidade como princípio. A filosofia kantiana parece também resolver adequadamente o problema: “embora a proposição *a honestidade é a melhor política*, contenha uma teoria que,

⁶⁵⁷

MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Op. cit., p. 64.

⁶⁵⁸

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade ...** Op. cit., p. 84.

infelizmente, a prática com muita frequência contradiz, a proposição está infinitamente acima de toda objeção, sendo mesma a condição indispensável da política”.⁶⁵⁹

Um princípio de caráter moral como aquele que impõe como finalidade do Estado a felicidade da sociedade é um imperativo que ordena incondicionalmente o agir (e por se referir ao agir, é essencialmente uma prática); porém, como estipula um dever, sendo irrelevante a capacidade humana de realizá-lo ou não, é, nesse sentido, teórico.⁶⁶⁰ De fato, a sua aceitação como realidade não deixa de ser uma utopia e, nesse sentido, é contrafactual. Isso não significa que o princípio da felicidade é irreal ou mesmo que não possa ser efetivamente aplicado (e aplicado em uma ordem jurídica). Consiste, portanto, em uma proposta de natureza normativa.⁶⁶¹ Uma idéia reguladora insubstituível quando se tem em vista uma sociedade como a brasileira, ainda carente de um Estado que se realize como social. A inexistência generalizada da felicidade mínima absoluta é justamente um requisito fático para a ampliação da exigibilidade de uma condição normativa mais intensa. Condição esta cuja capacidade de interferência fática será sempre mais limitada do que seu escopo vem a determinar.

Conforme destaca Francisco LAPORTA, *“basta con que el sistema en cuestión considere que lo es o lo suponga aunque no lo experimente así el titular en la realidad”*.⁶⁶² Por outro lado, isso não significa que seja possível adotar uma posição meramente formal, desvinculada da vida. O raciocínio em questão precisa apenas ser limitado à idéia de que a vinculação ao princípio da felicidade (e aos direitos a ela inerentes) sempre deverá buscar uma específica “satisfação” que ultrapassa a possibilidade de verificação concreta particularizada. O caráter de princípio conferido à felicidade pode ser destruído “se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número).”⁶⁶³ Há, portanto, um “dever de produzir felicidade ao homem”, que é imposto ao Estado independentemente das condições práticas e simplesmente em decorrência de sua condição de caráter político. O Direito não possui apenas um lado

⁶⁵⁹ O exemplo busca retratar o argumento metodológico e não de conteúdo, pois, por certo que poderia ser contestado do ponto de vista teórico que a honestidade faz parte de política. Bastaria que se mencionasse Maquiavel. KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua**. Op. cit., p. 130.

⁶⁶⁰ KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua**. Op. cit., p. 131.

⁶⁶¹ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 108.

⁶⁶² LAPORTA, Francisco. **Sobre el concepto de derechos humanos**. Op. cit., p. 29.

⁶⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., p. 36.

fático ou real, ele possui uma dimensão crítica ou ideal, que não pode ser desconsiderada.⁶⁶⁴

Nestes termos, não é aplicável à presente tese a pertinente crítica de Karl POPPER de que “de todos os ideais políticos, o de fazer o povo feliz é talvez o mais perigoso”.⁶⁶⁵ O sentido de felicidade criticado pelo autor assemelha-se ao utilitarista, além de propugnar por um entendimento subjetivo e até mesmo irracional do termo em que a moral não seria uma questão de razão, mas de sensibilidade;⁶⁶⁶ ademais, não trata a felicidade como princípio objetivo (segundo o seu próprio conceito de objetividade). Não se ignora que um sentido subjetivo poderia requerer a imposição dos valores de quem detivesse o poder (como efetivos tutores da felicidade do povo, julgando o que fosse entendido o melhor para todos). Poderia, então, levar à intolerância (como nas guerras religiosas ou na salvação pela inquisição).⁶⁶⁷ Preocupar-se, nestes termos, com a felicidade alheia é uma faculdade atribuída ao sujeito privado e não do Estado. Aliás, cabe ao Poder Público justamente exercer uma atividade limitadora das tentativas indevidas de imposição dos valores de cada um aos demais. E apesar deste dever que lhe é inerente, não precisa o Estado se preocupar mais com a conquista da felicidade de cada um do que com quantos cabelos o homem precisa para deixar de ser careca.⁶⁶⁸

O que não significa olvidar que “os seres humanos são únicos” e, sendo assim, “não podem e não devem ser equalizados no que se refere à busca da felicidade”.⁶⁶⁹ A procura pela felicidade privada é inerente à idéia negativa de liberdade e deve ser assegurada como um direito fundamental. Porém, isso ocorre somente se esta busca não entrar em choque com outros elementos estruturantes, como as máximas morais integradas ao modelo do Estado social. É preciso ressaltar que a busca subjetiva da felicidade será injusta se permitir qualquer forma de utilização do ser humano exclusivamente como instrumento e não fim (infringe-se, neste caso, a

⁶⁶⁴ ALEXY, Robert. **Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral ...** Op. cit., p. 95.

⁶⁶⁵ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora da USP, 1987, p. 245.

⁶⁶⁶ Como era o entendimento conservador de Lord Devlin em sua polêmica com Hart, sustentando a existência de uma “cláusula de proteção moral” que poderia ser utilizada quando o bem que ela protege teria valor superior ao bem garantido por um direito humano (por exemplo, a proteção contra a desintegração social seria superior à liberdade de autodeterminação sexual). Sobre o assunto conferir: MALEN, Jorge. De la imposición de la moral por el derecho: la disputa Devlin-Hart. **Revista Isonomía**, Barcelona, n° 04, p. 10.

⁶⁶⁷ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Op. cit., p. 245.

⁶⁶⁸ Fazendo uma analogia com o exemplo de Hart. Cf.: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 65.

⁶⁶⁹ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 106.

liberdade positiva e a igualdade racional, rompendo com o pressuposto mínimo que é a dignidade).

Por outro lado, ressaltam Agnes HELLER e Ferenc FEHÉR que a felicidade, inobstante seja um princípio político que pode ser intitulado de “formal” (pois não define *a priori* nenhuma meta concreta a ser realizada pelo governo), também deve ser entendida no seu sentido “material”; ou seja, há um direito de “busca da própria felicidade” em público (por meio da participação democrática de todos nos processos políticos). E, mediante esta dupla condição, consagram em sua essência “máximas morais” da democracia tais como: liberdade, justiça, igualdade racional, justiça (compatibilização entre as necessidades humanas e a liberdade, justiça e igualdade) e equidade (apoio dos setores sociais mais seguros aos mais frágeis).⁶⁷⁰ Máximas estas que são comportadas em uma “ética da equidade”, de pressuposto liberal, como parece defender Dworkin,⁶⁷¹ porém não necessariamente contratualista (pois é possível escapar desta armadilha privatista).

Em suma, os únicos valores passíveis de determinar o conteúdo do princípio da felicidade são justamente aqueles objetiváveis no sistema jurídico-constitucional e, mesmo assim, não podendo ser beneficiados por uma legitimidade absoluta apriorística e pressuposta. Sua legitimação irá depender da justificação racional intersubjetiva (ainda que não somente dela). Justificação esta que está imersa e condicionada pela história, pela mentalidade e pela cultura de um determinado povo, segundo o seu atual estágio civilizatório. Para uma correta justificação da moral ela, além de não se restringir ao indivíduo, deve ter a pretensão de uma “autonomia recíproca” em que cada um confere à vontade de todos um peso tão grande quanto à sua própria.⁶⁷² E note-se que esta situação não se confunde com a de busca por qualquer espécie de consenso procedimental. Sabe-se que não há consenso do ponto de vista das idéias e posições de interesse. Por outro lado, se está tratando do reconhecimento de uma mentalidade, cujas formas de representação passam pela possibilidade de situações simbólicas que podem satisfazer o critério de reciprocidade almejado. Assim, pode-se concluir que em termos de uma moral objetiva estabelecida constitucionalmente “não existe um *ter de absoluto*, mas apenas um *ter de relativo a um*

⁶⁷⁰ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 102-104.

⁶⁷¹ CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e modernidade ...** Op. cit., p. 65.

⁶⁷² TUGENDAHT, Ernst. A controvérsia sobre direitos humanos. In: _____. **Não somos de arame rígido: conferências apresentadas no Brasil em 2001**. Canoas: ULBRA, 2002, p. 36.

querer (e isso no final das contas pode significar apenas como nós queremos entender a nós mesmos)".⁶⁷³

É pertinente o reconhecimento de um processo de justificação próximo ao de H. L. A. HART: com uma face externa (um hábito social geralmente regular e uniforme) e outra interna (existência de padrões de comportamento internalizados pelos sujeitos, mas que, todavia, não se confundem com os sentimentos, ainda que possam conviver com eles). É desta relação que surge a possibilidade de fundamentação do agir jurídico estatal, sendo necessário que exista uma atitude política crítica (e autocrítica) e reflexiva (e auto-reflexiva) em relação aos comportamentos sociais e em relação às exigências de conformidade.⁶⁷⁴ O Estado tem que possuir critérios objetivos para saber a diferença entre o que a Constituição estabelece como sendo um povo feliz e um povo infeliz. E há neste caso uma regra – um dever; não é uma mera constatação ou um hábito. O poder público é obrigado a reconhecer dentre suas ações aquelas que, por uma questão ética, e não só pragmática, estão fora do regime estabelecido, sob pena de um juízo de reprovação social (que pode refletir em um juízo de divergência entre os poderes, especialmente em relação ao Judiciário). O equilíbrio entre estes fatores permite uma tentativa de se evitar arbítrios na definição de conteúdo dos princípios (ainda que, no plano da realidade, existam e existirão sempre atos arbitrários ou no mínimo controvertidos, pois esta é uma condição humana inafastável). Princípios estes que, diga-se de passagem, no caso do modelo de bem-estar social são bem conhecidos e, particularmente no caso brasileiro, estabelecidos constitucionalmente.

A idéia de felicidade, portanto, não vem sugerir nada além do que o modelo do Estado social já propôs e o constituinte de 1986-7 reconheceu expressamente, ainda que, na atualidade, a interpretação do modelo tenha que ser feita em conformidade com o seu tempo. Se em meados do século XX (período pós-primeira guerra), era factível e necessária uma maior restrição à liberdade (referindo-se à ampliação do intervencionismo econômico direto), na atualidade isso não mais parece ser possível nem necessário (ao menos não nos exatos termos que no momento antecedente). O grande desafio social contemporâneo é conjugar solidariedade, liberdade e alteridade, sem perder de vista a noção de dignidade como idéia-força

⁶⁷³TUGENDAHT, Ernst. **A controvérsia sobre direitos humanos**. Op. cit., p. 48.⁶⁷⁴HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 66.

mínima. Só a partir do reconhecimento de uma imbricação necessária destes elementos é que se poderá conferir um conteúdo jurídico ao dever republicano de felicidade.

