SUPREMACIA CONSTITUCIONAL
E POLÍTICAS PÚBLICAS

Comitê editorial da

Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Liane Tabarelli, PUCRS, Brasil

Marcia Andrea Bühring . PUCRS, Brasil

Orci Paulino Bretanha Teixeira, PUCRS, Brasil

Voltaire de Lima Moraes, PUCRS, Brasil

Thadeu Weber, PUCRS, Brasil.

SUPREMACIA CONSTITUCIONAL
E POLÍTICAS PÚBLICAS

Discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais.

Anderson Vichinkeski Teixeira
Gilberto Guimarães Filho
Sandro Alex de Souza Simões
Orgs.

φ editora fi

Direção editorial: Liane Tabarelli Zavascki
Marcia Andrea Bühring
Orci Paulino Bretanha Teixeira
Voltaire de Lima Moraes

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

A regra ortográfica usada foi prerrogativa de cada autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 12

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FILHO, Gilberto Guimarães; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Orgs.).

Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. [recurso eletrônico] / Anderson Vichinkeski Teixeira; Gilberto Guimarães Filho; Sandro Alex de Souza Simões (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

297 p.

ISBN - 978-85-5696-085-6

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito constitucional. 2. Direito Fundamental. 3. Políticas públicas.
4. Discricionariedade administrativa. I. Título. II. Série.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

APRESENTAÇÃO

A obra *Supremacia Constitucional e Políticas Públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais* tem a pretensão de contribuir para a construção crítica de um conhecimento jurídico sobre os limites do poder estatal, notadamente da Administração Pública, na adoção de políticas públicas à luz da Constituição. Em suma, buscamos aqui reunir esforços que abordem aspectos específicos dessa relação, muitas vezes conflituosa, entre Política e Direito.

Passemos, brevemente, à descrição da estrutura interna da obra. Iniciamos com um texto de Bárbara Lou da C. V. Dias e Jean-François Y. Deluchey sobre a necessidade de refletirmos sobre a noção de "comum" na reconstrução da comunidade política como bem maior da sociedade. Já Lenio Luiz Streck discutirá a efetividade dos direitos fundamentais em meio ao ativismo judicial e a judicialização da política. De André Saddy contamos com estudo sobre o surgimento e evolução do termo discricionariedade administrativa. Ainda sobre o tema da discricionariedade administrativa, Têmis Limberger aprofunda o exame da tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. Na sequência, de Patrícia Blagitz Cichovski contamos com estudo sobre a discricionariedade administrativa e a vedação ao retrocesso na seara ambiental e cultural. O direito fundamental à educação e a qualidade em si da educação estão no foco das atenções de Anderson Vichinkeski Teixeira e Gilberto Guimarães Filho. Já Diego Fonseca Mascarenhas e Débora Simões Pereira fazem análise filosófica da noção de igualdade entre redistribuição de recursos e reconhecimento social. Por fim, Sandro Alex de Souza Simões apresenta reflexão sobre o argumento sociológico no pensamento liberal europeu do séc. XIX.

Diante dessas contribuições, estamos certos que a presente obra servirá de subsídio para estudos, inquietações e futuras pesquisas relacionadas ao nosso tema central: supremacia constitucional e políticas públicas.

Público-alvo:

(1) alunos de graduação e de pós-graduação em Direito, pois a temática "Constituição e Políticas Públicas" pode ser enfrentada no Direito Constitucional, no Direito Administrativo, na Sociologia do Direito, na Filosofia do Direito, enfim, em diversas outras disciplinas jurídicas;

(2) aos profissionais do Direito que necessitam aprofundar seus conhecimentos acerca dos fundamentos filosóficos das políticas públicas, bem como suas limitações constitucionais, de modo que tais conhecimentos possam ser utilizados nas suas atividades profissionais específicas.

Belém/Porto Alegre, agosto de 2016.
Os Organizadores.