A felicidade reporta-se ao “nível ótimo” de vida a partir das reais possibilidades do tempo presente, sempre tendo em vista que o homem pode aperfeiçoar-se em busca do auto-desenvolvimento e do desenvolvimento da sociedade e do Estado. Mas é bom lembrar que este processo civilizacional de incrementação de novos fatores não é sempre positivo. A história possui demonstrações rigorosas de como o ser humano é capaz de retroceder. Esta circunstância real que denuncia a inexistência de uma linha evolutiva necessariamente progressiva, pois existem sempre pontos positivos e negativos da ação humana no tempo, não pode, nem deve, desestimular as idéias normativas de dignidade e de felicidade como princípios condutores do desenvolvimento humano, principalmente por intermédio do Estado e de sua inafastável priorização do interesse público. Afinal, num país desenvolvido o interesse público tenderá a identificar-se consigo mesmo, além de adquirir sua essência a partir de um duplo grau de fundamentação: dignidade (condição necessária ou grau satisfatório) e felicidade (condição satisfatória ou grau ótimo).

A dignidade, ao tempo em que é um princípio, também retrata um “direito à vida digna”.⁶⁷⁵ Do mesmo modo, a felicidade, ao tempo em que é um princípio, comporta um “direito à vida feliz”. O que não conduz ao reconhecimento de um direito particular subjetivo passível de ser demandado pelo indivíduo junto ao Estado. Sua natureza é de um “direito público subjetivo” *prima facie* que consiste em um “direito originário à prestação” do qual decorrem direitos derivados e reflexos para os particulares (somente estes últimos demandáveis). Isso significa que a identificação de um aspecto subjetivo independe de possibilidade de judicialização e exeqüibilidade imediatas (assim como o direito à segurança pública, ao pleno emprego ou mesmo ao meio ambiente), conforme a lavra de J. J. Gomes CANOTILHO. E nestes termos, também possuem uma importante função na interpretação do sistema jurídico.⁶⁷⁶

Jorge Reis NOVAIS confirma o caráter jurídico de tais direitos fundamentais ligados a valores e princípios que estão garantidos por uma dimensão objetiva independente da sua subjetivação mediante a possibilidade de invocação

⁶⁷⁵ Na feliz expressão de Cármen Lúcia A. Rocha. Cf.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁶⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 465-468.

concreta.⁶⁷⁷ Por conseqüência, torna-se inescusável que o caráter objetivo do direito à vida feliz consagra um dever de o Estado fazer, não fazer ou se sujeitar;⁶⁷⁸ para tanto lhe cabendo obviamente prestar condições materiais em certas ocasiões, mas também, e sobremaneira, propiciando adequadas prestações normativas, judiciais e administrativas de organização e procedimento.⁶⁷⁹

A mentalidade é a variável mais importante em termos de determinação do critério de razoabilidade e bom senso. E isso é perigoso, tornando-se importante permear as respostas extraídas de imediato por um critério de princípio (critério este que deve consistir numa consciente escolha ética). Entretanto, as escolhas éticas às vezes também acarretam decisões fortemente contrárias à alteridade, à dignidade e, por conseqüência, à própria noção de felicidade. Mas esta é a condição humana. A idéia arendtiana de um “novo começo” (que na realidade pode redundar numa série interminável de começos)⁶⁸⁰ reporta-se justamente ao reconhecimento da capacidade humana de “criticar, raciocinar e julgar como único recurso disponível à república na sua produção do bem comum”.⁶⁸¹ Nesta perspectiva são impostos limites ao que seria razoável, proporcional ou relativo ao bom senso enquanto decorrências diretas de ideologias específicas ou mesmo do “senso moral comum”. Isso não implica ignorar que a política e o Direito estão à mercê de variações no âmbito das relações humanas. Significa apenas acreditar que a vontade consciente é um elemento indispensável para a autodeterminação do sujeito. A política e o Direito não podem ficar reféns da mentalidade social que é subjacente. Conforme defende Pierre BOURDIEU, é preciso conferir sustentabilidade às instituições que demonstrem possuir condições de lutar contra a realidade adversa e, mais que isso, que propugnem pela prevenção contra o retrocesso civilizatório (conceito este que deve ir além da específica involução das garantias jurídicas sociais). A este processo de inibição do retrocesso social – *Regrezionsverbot*, o autor propõe se aplique a denominação “economia da felicidade”.⁶⁸²

⁶⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 69.

⁶⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 80.

⁶⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 82.

⁶⁸⁰ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 9.

⁶⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 168.

⁶⁸² BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos ...** Op. cit., p. 57.

No mesmo sentido sublinha Ingo SARLET que o princípio da proibição do retrocesso assume a importante condição de um mecanismo para a “afirmação efetiva de um Direito Constitucional inclusivo, solidário e altruísta”. E é justamente nestes termos que se acompanha o autor no reconhecimento de que o modelo do Estado social estabelece ainda uma proposta adequada em termos de manutenção de um regime forte de direitos fundamentais a partir de uma Constituição dirigente.⁶⁸³ E este se apresenta como um forte motivo justificador para a sustentação da Constituição Federal de 1988 e o regime jurídico que lhe é estruturante; um amálgama republicano entre capitalismo e socialismo gerado num ambiente histórico de forte experimentação democrática,⁶⁸⁴ e cujo resultado foi a consagração de um bem construído Estado social na esfera do dever ser.

V

O ideal republicano e o humanismo constitucional

Vários são os matizes que pode assumir a teoria republicana. Do ponto de vista histórico, Roma, o Renascimento, a Inglaterra do final do século XVII, a revolução francesa, a independência norte-americana e até Maquiavel podem ser identificados como seus representantes.⁶⁸⁵ Não obstante, duas são as concepções fundamentais do republicanismo: 1. como uma forma de governo (e neste caso, tem-se a oposição à forma monárquica); 2. como uma teoria da liberdade (em que se sustenta a recusa a todos meios de subjugação mediante a promoção de um sentido ético à participação política).⁶⁸⁶ A que interessa ao fundamento do Estado social contemporâneo é a segunda.

Geraldo ATALIBA ressaltou com propriedade três princípios que devem embasar qualquer instituição que se pretenda republicana: 1. Legalidade; 2. Isonomia;

⁶⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 335.

⁶⁸⁴ Sobre o processo de experimentação democrática ver: SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁶⁸⁵ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Op. cit., p. 25-32.

⁶⁸⁶ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Op. cit., p. 12.

3. Intangibilidade das liberdades públicas. Princípios necessariamente “expandidos em clima no qual se asseguram a certeza e a segurança do Direito” a partir da realização de uma representação política da soberania popular.⁶⁸⁷ Ampliando esta noção estrutural de república, J. J. Gomes CANOTILHO, defende que uma república exige o reconhecimento do “*homo noumenon*”, ou seja, “do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república”. E ainda, propugna pela dignificação coletiva mediante a exigência de edificação de uma “comunidade constitucional inclusiva”. Todos devem ser considerados de forma material equivalente, refutando-se fundamentalismos de qualquer espécie e garantindo-se uma realidade política de não identificação seja para prejuízos ou para vantagens não isonômicas. Somente uma organização política neutra pode se constituir em uma república.⁶⁸⁸ Esta neutralidade somente pode ser retratada por intermédio da existência de um *a priori* fundante, que é o do interesse público, compreendido como princípio ético-jurídico (e, portanto, fundamental) de todo o sistema jurídico-político e, por conseqüência, também jurídico-administrativo (onde ele se peculiariza pela supremacia).

Uma república em que não se tome como ponto de partida que deve ser priorizado o interesse comum em face dos interesses de caráter particular certamente não será uma república verdadeira. Isso porque não terá tomado a felicidade de todos como princípio, mas as felicidades individuais, a partir de uma postura utilitarista-pragmática. Como assevera Zygmunt BAUMAN, “a introdução do bem comum foi colocada no topo da lista de valores republicanos e a felicidade universal foi proclamada propósito supremo da república”.⁶⁸⁹ No mesmo sentido, Carlos Ayres BRITTO aponta que em uma sociedade culturalmente avançada a própria humanidade constitui uma vida em comum que se traduz como civilizada a partir de uma democracia procedimentalista (pois consagradora do Estado de Direito), substancialista (pois preocupada com a redistribuição de riqueza) e fraternal (pois protetiva do meio ambiente e dos direitos morais inerentes ao não preconceito). Para o autor, esta democracia é um valor jurídico intimamente ligado ao humanismo (valor cultural), como categoria primordial do Direito constitucional.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ ATALIBA, GERALDO. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

⁶⁸⁸ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 226.

⁶⁸⁹ BAUMAN, ZYGMUNT. **Em busca da política**. Op. cit., p. 168.

⁶⁹⁰ BRITTO, CARLOS AYRES. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 34-38.

Neste contexto, nunca é demais repisar que o sentido de bem comum deve restringir-se ao seu aspecto jurídico-político, distinguindo-se de qualquer afirmação de um “bem comum moral”. A prevalência do direito sobre o bem deve ser dependente da prática social, todavia, considerada esta dentro de um sistema jurídico previamente estabelecido.⁶⁹¹ Sistema jurídico este que será interpretado não mediante uma exegese positivista, mas a partir de uma “interpretação moral da Constituição”, que significa o reconhecimento de um conjunto de princípios historicamente situados e que influenciam as decisões do universo do Direito, pelo que, a ele acabam sendo internas, expandindo o constitucionalismo nos rumos do neoconstitucionalismo.⁶⁹²

É preciso ressaltar que os exageros republicanos típicos do século XX propiciaram certo preconceito justificável em face de teorias coletivistas. As doutrinas do positivismo sociológico e do institucionalismo construídas no século XIX (Durkheim, Duguit, Hauriou) acabaram, inadvertidamente, transformando-se na estrutura ética da “ideologia republicana” que promoveu uma subordinação da liberdade ao princípio da igualdade, mediante a anulação do indivíduo perante o Estado.⁶⁹³ Por certo não seria esta a ética própria de um legítimo Estado social que deve ser reconhecido na contemporaneidade, em razão do que parece até mesmo inadequado, mesmo em termos historiográficos, utilizar tal nomenclatura para os governos ditatoriais, ainda que tenham adotado um modelo econômico de intervenção de caráter socializador.⁶⁹⁴

A reação anti-naturalista do século XX cumpriu importante função na re colocação do papel do indivíduo em face do ideal republicano, pois “sabido é que o homem é também espírito; tem uma vontade consciente; é neste sentido um ser autônomo”.⁶⁹⁵ As normas obedecidas em sua atividade consciente (na condição de ser espiritual) são em certa medida o cumprimento de fins inerentes à sua própria decisão. É nesse sentido que se pode afirmar serem as normas jurídicas e o próprio Estado

⁶⁹¹ KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 340.

⁶⁹² Sobre a questão entre positivismo, constitucionalismo e neoconstitucionalismo, ver: DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

⁶⁹³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 424-430.

⁶⁹⁴ Como já apontado, esta é, por exemplo, a opinião de Paulo Bonavides. Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado social ao Estado liberal**. Op. cit., p. 184.

⁶⁹⁵ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia ...** Op. cit., p. 432

pertencentes ao “reino do espírito”, por um lado, e ao “reino da cultura”, por outro (embora nos dois casos estejam condicionados por elementos externos, como o tempo e o espaço). Contudo, a precariedade da perspectiva positivista continuou com a sua tentativa de separação entre a esfera do ser e do dever ser de tal modo que os valores restringiram-se à primeira, estando o Direito alocado na segunda. É a partir desta clivagem que foi propiciado o apogeu do formalismo jurídico moderno, em que deixou de interessar à validade da norma jurídica sua moralidade ou utilidade, rumo a uma proposta de auto-justificação.⁶⁹⁶ Este fato que não exclui a interessante crítica propiciada pelo positivismo kelseniano, pois ao contrário do que se poderia pensar, o sentido da teoria pura do Direito não era o de legitimar toda a ação do Estado, mas de propor um manifesto contra o republicanismo totalitarista e a funcionalização do poder.⁶⁹⁷

Também se deve ter alguma ressalva em face de teorias republicano-comunitaristas que acabam recaindo em um paradoxal absolutismo de valores, possibilitando a imposição de um determinado bem como fundamento ético da sociedade. Como critica Chantal MOUFFE, “a recuperação de uma forte concepção participativa de cidadania não deve ser feita à custa do sacrifício da liberdade individual”. O caráter ético da cidadania moderna promove o reconhecimento do respeito do direito sobre o bem. Afinal, o que torna os homens concidadãos não é uma idéia substantiva do bem, mas um conjunto de princípios específicos.⁶⁹⁸ Não há um único bem comum ético a ser encontrado, pois se houvesse ele destruiria o antagonismo típico da atividade política, desse modo, segundo a autora, não seriam adequadas as teorizações de Michael Sandel ou Alasdair MacIntyre⁶⁹⁹ ao proporem um pluralismo cultural que tenha respaldo em uma “política do bem comum”.⁷⁰⁰ Particularmente com relação a Sandel, talvez a autora tenha sido rigorosa em demasia. Não parece que sua teoria seja incompatível com uma perspectiva republicana típica do Estado social contemporâneo e adequada ao constitucionalismo a ele inerente.

⁶⁹⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia ...** Op. cit., p. 432-434.

⁶⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia ...** Op. cit., p. 437.

⁶⁹⁸ MOUFFE, Chantal. **O regresso do político.** Op. cit., p. 85.

⁶⁹⁹ Os trabalhos de MacIntyre talvez sejam os mais polêmicos entre os comunitaristas, seja com o sua primeira obra de destaque “Depois da Virtude”, seja com a “seqüência” entabulada na obra “Justiça de quem? Qual racionalidade?”. Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral.** Tradução de Jussara Simões. Bauru: Editora da EDUSC, 2001; MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

⁷⁰⁰ MOUFFE, Chantal. **O regresso do político.** Op. cit., p. 18 e 34.

Michael J. SANDEL recusa o rótulo de comunitarista, deixando bem claro que a grande questão do seu trabalho é criticar a assertiva liberal de que “o justo é superior ao bom”; e ainda, de que seria possível uma neutralidade institucional em face às diferentes convicções dos indivíduos. O autor explica que, ao contrário da tentativa recorrente de se relacionar a justiça às concepções do bem a partir do reconhecimento de forças morais internas a princípios da justiça que seriam necessariamente derivados de valores comuns concretamente firmados em uma tradição, sua forma de ligação é diferente. Segundo o autor, outra maneira de amarrar a justiça às concepções do bem deve reconhecer que “para a sua justificação, os princípios da justiça dependem do valor moral ou do bem intrínseco das finalidades que servem”. Neste caso, “o argumento para o reconhecimento de um direito depende da capacidade de se demonstrar que esse direito honra ou promove um bem humano importante”. Não interessa se tal bem está enraizado em tal ou qual cultura ou tradição. Dessa forma, o autor também acaba por adotar uma postura equilibrada, crítica tanto do liberalismo quando do comunitarismo, até porque, as conseqüências do raciocínio liberal (eticamente neutro) e comunitarista (eticamente comprometido) muitas vezes acabam sendo as mesmas no caso concreto em face dos radicalismos que ambas podem consagrar em termos de neutralidade e não-neutralidade.⁷⁰¹

É próxima deste sentido intermediário que tem que se posicionar a interpretação dos postulados do Estado social. A plataforma liberal típica dos séculos XIX e XX possui como princípios fundamentais a limitação do Poder Público reconhecida pela Constituição, a soberania do povo, a valorização da liberdade individual e a neutralidade do Poder Público quanto à religião e à moral. O atual conceito de cidadania está centrado na intitulação de direitos: propriedade privada, direitos subjetivos, mercado livre, pluralismo, direitos humanos. Sem deixar de considerar estes postulados, o republicanismo deve propugnar um modelo de cidadania incrementado, cuja essência esteja na atribuição de virtudes cívicas. O indivíduo deve possuir a *virtù* cívica que retrata um conjunto de capacidades que são típicas da república. Uma educação voltada à não dominação talvez seja a principal

⁷⁰¹ SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 9-18.

delas; a tolerância à diversidade também.⁷⁰²

Virtudes que requerem a atribuição de valor a um bem coletivo a ser estabelecido juridicamente, e não eticamente, como um fundamento geral e abstrato. Como propõe Carlos Ayres BRITTO, há que haver um “senso de justiça real” (material); uma espécie de “inteireza do ser que maneja a reflexão e se abre para a intuição”, fundada na idéia de que a consciência é a mola propulsora da vontade da Constituição.⁷⁰³ Nesta conjuntura, a neutralidade do poder nunca será tamanha que irá desconsiderar um conjunto de valores nos termos em que estabelecidos pelo sistema do constitucionalismo social. Ao mesmo tempo, o reconhecimento destes valores não pode ser tal que desconsidere a existência de um estágio civilizatório garantidor de direitos. Este é o nível ótimo de atuação do Estado que se impõe como dever republicano. Ou seja, o espírito coletivo, que é inerente à formação social do homem nos termos em que se desenvolveu historicamente, é o que possibilita a manifestação da determinação política. Espírito este que não elimina o “Eu”.⁷⁰⁴

Quentin SKINNER, um dos mais apaixonados defensores do republicanismo, aponta que é central para o seu modelo a recuperação do conceito de *virtù*; ou seja, de que é possível ao homem atingir o mais alto nível de excelência, pois isso é inerente à sua capacidade política.⁷⁰⁵ Assim, a recorrente idéia defendida por autores ortodoxos de que o Estado de bem-estar gera uma situação de dependência em seus beneficiários (e esta realidade faria com que eles não conseguissem sair do estado de dominação) denota-se totalmente infundada. A aplicação da proposição liberal na realidade prática possui uma possibilidade remota de confirmação empírica. Além do que, se o republicanismo busca evitar o *dominium* privado, certamente também precisa se preocupar em contar os exageros do *imperium* público.⁷⁰⁶ Esta é a ideologia que contorna a Constituição de 1988: equilíbrio entre consagração de direitos e garantia do bem público; entre autonomia privada e intervenção pública; entre um ideário socialista e outro capitalista.

⁷⁰² RAMOS, Cesar Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo. Belo Horizonte: **Síntese – Revista de Filosofia**, v. 33, n° 106, 2006, p. 78 e 85.

⁷⁰³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Op. cit. p, 65-72.

⁷⁰⁴ GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei ...** Op. cit., p 23.

⁷⁰⁵ SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 109.

⁷⁰⁶ PETTIT, Philip. **Republicanism: una teoria sobre la libertad y el gobierno**. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999, p. 198.

Chantal MOUFFE critica o pensamento liberal, que seria incapaz de compreender a natureza irreduzível do antagonismo político, que faz parte da própria dimensão ontológica dos homens. O liberalismo não distingue o inimigo do adversário, além do que, paradoxalmente, costuma posiciona-se como modelo normativo de superação das dicotomias que o próprio sistema liberal cria e sustenta. Para a autora, uma postura republicana que não destrua os avanços liberais, mas deles se aproprie, terá que considerar o opositor “não como um inimigo a destruir, mas um adversário cuja existência é legítima e tem que ser tolerada”.⁷⁰⁷ Ou seja, o humanismo contemporâneo tende para um amálgama que aceita todo tipo de contradição como natural ao regime democrático.⁷⁰⁸ Conforme propõe Hannah ARENDT, “a política trata da convivência entre os diferentes”. O homem em si mesmo é apolítico. A política surge no “entre-os-homens”; por conseguinte, está “totalmente fora dos homens”.⁷⁰⁹

Em sentido semelhante, mas por outra via argumentativa, Philip PETTIT propõe um republicanismo que, sem ser populista nem comunitarista, deve entender o povo ligado ao Estado por laços de responsabilidade fiduciária. O povo confia ao Estado a tarefa de administrar um poder não-arbitrário. Nesse sentido é que a proclamada “liberdade como não-dominação” propõe que “*nadie tiene que estar en una posición tal, que otros puedan interferir en su vida guiados por intereses e interpretaciones no compartidos por el en ningún plano*”.⁷¹⁰ Este ideal de liberdade política estaria presente na tradição neo-romana, sendo substituído no final do século XVIII pela idéia de “liberdade como não-interferência”; idéia esta que se foi inovadora neste período, atualmente resta ultrapassada, pois promoveria um empobrecimento constitucional ao sugerir que toda ação coercitiva por parte do Estado seria má em si mesma. O imaginário de liberdade como não-dominação procura superar as dificuldades da visão liberal clássica, para o fim de “permitir que o Estado possa ser um interferente não-dominante”, ou seja, uma agência que não comprometa a liberdade ao comprometer-se com a coletividade, mantendo-se intacto o ideal “que nos deve manter alertados para a possibilidade de melhorar a constituição do Estado em vez de, simplesmente, desistir

⁷⁰⁷ MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Op. cit., p. 12-15.

⁷⁰⁸ CHATELET, François; DAHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER Evelyne. **História das idéias políticas**. Op. cit., p. 109.

⁷⁰⁹ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 22-23.