SUMÁRIO

POR UMA "POLÍTICA DO COMUM" E NÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
Bárbara Lou da C.V. Dias . 11
Jean-François Y. Deluchey

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL:
ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL
Lenio Luiz Streck . 42

SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO TERMO DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
André Saddy . 65

REVISITANDO O DOGMA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: A TENSÃO INSTAURADA ENTRE OS PODERES PARA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL
Têmis Limberger . 143

VEDAÇÃO AO RETROCESSO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
Patrícia Blagitz Cichovski . 193

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E SUA CONCRETIZAÇÃO:
DO ACESSO AO ENSINO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE
Anderson Vichinkeski Teixeira . 221
Gilberto Guimarães Filho

A DIFÍCIL RELAÇÃO DA IGUALDADE ENTRE REDISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS E DO RECONHECIMENTO SOCIAL
Diego Fonseca Mascarenhas . 252
Débora Simões Pereira

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARGUMENTO SOCIOLÓGICO LIBERAL NO SEC. XIX:
DIFERENÇAS E SIMILARIDADES NAS TRADIÇÕES CONTINENTAIS E INSULAR EUROPEIA
Sandro Alex de Souza Simões . 279

POR UMA "POLÍTICA DO COMUM" E NÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Bárbara Lou da C.V. Dias[1]
Jean-François Y. Deluchey[2]

Aviso aos não comunistas:
Tudo é comum, até Deus.
Charles Baudelaire
(...) como se soubessemos o
que é o público !
Bruno Latour

Introdução

A definição do termo "política" nas ciências sociais é objeto de grande mal entendido (inclusive e quiçá, particularmente nas ciências sociais aplicadas, como direito e economia), e, soma-se a isso o fato de que também tal definição é objeto de pouca controvérsia intelectual.

Tanto no senso comum, como nos discursos acadêmicos, a "política" é remetida a elementos tão distintos quanto a políticas públicas, processos eleitorais, manifestações populares ou as principais diretrizes de gestão empresarial.

O que, de forma abrupta, já queremos abordar aqui, é que se naturalizou como um retrato empírico verdadeiro

---

[1] Professora de graduação e do PPGD do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Doutora em Ciência Política/IUPERJ.

[2] Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará. Doutor em Ciência Política / Políticas Públicas pela Universidade da Sorbonne Nouvelle – Paris 3.

a caracterização da política como esfera de articulação coletiva de interesses privados. Tornou-se, assim, evidente o modo de se pensar a política como arena que deve levar em conta os múltiplos interesses conflitantes que são rotineiramente articulados, pelas instituições legislativas e executivas, do Estado Nacional. Afinal, na medida em que o principal instrumento de políticas públicas dos aparatos governamentais consiste em sua arrecadação fiscal, é de se esperar que boa parte daquilo que recebe o nome de atividade política se dê ao redor da disputa por estes recursos e pelo acesso aos centros de decisão que os alocarão. Mas como afirma Eisenberg[3] não há nada mais preocupante do que a naturalização do processo por meio do qual esta contínua busca de articular e compabitilizar interesses conflitantes se tornou o *modus operandi* da política.

É porque comungamos dessa preocupação que decidimos escrever o presente ensaio. Percebemos que o debate em torno das políticas públicas e, em especial, os produzidos dentro do campo jurídico, articulam uma noção política de gerenciamento estatal de recursos com o esvaziamento da noção do que é público, um desconhecimento da distinção entre público e comum e mais ainda uma redução da própria noção de política. É sintomático que uma das principais obras de referência sobre o tema apresente a seguinte definição de políticas públicas: "tecnologia jurídica governamental para a democracia".[4] É mais sintomático ainda que todo o debate seja reduzido a questões de discricionariedade

---

[3] EISENBERG, José. *A Democracia depois do Liberalismo*. Rio de Janeiro: Iuperj, 2003.

[4] BUCCI, M. P. D. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

administrativa e que conceitos como efetividade e eficiência sejam norteadores do debate.

Assim no presente ensaio gostaríamos de sugerir que o processo de naturalização da noção de política como campo de arena de conflitos de interesse e a noção, consequente, de que a necessidade, de produção de um consenso pelos arranjos estatais traduz-se em políticas públicas, são perniciosos. A noção de políticas públicas articulada como gerência administrativa governamental produz exatamente o contrário da defesa de um ideal democrático, já que coloniza a comunicação política apresentando os interesses como em competição em um mercado político e excluindo todos os valores comuns com a transmutação destes para o valor de trocas de equivalência típicos da lógica sistêmica do mercado.