⁷¹⁰ PETTIT, Philip. **Republicanism ...** Op. cit., p. 194.

dele".⁷¹¹

O resultado da concorrência liberalismo *vs.* comunitarismo na esfera das idéias, cujo reflexo na esfera das mentalidades é evidente, foi a aglutinação de diferentes posições no decurso das práticas políticas ocidentais do século XX. A própria essência constitucional inerente ao espírito da Carta de 1988 consagrou duas espécies de fundamentação divergentes: a que entende a Constituição como norma diretiva fundamental (é um empreendimento coletivo que busca uma sociedade mais justa) e a que considera a Constituição uma norma de garantia estruturante (por intermédio da qual os indivíduos definem seus fins livremente com limitação do Poder Público).⁷¹²

A tentativa teórica de convergência entre liberalismo e republicanismo realizada por autores como Mouffe ou Pettit é bastante válida para analisar a conjuntura brasileira. Saliente-se que a relação de não-dominância não coincide com a relação liberal de não-interferência, pois os republicanos são menos céticos com relação ao Estado e são mais afirmativos quanto às responsabilidades estatais. Ademais, a ausência do Estado pode ampliar a dominação sob a alegação de não-intervenção.⁷¹³ Talvez a crítica de SANDEL tanto ao liberalismo quanto ao comunitarismo também seja importante, embora o autor prenda-se muito mais à análise da justiça entre o bem e o mal do que aos limites da ação do Estado interventor.⁷¹⁴

Sobrevém razoável aceitar que é possível extrair do modelo positivado uma interessante proposta de integração do liberalismo ao republicanismo. Se o primeiro espera apenas a garantia do "viver e deixar viver" (esperando paradoxalmente um necessário engajamento da organização estatal e do indivíduo isolado a esta máxima), o segundo deve ser entendido como defensor de uma "sociedade autofiscalizada", que não espera a fidelidade permanente do indivíduo, mas propugna por constante questionamento ético dos valores e dos atos do Estado.⁷¹⁵ Um correto entendimento do republicanismo pressupõe a aceitação do povo como detentor de responsabilidade pelas escolhas feitas pelo Poder Público. Nesta seara, a satisfação dos interesses coletivos deve ser primordial para que os interesses individuais possam

⁷¹¹ PETTIT, Philip. **Teoria da Liberdade**. Tradução de Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 208 e 194.

⁷¹² A classificação utilizada toma como base os critérios e tipos constitucionais de Fioravanti. Cf.: FIORAVANTI, Mauricio. **Los derechos fundamentales ...** Op. cit., p. 97.

⁷¹³ PETTIT, Philip. **Republicanismo ...** Op. cit., p. 196.

⁷¹⁴ SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Op. cit., p. 181 et seq.

⁷¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Op. cit., p. 169.

ser realizados.⁷¹⁶

Por todas estas razões não é possível concordar com teses de fundo filosófico-político, como a de Miguel ABENSOUR, de que a democracia é um espaço de luta contra o Estado, na medida em que este seria um *locus* necessariamente de dominação, totalização e autonomização.⁷¹⁷ Nem mesmo retrata pertinência para o entendimento do presente contexto republicano a utilização de teorias antropológicas de espectro limitado como a de Pierre CLASTRES, que entende a figura do Estado apenas a partir do ponto de vista da “dominação institucional”.⁷¹⁸ A sociedade atual é e deve ser eminentemente política; em sendo política, precisa ser republicana, sob pena de um retrocesso em face dos avanços civilizacionais promovidos pela modernidade.

O sentido exclusivamente liberal de democracia propugna por uma cidadania passiva em que o indivíduo possui direitos contra o Estado e os demais; nesta configuração, o que importa é o seu status legal, independentemente da existência de vínculos de solidariedade. Não existe uma obrigação política da pessoa para com a comunidade, pois “a cooperação social é tomada muito mais como apoio ao desenvolvimento individual, tomando também como referência a prosperidade individual”.⁷¹⁹ Ocorre que uma adequada proposta de democracia para uma visão republicana deve considerar que o consenso e a unanimidade não lhe são compatíveis. Isso significa reconhecer que a democracia é sempre precária, em razão do que se torna necessário o reforço da atividade política positiva. Alerta Chantal MOUFFE: “Quando a dimensão política se limita ao domínio da legalidade, existe o risco de os excluídos se juntarem a movimentos fundamentalistas ou se sentirem atraídos por formas de democracia populista ou antiliberal”.⁷²⁰ Fato este que acaba por aproximar visões liberais e comunitaristas por meio da radicalidade (conclusão esta de Mouffe muito próxima à de Sandel).

É impossível desligar o ideal republicano de sua inspiração humanista. Veja-se que não há na ordem jurídica medieval uma “sensibilidade humanista”. O primitivismo jurídico do período, decorrente de um claro “primitivismo

⁷¹⁶ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Op. cit., p. 19.

⁷¹⁷ ABENSOUR, Miguel. **A democracia contra o Estado – Marx e o momento maquiaveliano**. Tradução de Cleonice P. B. Mourão, Consuelo F. Santiago e Eunice D. Galéry. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998, p. 124.

⁷¹⁸ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. Tradução de Théo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

⁷¹⁹ KOZICKI, Katya. **Democracia radical e cidadania ...** Op. cit., p. 336.

⁷²⁰ MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Op.cit., p. 17.

antropológico”, é caracterizado (no ambiente proto-medieval) pela falta de uma cultura agrária, pelas epidemias, invasões, guerras e falta de organização política. O homem é, assim, condicionado pela natureza das coisas: um reicentrismo comunitarista (pois a comunidade e não o indivíduo é a célula principal).⁷²¹ Veja-se que a Igreja Católica é, ao mesmo tempo, promotora de direitos e sua detratora, pois é intolerante, sustentando a face ditatorial de uma entidade que se coloca precedente ao homem. Daí que o chamado “humanismo cristão” nada tem a ver com o humanismo republicano. No âmbito do liberalismo, a democracia cristã é ao mesmo tempo reacionária (na medida em que defende o estatuto político hegemônico, cujo caráter é liberal) e progressista (porque se opõe aos excessos totalitários – aos menos os de esquerda); mas em qualquer dos casos, é preciso reconhecer, como o faz François CHÂTELET, que a Igreja, enquanto instituição, está na política sempre para socorrer o indivíduo (o que não implica a inexistência de movimentos cristãos contra-hegemônicos).⁷²² Ou seja, se a influência da Igreja está em toda a parte no medievo, promovendo a desconfiança no indivíduo em benefício da sacralidade,⁷²³ na modernidade será o indivíduo o principal beneficiário da doutrina católica, o que justifica plenamente a forte ligação da doutrina social da Igreja com o ideal ético da subsidiariedade.

O humanismo republicano também foi defendido por correntes radicais, que não condizem com o espírito constitucional contemporâneo. Uma das suas principais correntes foi justamente o utilitarismo, apoiado na idéia de uma felicidade constituída pela eficiência do sistema social, fundado na idéia de maximização da riqueza.⁷²⁴ Todavia, não é esta a perspectiva que influenciou e constituiu o sistema constitucional do Estado de bem-estar social, essencialmente liberal e republicano.

Fora de um contexto inerente à doutrina social da Igreja ou do pragmatismo utilitarista, a contemporaneidade carece de uma recuperação do humanismo e não basta que seja na forma de uma exaltação do homem (entendido como indivíduo). É necessária uma verdadeira “doutrina de exaltação da humanidade”, que nas palavras de Carlos Ayres BRITTO reflete uma proposta fundada

⁷²¹ GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Tradução de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 87 e 90.

⁷²² CHATELET, François; DAHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p. 165 et seq.

⁷²³ GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Op. cit., p. 122-124.

⁷²⁴ CHATELET, François; DAHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER Evelyne. **História das idéias políticas**. Op. cit., p. 98.

em três pilares ético-políticos: a) a vinculação do Direito por uma Constituição que seja fruto da vontade jurídica da nação; b) a atribuição ao Estado e ao governo de uma existência condicionada pelo dever de servir à sociedade; c) o reconhecimento que é inerente à idéia de uma sociedade equilibrada e civilizacionalmente evolutiva a tomada como fim de sua existência a busca pela felicidade individual dos seus membros.⁷²⁵

Este humanismo enquadra-se como uma das filosofias “centradas no homem, ou que têm por base uma consideração privilegiada da posição humana no mundo”,⁷²⁶ não em si mesma ou na sua comunidade.⁷²⁷ Por este motivo, Hannah ARENDT preferiu afirmar que “no ponto central da política está sempre a preocupação com o mundo e não com o homem”. Só a humanidade assim entendida é que pode dar algum sentido à política. Uma política que promova sempre um “novo começo”; sendo que cada novo começo é um milagre, pois interrompe o processo anterior como uma garantia de liberdade: “Se o sentido da política é a liberdade, isso significa que nesse espaço – e em nenhum outro – temos de fato o direito de esperar milagres. Não porque fôssemos crentes em milagres, mas sim porque o homens, enquanto puderem agir, estão em condições de fazer o improvável e o incalculável e, saibam eles ou não, estão sempre fazendo.”⁷²⁸

⁷²⁵ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Op. cit., p. 21.

⁷²⁶ BIGNOTTO, Newton. **Origens do republicanismo moderno**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001, p. 17.

⁷²⁷ O que de pronto afasta a comum proposição defendida pelo republicanismo de valorização do “patriotismo”. Como fundamento do humanismo típico do Estado social contemporâneo torna-se inapropriada a defesa de qualquer forma de exaltação nacionalista ou patriótica. Sobre o patriotismo como característica do republicanismo, ver: RAMOS, Cesar Augusto. **A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas ...** Op. cit., p. 90.

⁷²⁸ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit. p, 44.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada vida tem, digamos assim, várias pertinências...

Uma única formiga pouca coisa deve ter no espírito se é que, com os seus reduzidos neurônios, algum pensamento lhe poderá ocorrer. Mas, meia dúzia de formigas juntas, rodeando uma mosca morta, já revelam um propósito, embora confuso para o observador. Rodeiam-na, passam sobre ela um sem-número de vezes e, enfim, lá a vão empurrando, direta ao formigueiro. Mas, observado este, com os seus milhares de formigas, reconhece-se aos poucos o fantástico animal e compreende-se como ele pensa, atua, calcula, planifica. Chamar-lhe outra coisa do que uma pura inteligência em ação é, para muita gente, uma maneira de fugir a uma realidade incômoda. Mas, para muitos outros (embora o seu número tenha sofrido, nos últimos tempos, uma grande baixa), é a inteligência que as sociedades humanas dela carecidas na dotação biológica devem construir por determinação política.⁷²⁹

Quando se fala nas relações entre sociedade e Estado, certamente a problemática não reside somente na questão da ineficácia normativa ou da prestação de serviços e essa nem mesmo é uma questão exclusiva dos países não-desenvolvidos. Esta premissa conduz à identificação de um caráter social ao Estado que não se restringe à sua eficiência econômica em propiciar o desenvolvimento (a não ser que se tenha um sentido bastante restrito de desenvolvimento).

Na contemporaneidade, em que cada vez mais se apresentam problemas de abrangência mundial, a crise do modelo de Estado e sua complexa relação com a inefetividade apresenta-se comum. Conjuntura decorrente não só da dificuldade de concretização da democracia real (igualitária), ou mesmo da precariedade do sistema, mas da mentalidade niilista que assombra o período de transição histórica vivenciado pelo ocidente e que altera o próprio sentido da política a partir da prevalência mental de representações como o antiestatismo, o antiformalismo e o antiidealismo.⁷³⁰ Trata-se, portanto, de uma questão para além de econômica, ética e cultural. A mentalidade presente é refratária à crença na velha máxima de que *a união de todos faz a força*; ao

⁷²⁹ GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei: economistas, políticos e o Estado do mundo**. Op. cit., p. 22.

⁷³⁰ Sobre o assunto, conferir: VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade – niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, passim. Ou, então: GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 427 et seq.

contrário, o espírito desagregador é regra. O homem está cada vez mais para cigarra do que para formiga.

A política possui um sentido amplo que se identifica com a liberdade e a universalidade (todas as esferas do social são transpassadas pela política) e um sentido restrito que equivale a um conjunto de práticas referidas ao Estado e às relações de poder entre o governante e o governado (tem caráter histórico). Mas seja num ou noutro sentido, a ação política deve ser “comprometida” e, como aponta Vera Karam de CHUEIRI, isso significa que ela deve ser “crítica” e “capaz de (re)fundar o espaço público com criatividade e responsabilidade, pois orientada por uma vontade transgressora”.⁷³¹

O processo político configura uma “catarse”, ou seja, uma fase de modificação do real (de conscientização) que exige uma passagem do momento econômico (egoístico-passional) para o momento ético. Só a liberdade política supera qualquer forma de determinismo biológico, cultural e, principalmente, econômico.⁷³² De outro lado, não há liberdade política sem libertação econômica. Por este motivo é tão relevante a argumentação de Hannah ARENDT ao propor que a política não é inata ao homem; ela começa quando termina o “reino das necessidades”.⁷³³ Ao reconhecer este fato, ARISTÓTELES cindiu com ponta cirúrgica uma brecha entre a civilização e a barbárie; entre o homem político e o homem apolítico. Se todo homem é social, por certo somente será cidadão aquele que puder participar da vida pública e usufruir de funções públicas.⁷³⁴ Milhares de anos depois, a ferida permanece aberta.

Para além dos problemas típicos do niilismo democrático que encontra ambiente interno profícuo, há dificuldades que são típicas de uma nação ainda não desenvolvida e que se impõem como obstáculo ao Estado social. A desigualdade e a intolerância afetam ainda de forma profunda a constituição do espaço público não-estatal no Brasil, porque fundados na pobreza, na discriminação e marginalização. Sob estas condições, é muito difícil identificar um real espaço público de cunho político (pois o espaço público relevante é o espaço político), que por sua vez só existe entre

⁷³¹ CHUEIRI, Vera Karam. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis, 2005, p. 105.

⁷³² COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 90.

⁷³³ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 50.

⁷³⁴ ARISTÓTELES. **Política**. Op. cit., p. 13 e 77.

homens iguais e livres.⁷³⁵ A igualdade depende da liberdade e vice-versa, o que conduz à dedução empírica de que a democracia no Brasil ainda é um bem a ser conquistado. Há que ser constituído um real espaço público político, a partir de uma igualdade que não surge espontaneamente da sociedade mas, pelo contrário, precisa de uma atividade estatal prestadora, comprometida, e que mais vise tolerar a divergência do que tenda a buscar o consenso.

Ernesto LACLAU colocou a seguinte questão: é compatível o poder com uma sociedade livre? Em geral, a “emancipação” e o “poder” são considerados conceitos antagônicos. Uma sociedade livre é aquela sem a necessidade do exercício do poder. Mas será que este tipo de coletividade seria realmente livre? Esta pergunta vem à tona, pois “aquele que limita a liberdade – o poder – é também a sua condição de possibilidade”; ocorre que a condição de possibilidade de algo é também sua condição de impossibilidade. Logo, o poder é condição de liberdade. Ampliar possibilidades sociais implica reprimir outras. E como decidir nesta situação? Para boa parte do pensamento contemporâneo a decisão acontece sem programação, por isso é livre; baseia-se em si própria (não é universal, mas subjetiva).⁷³⁶

Para outra parcela das correntes de pensamento, a resposta não pode residir no subjetivismo ou no relativismo – solução esta aparentemente mais adequada ao sistema constitucional brasileiro. Entrementes, não resta impossível ou inadequado que a questão seja resolvida mediante a inserção de novas variáveis que condicionem a decisão, sem a necessidade de reconhecimento da subjetividade como o fiel da balança. A idéia de valorização de uma moralidade constitucional objetiva é exemplo de uma alternativa resolutiva viável, a despeito do reconhecimento de que “no curso dos acontecimentos históricos, há um núcleo irreduzível do inesperado que escapa aos mais rigorosos cálculos de probabilidade”. E esta constatação não é mística, nem irracional ou subjetivista, mas decorre da própria natureza da atividade política.⁷³⁷

Antônio GRAMSCI ressaltou que o excessivo realismo político propicia muitas vezes a conclusão de que o “homem de Estado” só deve atuar no âmbito da realidade fática. E situando-se neste enquadramento não poderia se interessar pelo

⁷³⁵ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 21 et seq.

⁷³⁶ LACLAU, Ernesto. Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia. In: MOUFFE, Chantal (Com.). **Desconstrucción y pragmatismo.** Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 108.

⁷³⁷ LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio – uma leitura das teses sobre o conceito de história.** Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brasnt. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 150.

“dever ser” ou deixar guiar-se por uma ética principiológica, mas apenas pelo “ser” das coisas a partir de considerações pragmáticas. E segue o filósofo: “isto significaria que as perspectivas de um estadista não podem ir além do tamanho do seu nariz”.⁷³⁸ É por este motivo que a análise da relação entre o Estado e a sociedade civil merece ser realizada mediante uma “filosofia política que imagina e sonha”, de acordo com a proposta de Janine RIBEIRO. É preciso se distanciar do imediato rumo a uma utopia não no seu sentido fraco, que “une o impossível com o generoso”, mas no seu sentido forte, “no sentido de tomar distância do usual para procurar o inusitado”.⁷³⁹

Quando KANT recusa a idéia pragmática de um “moralista político”, afirmando ser uma deturpação tanto prática quanto no campo da própria teoria, ele está justamente afastando a possibilidade de um interesse público moralmente aceitável pautado em princípios forjados a partir de conveniências do governante.⁷⁴⁰ O que não ignora o fato de que os governantes muitas vezes dissimulam suas ações de força através do Direito; caso em que é criada uma ilusão, pois o moralista político inverte a ação do político moral, submetendo os princípios aos fins e, dessa forma, impedindo a conciliação entre política e moral.⁷⁴¹ Este fenômeno retrata uma perversão do sistema, pois dissimula como de interesse público atos fundados no arbítrio. Ao contrário, o verdadeiro governo republicano somente pode ser pensado por um político moral,⁷⁴² cujo interesse público deve ser forjado nos termos da Constituição, em razão do que adquire supremacia sobre os interesses privados.

Diferentemente desta visão a respeito dos fins do Estado e da natureza das escolhas políticas, a pós-modernidade retrata uma situação *sui generis*. Nunca no plano das idéias a doutrina liberal foi tão combatida e a prática liberal tão aplicada. Poucos concordariam que a democracia não precisa ser ética, mas na realidade é isso que vem ocorrendo, pois segundo a prática governamental da atualidade não adianta ter princípios éticos se as ações devem ser pragmáticas e não há outra saída. Nestas condições o dinheiro tende a falar mais alto que o poder. Ocorre que “apenas o poder

⁷³⁸ GRAMSCI, Antônio. **Maquiavel, a política e o Estado moderno**. 4. ed. Tradução de Luiz Mario Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 42.

⁷³⁹ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 14.

⁷⁴⁰ KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua**. Op. cit., p. 134.

⁷⁴¹ KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua**. Op. cit., p. 144.

⁷⁴² KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua**. Op. cit., p. 146.

deixa democratizar-se, o dinheiro não”.⁷⁴³

É em decorrência desta realidade que o espírito do Estado social deve desenvolver mais do que um modelo descrito, uma efetiva proposta normativa (que até mesmo ultrapassa o dever ser caracteristicamente jurídico). Em termos mais concretos, isso significa afirmar o estabelecimento de uma nova perspectiva: a revalorização do espaço público estatal. Para tanto, torna-se necessária, preliminarmente, a recuperação “equilibrada” da capacidade de agir, abandonando-se esta busca desenfreada por uma atuação prestadora apolítica e/ou subsidiária. Como propõe o realismo utópico de Pierre Bourdieu, a “liberdade de espírito” consiste em “questionar as evidências em relação às quais quase todo mundo está de acordo e que constituem a ordem simbólica”.⁷⁴⁴

A recusa do Estado como um dos personagens principais nesta caminhada civilizatória rumo à conquista de uma atuação política consistente (e, portanto, que produza conseqüências efetivas no plano real) reflete um equívoco não somente teórico como prático. Na contemporaneidade é difícil imaginar outro agente político e econômico poderoso o suficiente para interferir e controlar as mazelas humanas sociais (como a pobreza e a marginalização), morais (como o preconceito e a discriminação) e naturais (como a destruição do meio ambiente); por enquanto, o Estado (ou organizações análogas, como a União Européia) é o único ente capaz de assumir este papel sob o ponto de vista institucional; e mesmo assim de forma precária.

O equilíbrio necessário ao Estado republicano para ampliar sua capacidade de intervenção material na realidade, que somente a democracia será capaz de propiciar, depende da exposição, da discussão e da deliberação em público, além da aceitação e tolerância, também em público, dos conflitos e disparidades entre as diferentes lógicas.⁷⁴⁵ Nesse sentido, denota-se o conceito de Hannah ARENDT, para quem a base da política é a pluralidade, exigindo liberdade e não podendo se restringir à compreensão burocrática da coisa pública.⁷⁴⁶ Como pondera HABERMAS “a ordem democrática não precisa necessariamente de um enraizamento mental na ‘nação’ como uma comunidade de destino pré-política”. A integração social deve se estabelecer por

⁷⁴³ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Op. cit., p. 100.

⁷⁴⁴ A citação é de Louis Pinto, sobre o pensamento de Pierre Bourdieu. Cf.: PINTO, Louis. **Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2000, p. 176.

⁷⁴⁵ CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 389.

⁷⁴⁶ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Op. cit., p. 9.

meio da participação política solidária dos cidadãos mediante o reconhecimento da pluralidade de interesses, modos de vida e visões de mundo existentes.⁷⁴⁷

A preferência por uma ligação ética, étnica, religiosa ou mesmo cultural ao invés de política, pode trazer sérios prejuízos para o desenvolvimento do indivíduo. O orgulho nacionalista ou o patriotismo intolerante descamba facilmente em ações contrárias ao humanismo republicano por conta do prestígio a uma democratização da vida essencialmente excludente. Obviamente que o ser humano precisa de vínculos sociais do menor ao maior grau; porém, estes vínculos não podem ser superiores à sua ligação igualitária e universal com todos os demais seres humanos. É este liame que tem que ser prioritário.