Do ponto de vista histórico, a supremacia da articulação de interesses e o imperativo da representação ao qual ela esteve vinculada produziram um gradual deslocamento da agenda política dos países modernos. A consolidação do Estado moderno ao redor do tripé forças armadas-tributação-instituições disciplinares no século dezenove trouxe consigo modos de organizar a política que deslocaram o clássico problema da fonte da autoridade soberana, substituindo-o pelo novo problema da produção da legitimidade desta autoridade já constituída. Daí que os debates em torno do tema das políticas públicas não se realizem em torno de legitimidade e autoridade políticas e a questão da emancipação dos sujeitos.

Daí que a preocupação da tecnologia governamental seja transformar a noção de política em um campo administrativo. A política democrática tem como objetivo a luta por uma articulação de bens comuns que podem ser universalizáveis. A efetividade de políticas públicas como apresentada costumeiramente pelas teorias da administração e do direito são o avesso disso. Desejam esvaziar e colonizar os valores em comum e deslocá-los

para um campo de articulação de interesses onde possam se tornar unidades monetárias de equivalência mercantil.

No presente ensaio procuramos apresentar os dispositivos utilizados pelos cientistas das políticas públicas como reflexo dessa tecnologia governamental e buscamos propor a necessidade de refletirmos sobre a noção de comum. Como ideal de reconstrução da comunidade política como bem maior da vida em sociedade.

1. NÃO HÁ POLÍTICA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A primeira vez que a expressão "análise de política pública" (ou *policy analysis*) aparece, em 1936, é para tratar de um problema de pesquisa bem específico descrito no título da obra de Harold D. Lasswell: *Politics: Who Gets What, When and How*. Isto significa que, desde o início, o cálculo de interesse faz parte da definição do campo de pesquisa das políticas públicas.

Os dicionários etimológicos citam várias fontes para o termo "*policy*": No francês medieval "*policie*" é o que vai se transmutar posteriormente em "*police*" (polícia), sinônimo da "boa ordem" ou "boa administração", isto é, tem o duplo sentido de organização da vida social e a ideia de força governamental capaz de manter essa organização como prevista ou desejada pelo detentor do poder.

O aparecimento do termo no mundo anglo-saxão é datado do século XIV, mas a sua reinvenção moderna, para significar o campo das "políticas públicas" data do XX século. Em inglês, os dicionários contemporâneos interpretam a *policy* como "*way of management*" (forma de gerenciar), o que tem a grande vantagem de contemplar em uma só palavra o gerencialismo governamental e não governamental. Mencionamos "governamental" justamente para não falar "público" porque nos parece que uma coisa não pode ser considerada sinônima da outra, senão com o

risco de ofertar certa legitimidade à primeira enquanto se busca esvaziar a segunda.

Aliás, podemos observar que o termo "*policy*" em inglês está cada vez menos associado ao adjetivo "*public*", seguindo um movimento de esvaziamento do segundo ao benefício de uma definição mais abrangente e pragmática do primeiro.

Em inglês contemporâneo, *policy* se define em relação a dois termos que servem para delimitar sua conceituação: *polity* e *politics*. Para o tripé *polity/politics/(public) policy*, o português brasileiro usa os termos político/política/políticas (públicas). Colocamos o adjetivo *public*/públicas entre parênteses, porque o adjetivo "pública" da política pública apenas se faz necessário no singular para distinguir *politics* e *policy*. Já, no plural, políticas designa o campo das políticas públicas sem que seja necessário usar do adjetivo "públicas".

Essas regras e fontes semânticas impõe sentido diferenciado aos conceitos em exame, e criam nossa primeira curiosidade sobre o significo do "público" nas políticas públicas. Nossa tese é que se opera, a partir dessas digressões semânticas, a consolidação de um sentido particular dado ao termo *policy*/política(s), o qual permite que o conceito não se refira automaticamente ao "público", mas bem possa abranger políticas governamentais e/ou empresariais no mesmo movimento, contribuindo desta forma a associar mais intimamente o governo estatal e a empresa privada. Isto é, a consolidação semântica observada é uma manifestação da consolidação de uma "governamentalidade" que, para Michel Foucault, designaria o conjunto de "técnicas e procedimentos destinados a dirigir a conduta dos homens."[5]

---

[5] SENELLART, M. Situação dos cursos. In: FOUCAULT, M. *Segurança, Território, População*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 532.