“Cada vida tem, digamos assim, várias pertinências: a pertinência local, a pertinência regional, a pertinência nacional, a pertinência internacional”.⁷⁴⁸ E não há qualquer fundamento ético sustentável que possa afirmar que uma das pertinências possui um valor ou dignidade superior às demais. Um sistema político legítimo tem que outorgar a todos não somente espaços de liberdade, mas de poder “prosperar” e “desenvolver-se”,⁷⁴⁹ seja qual for este espaço: público ou privado, local ou global. Neste contexto, torna-se necessário “preparar os indivíduos para o debate e para a participação na constituição de sistemas normativos que regerão a sociedade (ainda que esta efetiva participação dependa do engajamento dos indivíduos na sua própria formação e, em seguida, na análise interessada das estruturas sociais).”⁷⁵⁰

Em geral é difícil que uma teoria ou idéia que propugne pelo equilíbrio e pela ausência de grandes dicotomizações ou preferências absolutas adquira sucesso histórico significativo. E esta constatação acentua-se sobremaneira em face da *vida vivida* pelo homem a partir da modernidade. A pós-modernidade, embora tenda a um abandono desta característica, o faz por via transversa. Ao invés de dissipar os radicalismos em prol do equilíbrio político-racional, ela age em benefício da valorização do niilismo consumista e apolítico, sugerindo assim a constante exaltação de um indivíduo que é protagonista do nada. Conseqüentemente, denota-se perfeitamente viável “que se construam estratégias com base moderna para que os instrumentos da

⁷⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional ...** Op. cit., p. 97.

⁷⁴⁸ PIRES, Francisco Lucas. **O Comitê das Regiões e subsidiariedade no Tratado de Maastricht.** Op. cit., p. 87.

⁷⁴⁹ TUGENDAHT, Ernst. **A controvérsia sobre direitos humanos.** Op. cit., p. 20.

⁷⁵⁰ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura.** 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 115.

modernidade possam cumprir ao máximo possível os seus objetivos”,⁷⁵¹ principalmente nos locais onde se frustraram as suas promessas. Estratégias que não são mera repetição do passado, mas que configuram um real amadurecimento, inclusive mediante a superação da tão comum dicotomização da vida, quando são identificados o bem e o mal como fatores de agregação ou desagregação social e mental.

Conclui José L. Bolzan de MORAIS: “Afim, a pergunta *Quem é o Estado?* só se responde com a suplantação da dicotomia histórica entre Estado e sociedade, muitas vezes reproduzida no seio daquele.”⁷⁵² Se por um lado o povo não demonstra querer nada diretamente do Estado, mediante uma alta aposta na sociedade civil e no mercado, por outro o Estado hoje aparenta também não querer nada dos seus cidadãos a não ser as possíveis contribuições materiais (em regra tributárias). Não se exige devotamento ou entusiasmo. Recorre-se à sociedade justamente para que esta atue fora do Estado, ou seja, a fim de que constitua o “espaço público não-estatal”.⁷⁵³ Esta situação confirma a proposição de Albert HIRSCHMAN de que embora existam movimentos pendulares ora em favor da vida pública, ora em favor da vida privada, “as sociedades ocidentais parecem estar condenadas a longos períodos de concentração nos universos privados, durante os quais passam por uma empobrecedora “atrofia dos propósitos públicos”.⁷⁵⁴ Quem procura defender o Estado, nesta conjuntura, tende a realizar uma tarefa francamente impopular, além de pouco animadora.

É incongruente que o Poder Público desenvolva cada vez mais instrumentos formais de participação das pessoas, quando ele mesmo adota uma política autodestrutiva no campo das mentalidades, exaltando o seu universo exterior. Contudo, é perfeitamente justificável esta tendência autofágica do Estado no plano do imaginário político-cultural, ou seja, na esfera das mentalidades.

Torna-se premente, neste panorama, a inversão do quadro apresentado, a fim de que não seja enraizada esta mentalidade niilista notoriamente não-participativa. Como propõe Jacques GÉNÉREUX, faz-se urgente a restauração do político, reavivando o interesse dos cidadãos pelo debate público e, assim, restabelecendo a credibilidade do

⁷⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Afim: quem é o Estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ____.; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 166.

⁷⁵² MORAIS, José Luis Bolzan de. **Afim: quem é o Estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional**. Op. cit., p. 171.

⁷⁵³ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos ...** Op. cit., p. 164.

⁷⁵⁴ HIRSCHMAN, Albert O. **De consumidor a cidadão: atividades privadas e participação na vida pública**. Tradução de Marcelo M. Levy. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 143.

poder estatal.⁷⁵⁵

É com base nestes pressupostos que deve ser reavivado o ideal republicano consagrado explicitamente no artigo 3º Constituição Federal de 1988 e que impõe ao Estado o princípio da felicidade como seu critério de atuação a partir da delimitação como objetivos fundamentais do Brasil: “I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

E não podem os gestores públicos se assustarem com esta tarefa. Quem se ocupa da administração do que pertence a todos tem o dever de eficiência e moralidade, mesmo estando ciente das dificuldades práticas que este dever-poder lhes inflige. “A felicidade, isto é, a dignidade que se concretiza na existência, se nutre de liberdade, de justiça e de bem-estar, em um improvável equilíbrio, sempre a ser redefinido”.⁷⁵⁶ O conteúdo das prescrições jurídicas atribuídas ao Poder Público deve ter como finalidade de suas ações realizar esta contínua redefinição do padrão ótimo. O sistema constitucional brasileiro, essencialmente aberto, porém típico de um Estado de Direito não só social e democrático, mas também laico e republicano, fornece as bases para o estabelecimento das condutas conforme o *standard* estabelecido.

Nossa capacidade política, humanismo e tolerância é que transmutam indivíduos em pessoas e as pessoas em uma coletividade que dá vida ao Estado. E se o Estado morresse, ainda assim restaria seu espírito. Porque é dele que se torna possível cobrar o desenvolvimento necessário à garantia do interesse público, buscando-se sempre um retorno à Constituição de 1988, como símbolo do projeto socializador de um povo que não desiste de ser justo, solidário e feliz.

⁷⁵⁵ GÉNÉREUX, Jacques. **O horror político – o horror não é econômico**. 3. ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 119.

⁷⁵⁶ “La felicità, ossia la dignità che si concretizza nell’esistenza, si nutre di libertà, di giustizia e di benessere, in un improbabile equilibrio, sempre da ridefinire.” Cf.: MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Op. cit., p. 64.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

A

- ABENSOUR, Miguel. **A democracia contra o Estado - Marx e o momento maquiaveliano**. Tradução de Cleonice P. B. Mourão, Consuelo F. Santiago e Eunice D. Galéry. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.
- AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ALBANESE, Alessandra. Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici. **Rivista Diritto Pubblico**. **Rivista Diritto Pubblico**. Bologna, n° 1, jan./abr., 2002.
- ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.
- ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ____; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001.
- _____. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: ____; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001.
- ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración - três estudos**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ALMEIDA, Fernando Mendes de. O Direito português no Brasil. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 2, t. 1, 1993.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 1970.
- ÁLVAREZ, Obdulia Taboadela. Clases sociales y acción colectiva. **Reis: Revista Española de investigaciones sociológicas**. n° 63, 1993.
- AMARAL, Carlos Pacheco. Autonomia: uma aproximação na perspectiva da filosofia social e política. **Revista da Universidade dos Açores**: Ponta Delgada, 1995.

- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- _____. **Linhagens do Estado absolutista**. 3. ed. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodriguez. Subsidiariedad. Madrid: **La Ley - Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudência y Bibliografía**, nº 9, 2000.
- ARANTES, Paulo Eduardo. Esquerda e direita no espelho das ONGS. **Cadernos ABONG**, nº 27, maio 2000.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- _____. **O que é política?** 3. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- ARGÜELLO, Katie. As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora da UnB, 1997.
- ARRUDA, José Jobson de Andrade. Prefácio. In: VOVELLE, Michel (Org.). **Jacobinos e jacobinismo**. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: Editora da EDUSC, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

B

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 211, jan./mar. 1998.

_____. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **AeDP - Actualidad em el Derecho Público**. Buenos Aires: Ad-Hoc, n° 18/20, 2002.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BAHIA, Luiz Henrique Nunes. **O poder do clientelismo: raízes e fundamentos da troca política**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. In: _____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

- BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidade, indeterminação do direito e positivismo jurídico. In: _____.; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevância normativa em la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevância normativa em la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.
- BIANCHI, Sérgio. **Quanto vale ou é por quilo?** Brasil: Agravo Produções Cinematográficas, Riofilme, 2005.
- BIGNOTTO, Newton. **Origens do republicanismo moderno**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do Direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Moralidade Administrativa: evolução e conceito. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. **Locke e o Direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora da UnB, 1997.
- BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado social ao Estado liberal**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, n° 01, abr./jun. 2003.
- BORGES, André. Ética burocrática, mercado e ideologia administrativa: contradições da resposta conservadora à crise do caráter do Estado. **Dados [on line]**. 2000, v. 43, n° 1.
- BORGES, Nilson. A Doutrina de Segurança Nacional e os governos militares. FERREIRA, Jorge (Org.). **O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- BOTO, José Maria Miranda. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. **Revista del Ministério de Trabajo y asuntos sociales**, n° 7, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- _____. **O poder simbólico**. 3. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República; Câmara da Reforma do Estado, 1995.
- BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BRITTO, Carlos Ayres. Controle judicial das políticas públicas e a independência dos Poderes. **XXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. 10 out. 2008.
- _____. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. O regime constitucional do racismo. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BULYGIN, Eugênio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; _____. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001.
- BURKE, Peter. **A escola dos annales - 1929-1989: a revolução francesa da historiografia**. Tradução de Nilo Odalia. São Paulo: Unesp, 1997.
- _____. **História e teoria social**. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Unesp, 2002.

C

- CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da Filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedida, 2000.
- CARDOSO, Ciro Flamarion e VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Campus, 1997
- CARRAHER, David W. **Senso crítico: do dia-a-dia à ciências humanas**. São Paulo: Pioneira - Thomson, 2002.
- CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- _____. **Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- _____. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 40, n° 2, 1997.
- CASADO, Demetrio. Cauces para la solidaridad social y bases de la subsidiariedad. In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad en la sociedad española**. Madrid: Universidade Pontificia Comilas de Madrid, 1993.
- CASIMIRO, Lígia Maria Melo de. Novas perspectivas para o Direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, n° 30, out./dez. 2007.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unido. In: _____. (Org.). **Trattato di Diritto Amministrativo**. 2. ed. T. 1, Milano: Giufrè, 2003.
- CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.

- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- CASTRO, Augusto Olympio V. **Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CATABRIGA, Chiara. Il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Bolonha: **Rivista Diritto Costituzionale**. a. 21, n° 1, mar. 2001.
- CENTRO DE INFORMAÇÃO EUROPEIA JACQUES DELORS. **Glossário**. <<http://www.aprendereuropa.pt/page.aspx?idCat=338&idMasterCat=300&idContent=327>> Acesso em: 27 dez. 2008.
- CHALHOUB, Sidney. Visões da liberdade: senhores, escravos e abolicionistas da corte nas últimas décadas da escravidão. **Revista História e Debates**. Curitiba: Associação Paranaense de História, 1988.
- CHARTIER, Roger. **À beira da falésia: a história entre certezas e inquietude**. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002.
- _____. **A história cultural entre práticas e representações**. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difel, 1990.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISSIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.
- _____. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis, 2005.
- _____. O discurso do constitucionalismo do governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. Tradução de Théo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

- _____. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo.** Campinas: Julex, 1988.
- COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público.** Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminación del derecho. **Revista Doxa.** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 21, v. 2, 1998.
- _____. Princípios jurídicos e interderminación del derecho. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 21, 1998.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Governança Européia: Um livro branco.** Bruxelas, 25.7.2001 - COM(2001) 428 final. Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/glossary/green_paper_pt.htm> Acesso em: 13 nov. 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo.** 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1976.
- CORTES, Alberto Baltra. **Teoría Económica.** Santiago do Chile: Andres Nello, 1968.
- COSTALDELLO, Angela Cassia. A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas: transformações e perspectivas. In: GUIMARÃES, Edgar (Org.). **Cenários do Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- COUTINHO, Carlos Nelson. Crítica e utopia em Rousseau. **Revista de Cultura e Política,** n° 38, 1996.
- _____. **Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- _____. Prefácio. In: SEMERARO, Giovanni (Org.). **Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CUNHA, Pedro Octávio Carneiro da. A fundação de um império liberal: discussão de princípios. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org.). **História Geral da Civilização Brasileira.** 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 1, t. 1, 1993.

- D'ATENA, Antonio. Costituzione e principio di sussidiarietà. **Quaderni Costituzionali: Rivista Italiana di Diritto Unione Europea**. Milano: Giufrè, n° 2/3, 1996.
- DAGNINO, Evelina. Sociedade civil e espaços públicos no Brasil. In: _____. (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.
- _____. **Liberdade e cultura**. Tradução de Eustáquio Duarte. Rio de Janeiro: Revista Branca, 1953.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas**. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DOSSE, François. **A história em migalhas: dos annales à nova história**. Tradução de Dulce Oliveira Amarante dos Santos. Bauru: Editora da EDUSC, 2003.
- DOSTOIÉVSKI, Fiodor. **Os Demônios**. Tradução de Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2004.
- DOTTA, Alexandre Godoy. **A efetivação da política do SINAES: o posicionamento dos integrantes da CPA quanto à auto-avaliação institucional**. Curitiba, 2009. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Educação) – Centro de Teologia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
- DREIFUSS, Renè. **Política, poder, Estado e força: uma leitura de Weber**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.
- DUARTE, Maria Luíza. A Constituição portuguesa e o princípio da subsidiariedade – da positivação à sua concreta aplicação. In: DUARTE, Maria Luíza. **Estudos de Direito da União Européia e das Comunidades Européias**. Coimbra: Coimbra, 2000.
- DUBY, Georges. **As três ordens ou o imaginário do feudalismo**. Tradução de Maria Helena Dias. Lisboa: Estampa, 1982.
- DUGUIT, Léon. **Os elementos do Estado**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, [19__].

DURKHEIM, Émile. **Pragmatismo e sociologia**. Tradução de Aldo Litaiff. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004.

_____. **Sociologia e filosofia**. Tradução de Paulo J. B. San Martin. São Paulo: Ícone, 1994.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (Orgs.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

E

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

_____. **O processo civilizador: uma história dos costumes**. 2. ed. Tradução de Ruy Jungmann Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

EMBAIXADA DOS EUA. **Declaração da Independência dos EUA**, de 4 de Julho de 1776. Disponível para consulta em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=11>> Acesso em: 13 dez. 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible. **Boletín de la A.G.E.**, n° 39, 2005.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

F

- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FALCON, Francisco. História das idéias. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Orgs.). **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FARRERES, Germán Fernández. Em torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad. Madrid: **Revista de Administración Pública do Instituto de Estudios Políticos**, nº 80, maio/ago. 1976.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora da USP, 2000.
- FERRARI, Paola; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle das organizações sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- _____. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: RT, 2001.
- FERREIRA, Gabriela Nunes. **Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 1999.
- FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no Direito Administrativo**. Curitiba, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) Universidade Federal do Paraná.
- FIORAVANTI, Mauricio. **Los derechos fundamentales: apuntes de história de las constituciones**. 3. ed. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2000.
- _____. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.
- FIORI, José Luís. Estados, moeda e desenvolvimento. In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de Direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

- _____. Os juristas e a cultura jurídica na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**. Milão: Giufrè, n° 35, 2006.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998.
- FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France (1977-1978)**. Tradução de Horário Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- _____. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Mara Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FRANCO, Maria Sylvia Carvalho. **Os homens livres na ordem escravocrata**. São Paulo: UNESP, 1997.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher: o novo liberalismo econômico**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record, 1980.
- FRIEDMANN, W. O conteúdo instável do interesse público: alguns comentários sobre o artigo de Harold D. Lasswell. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.

G

- GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.
- _____. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade de alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- _____. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba: Juruá, n° 3, 2000.
- _____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

- GAIDO, Paula. Introdução. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001.
- GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GÉNÉREUX, Jacques. **O horror político - o horror não é econômico**. 3. ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- GENTILI, Pablo. O discurso da “qualidade” como nova retórica conservadora no campo educacional. In: GENTILI, Pablo; SILVA, Tomaz Tadeu da (Orgs.). **Neoliberalismo, qualidade total e educação: visões críticas**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GNASSOUNOU, Bruno. A partir de John Rawls, a querela do utilitarismo e do antiutilitarismo. Liberais, libertários e comunitaristas americanos. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.
- GOETHE, Johann Wolfgang. **Fausto**. Tradução de Jehhy Klabin Segall. Belo Horizonte: Villa Rica, [19__].
- GOFF, Jacques Le. **História e memória**. Tradução de Bernardo Leitão; et al. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1992.
- _____. NORA, Pierre (Org.). **História: novos objetos**. Tradução de Terezinha Marinho. Rio de Janeiro: F. Aves, 1995.
- GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- GOMES, Eduardo Biacchi. **Comércio internacional e comunidade sul-americana de nações: o projeto democrático da integração**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.
- GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.
- GONÇALVES, Guilherme de Salles. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o dever de respeito às posturas municipais. In: _____.; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direito eleitoral contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005.

- GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Parte General, t. 1, 2003.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRAMSCI, Antônio. **Maquiavel, a política e o Estado moderno**. 4. ed. Tradução de Luiz Mario Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRIFFITH, Ernest. Os fundamentos éticos do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- GROS, Denise Barbosa. **Institutos liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2003.
- GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Tradução de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Del Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2004.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUALDANI, Annalisa. **I servizi sociali tra universalismo e seletività**. Milano: Giufrè, 2007.
- GUEDES, Francisco Corrêa. **O manto do rei: economistas, políticos e o Estado do mundo**. Lisboa: Bertrand, 1991.
- GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio**. 2. ed. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo A. Hart, Bulygin y Ruiz Manero: três enfoques para un modelo. **Revista Doxa**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, nº 14, 1993.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos gigantes**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

H

- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera-mundi, 2001.
- _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 2. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- _____. Es aún posible el proyecto kantiano de la constitucionalización del derecho internacional? In: ESCAMILLA, M; SAAVEDRA, M. (Orgs.). **Derecho y justicia en una sociedade global**. Granada: International Association for philosophy of law and social philosophy, 2005.
- _____. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 7. ed. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- _____. A sociedade mundial de controle. In: ALLIEZ, Eric (Org.). **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. São Paulo: Editora 34, 2000.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y constitucional**. Tradução de Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003.
- HAYEK, Friedrich Auguste. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Expressão e cultura/Instituto Liberal, 1987.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 4. ed. Tradução de Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2007.
- HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regima Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2002.

_____. **De consumidor a cidadão: atividades privadas e participação na vida pública**. Tradução de Marcelo M. Levy. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 2. ed. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Os elementos da lei natural e política**. Tradução de Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002.

HOBBS, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. 9. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

_____. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 188, 1992.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 7. ed. Tradução de Alayde Traveiros. São Paulo: Atlas, 1962.

HUMBOLT, Wilhelm von. **Os limites da ação do Estado: idéias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado**. Tradução de Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

I

IOSCHPE, Evelyn Berg (Coord.). **Terceiro Setor: desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

J

JAMES, William. **A filosofia de William James (seleção de suas obras principais)**. Tradução de António Ruas. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

_____. **Pragmatismo: un nuevo nombre para viejas formas de pensar**. Tradução de Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

JELLINEK, George. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos. Montevideo: Julio César Faria Editor, 1954.

JOÃO PAULO II, Papa. Centesimus Annus. In: SARTORI, Luis Maria A. (Org.). **Encíclicas do Papa João Paulo II**. São Paulo: LTr, 1996.

JOÃO XXIII, Papa. Mater et Magistra. In: SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais: da Rerum Novarum à Octogesima Adveniens**. São Paulo: LTr, 1972.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, nº 26, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. União Européia - a esperança de um mundo novo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, nº 31, 1999.

K

KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua. In: BUZZI, Arcângelo R.; BOFF, Leonardo (Coords.). **Immanuel Kant: textos seletos**. Tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1974.

KEANE, John. **A sociedade civil: velhas imagens e novas visões**. Tradução de Mara José Figueiredo. Lisboa: Temas e Debates, 2001.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KLOSS, Eduardo Soto. **El principio de juridicidad**. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.

KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

L

- LACLAU, Ernesto. Desconstrucción, pragmatismo, hegemonia. In: MOUFFE, Chantal (Com.). **Desconstrucción y pragmatismo**. Buenos Aires: Paidós, 1998.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia y estratégia socialista: hacia una radicalización de la democracia**. Version española de Ernesto Laclau. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004.
- LACOMBE, Américo Jacobina. A Igreja no Brasil colonial. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 2, t. 1, 1993.
- LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 4, 2005.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LARUGA, Francisco Javier Sanz. El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental. A Coruña: **Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n° 3, 1999.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LASSWELL, Harold D. O interesse público: sugestões de princípio de conteúdo e de método. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- LEÃO XIII, Papa. Rerum Novarum. In: SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais: da Rerum Novarum à Octogesima Adveniens**. São Paulo: LTr, 1972.
- LEVI, Giovanni. Sobre a micro-história. In: BURKE, Peter (Org.). **A escrita da história: novas perspectivas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.
- LIMA, Ruy Cirne. **Sistema de direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Gráfica Santa Maria, 1953.
- LIPOVESTSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos.** Tradução de Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2005.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos.** Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Ariel, 1983.

LOPES, Andréa Roloff. **Alexandre Rodrigues Ferreira e a viagem filosófica: economia e ciência na Amazônia colonial.** Curitiba, 1998. Dissertação de Mestrado (Mestrado em História) – Setor de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal do Paraná.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento.** Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Walter Benjamin: aviso de incêndio – uma leitura das teses sobre o conceito de história.** Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brasnt. São Paulo: Boitempo, 2005.

LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo.** Florianópolis: Conceito, 2006.

M

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito.** Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHIAVELLI, Niccolo. **O príncipe.** 20. ed. Tradução de Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio de subsidiariedade e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral.** Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

_____. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo: resumo da subversão pós-moderna.** Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. **A sombra de dionísio: contribuição a uma sociologia da orgia.** 2 ed., Tradução de Rogério de Almeida. São Paulo: Zokuk, 2005.

- _____. **A transfiguração do político: a tribalização do mundo**. 2 ed., Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1997.
- MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. Tradução de José Lión Depetre. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- MALEN, Jorge. De la imposición de la moral por el derecho: la disputa Devlin-Hart. **Revista Isonomía**, Barcelona, n° 4.
- MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito - tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARZUOLI, Carlo. Sussidiarietà e libertà. **Rivista di Diritto Privato**. Milanofiori, n° 1, 2005.
- MASSAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1959, t. 1.
- MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán**. 2. ed. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MAZOWER, Mark. **Continente sombrio: a Europa no século XX**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, 1967.
- _____. **Regime jurídico das autarquias**. São Paulo: RT, 1968.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

- MÉSZÁROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. Tradução de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.
- MEZZARROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Imprensa Universitária, 1994.
- MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Traduzione di Massimo Tringalli. Milano: Giufrè, 2003.
- MILONE, Paulo César. Teoria do desenvolvimento econômico. In: PEREIRA, Wladimir (Coord.). **Manual de introdução à economia**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MINOR, Willian S. O interesse público e o supremo compromisso. In: n: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- MISES, Ludwig von. **Liberalismo segundo a tradição clássica**. Tradução de Haydn Coutinho Pimenta. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.
- MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, nº 1, jan./mar., 1999.
- MONCADA, Luis Cabral de. A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.
- MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica do padrão emergente de intervenção social**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- MONTGOMERY, John. O interesse público nas ideologias do desenvolvimento nacional. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- MORAIS, Carlos Blanco de. O princípio da subsidiariedade na ordem constitucional portuguesa. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MORAS, Juan Martín González. **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelho, 1978.

_____. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUSGRAVE, R. A. O interesse público: eficiência na criação e manutenção do bem-estar material. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.

N

NASARRE, Eugenio. El principio de subsidiariedad: su vigencia. In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad em la sociedad española**. Madrid: Universidad Pontificia Comilas de Madrid, 1993.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NEVES, Ozias. **Revista Civilização Brasileira (1965-1968): uma cultura de esquerda no cenário político ditatorial**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal do Paraná.

NIEMEYER Gerhart. O interesse público e o interesse privado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.

NIETZSCHE, Friedrich W. **Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Lisboa: Guimarães Editores, 1996.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: um ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NORIEGA, Antonio Estella de. **El dilema de Luxemburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Européas ante el principio de subsidiariedad**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S. A., 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

_____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOVY, Andreas. **A desordem da periferia: 500 anos de espaço e poder no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2002.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito econômico**. São Paulo: RT, 1997.

O

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada: aspectos de Direito público econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **O contrato de gestão na administração pública brasileira**. São Paulo, 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

_____. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: _____. (Org.). **Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)**. Disponível em: <<http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2008.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 4 jan. 2009.

ORLANDO, Vittorio Emanuele. **Principi di diritto amministrativo**. 5. ed. Firenze: G. Barbèra, 1921.

OROZCO, José Luis. **El Estado pragmático**. Ciudad de Mexico: Facultad de Ciências Políticas y Sociales, 1996.

_____. **El siglo del pragmatismo político**. Colonia del Carmen: Universidade Autónoma de México, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 220, abr./jun. 2000.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007, v. 1,.

_____. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

P

PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: REIS FILHO, Daniel Araújo; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Orgs.). **O século XX: o tempo das crises**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

PARGA, Manuel Jimenez de. **La teoría política de Giovanni Gentile**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1954.

PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia e intervención pública en la economía**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. Tradução de Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1977.

_____. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.

PETERMANN, Rolf. Reflexões sobre o Direito econômico e Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). **Contratos internacionais e Direito econômico do Mercosul**. São Paulo: LTr, 1996.

PETRAS, James. **Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa**. Blumenau: Furb, 1999.

PETTIT, Philip. **Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno**. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

- _____. **Teoria da Liberdade**. Tradução de Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PICHLER, Nadir Antônio. **A felicidade na ética de Aristóteles**. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo, 2004.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- PINTO, Louis. **Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2000.
- PINTOR, Rafael Lopez. Es la sociedad española solidaria? In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad en la sociedad española**. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas de Madrid, 1993.
- PIO XI, Papa. **Quadragesimo Anno**. In: SANCTIS, Frei Antonio de (Org.). **Encíclicas e documentos sociais: da Rerum Novarum à Octogesima Adveniens**. São Paulo: LTr, 1972.
- PIRES, Francisco Lucas. O Comitê das Regiões e subsidiariedade no Tratado de Maastricht. In: **Conferência Luso-Alemã: as experiências constitucionais face a uma Europa unida**. Lisboa: Fundação Konrad Adenauer, 1994.
- POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 2006.
- _____. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.
- _____. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
- PORTUGAL. Conselho Económico e Social. **Debata sobre o Livro Verde da política social europeia**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1994.
- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo: colônia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. 5. ed. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2006.

Q

- QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado a União Europeia**. Coimbra: Almedina, 1995.

R

- RAMOS, Cesar Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo. Belo Horizonte: **Síntese - Revista de Filosofia**, v. 33, n° 106, 2006.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia: reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica. Tradução de Fernando Herren Aguillar. **Cadernos de Direito Econômico e Empresarial - Revista de Direito Público**, São Paulo, n° 94, abr./jun. 1990.
- REIS, José Carlos. **História & Teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2003.
- RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. **A última razão dos reis: ensaios de filosofia e política**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- _____. Apresentação. In: MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RICARDO, David. **Princípios de economia política e de tributação**. 4. ed. Tradução de Maria Adelaide Ferreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002.
- RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. A política de assistência social: uma análise à luz da democratização da gestão. **Serviço Social em Revista**, Londrina, v. 4, n° 1, jan./jun. 2002.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- _____. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- RORTY, Richard. **Consequências do pragmatismo (ensaios 1972-1980)**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1982.

- _____. **Contingência, ironia e solidariedade.** Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Pragmatismo e política.** Tradução de Paulo Ghirardelli Jr. São Paulo: Martins, 2005.
- _____. **Verdade e progresso.** Tradução de Denise R. Salles. Barueri: Manole, 2005.
- ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência.** Goiânia: Editora da UnB e Editora da UFG, 1997.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- ROUANET, Sergio Paulo. Dilemas da moral iluminista. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem de os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. **Do contrato social.** Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

S

- SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático.** 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).** São Paulo: Malheiros, 2001.
- SALOMONI, Jorge L. Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI Jorge L.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos.** Argentina: Ad-Hoc, 2006.

- SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1.
- SARAIVA, Rute Gil. **Sobre o princípio da subsidiariedade - gênese, evolução, interpretação e aplicação**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. Interesses públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SEABRA, Cátia. A força das ONGS no governo. **Jornal O Globo**. 3/05/2004, Primeiro Caderno, p. 3.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Separata de Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC**. a. 27, nº 55, dez., 2007.
- SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Tradução de Fábio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1995.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público sob o paradigma da realidade brasileira. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo filosófico**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000.
- _____. Para além do relativismo e do absolutismo. **Revista de Sociologia Política: dossiê ideologias políticas**. Curitiba: Editora da UFPR, n° 03, 1994.
- SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.
- _____. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Editora da UnB, 2000.
- SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004.
- STAUT, Sérgio. **A formação da posse no Brasil da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Curitiba, 2008. Projeto de pesquisa. (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná.
- STEINGART, Gabor. **Der Spiegel**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel>>. Acesso em: 1 out. 2008.
- STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: o papel do Comitê das Regiões na União Européia. In: Anais. **3º Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política**. Niterói, 28-31 jul., 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SUNSTEIN, Cass. R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo; et al. (Coords.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Tradução de Jean Paul Cabral Veiga da Rocha. São Paulo: Editora 34, 2004.

T

TAGLE, Hugo. El principio de subsidiariedad. **Persona y Derecho - Revista de Fundamentaciones de las Instituciones Jurídicas**. Navarra, v. 3, 1977.

TARZIA, Antonello. La eficiência económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional? Perspectivas del derecho italiano y europeo. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, n° 31, jan./mar., 2008.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. 4. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1997.

TUGESDHAT, Ernst. A controvérsia sobre os direitos humanos. In: _____. **Não somos de arame rígido: conferências apresentadas no Brasil em 2001**. Canoas: ULBRA, 2002.

U

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**. Jornal Oficial n° C 303 de 14 de Dezembro de 2007. Disponível para consulta em: <<http://eurex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>> Acesso em: 13 nov. 2008.

_____. Jornal Oficial n° C 306 de 17 de Dezembro de 2007. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/12007L.html>> Acesso em: 27 dez. 2008.

_____. **Tratado de Amsterdã: Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade**. 1997. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>> Acesso em: 6 de nov. de 2008.

URUGUAI, Visconde do. Ensaio sobre o direito administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 2002.

V

- VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade - niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VERNANT, Jean-Pierre. **Entre mito e política**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Edusp, 2001.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VILHENA, Maria do Rosário. **O princípio da subsidiariedade no Direito comunitário**. Coimbra: Almedina, 2002.
- VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- VOVELLE, Michel. **Ideologias e mentalidades**. Tradução de Maria Julia Cottvasser. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- _____. **Jacobinos e jacobinismo**. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: Editora da EDUSC, 2000, p. 25 et seq.

W

- WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WATTERSON, Bill. **O mundo é mágico: as aventuras de Calvin & Haroldo**. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2007.
- WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. 2. ed. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Econômica, 1997.
- WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2004, v. 2.
- WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José C. de. **Formação do Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

WILLIAMSON, John; KUCZYNSKI, Pedro-Pablo (Orgs.). **Depois do consenso de Washington: retomando o crescimento e a reforma na América Latina**. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004.

WILSON, John. **Pensar com conceitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WOLFF, Hans; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo**. 11. ed. Tradução de António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 1, 1999.

WOLLMANN, Sérgio. **O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

Z

ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giufrè, v. 1, 1936.

ZOLO, Danilo. Teoria crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; _____. (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.