Em qualquer mudança social, como em qualquer evolução semântica, existe sempre um ou vários grupos sociais que se beneficiam particularmente da mudança, e outro(s) que perdem alguma coisa com o movimento realizado. Nossa tese aqui é que o grande capital se beneficia diretamente de uma associação mais íntima entre governo estatal e empresa privada, e que a grande massa do *demos*, objeto preferencial da definição do "público", vem perdendo espaço no benefício de políticas governamentais que, cada vez mais, perdem a qualidade de "públicas".

Para Pierre Muller, uma política pública é "um processo de mediação social, na medida em que o objeto de cada política pública é de tomar conta dos desajustamentos que podem intervir entre um setor e outros setores, ou ainda entre um setor e a sociedade global."[6]

Lascoumes e Le Galès[7] perguntam qual sentido pode revestir uma ação pública: "um comando visando a resolver problemas em nome do bem comum; ou então um vasto espaço de negociação e de relações de poder entre uma multitude de atores privados e públicos"? Mas podemos ver desde já que, sem entregar de antemão a resposta, o adjetivo "público", oposto a privado, é entendido como sinônimo de estatal.

Para Muller e Surel, *policies* remete também à ação pública, e o adjetivo "pública", neste caso, restringe o público ao governamental. Assim, políticas públicas seriam "programas de ação pública, isto é dispositivos politico-administrativos coordenados em princípio ao redor de objetivos explícitos" [8]. Talvez o "explícito" desse uma segunda dimensão ao "público", a partir do conceito de

---

[6] MULLER, P. *Les politiques publiques.* Paris: PUF, 1990, p. 24.

[7] LASCOUMES, P; LE GALÈS, P. *Sociologie de l'action publique*. Paris: Armand Colin, 2012, p. 25.

[8] MULLER, P.; SUREL, Y. *L'analyse des politiques publiques*. Paris: Montchrestien, 1998, p. 13.

publicidade de uma ação estatal. Muller e Surel propõem três grandes rubricas para definir uma política pública: a. Um quadro normativo de ação (e de sentido). Nesse sentido a política pública é constituída por um conjunto de medidas concretas (mais ou menos coerentes entre si) e a política púbica é caracterizada pelos recursos alocados para ela e pelos produtos que ela busca produzir (ou objetos concretos para serem alcançados) e também a política pública funciona como uma estrutura de sentido (mais ou menos explícita). Já a política pública considerada como uma combinação de potência pública e de *expertise* deve envolver decisões e alocações de recursos mais ou menos autoritárias e operar uma seletividade dos públicos a serem beneficiados, o que a torna objeto constante de conflito interno e externo. E, por fim, se considerarmos a política pública sinônimo de ordem local ela se torna espaço de relações inter-organizacionais, como um construto político relativamente autônomo que regula os conflitos entre os atores e garante a articulação e o ajustamento dos interesses e dos objetivos individuais dos mesmos, bem como dos interesses e objetivos coletivos.

Pela definição da ordem local, o "público" da política pública pode ser por um lado à população-alvo do programa de ação governamental e, por outro lado, os atores concernidos pela ação governamental planejada.

Para Rodrigues: "No contexto das políticas públicas, a política é entendida como um conjunto de procedimentos que expressam relações de poder e que se orienta à resolução de conflitos no que se refere aos bens públicos. Em uma palavra, a política implica a possibilidade de resolvermos conflitos de uma forma pacífica" [9]. E, ainda, as políticas públicas são resultantes da atividade política, requerem várias ações estratégicas destinadas a

---

[9] RODRIGUES, Marta M. Assunpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha: 2010, p. 13.

executar os objetivos desejados e, por isso, envolvem mais de uma decisão política[10]. Uma de suas características principais é que políticas públicas constituem-se de decisões e ações que estão revestidas da autoridade soberana do poder público. Rodrigues, então, define políticas públicas como a *intervenção do estado no ordenamento da sociedade por meio de ações jurídicas, sociais e administrativas* [11].

Mas entre a floresta de definições que Rodrigues propõe nas primeiras páginas de seu pequeno manual de políticas públicas, há uma que podemos considerar com maior interesse: "Política pública é o *processo* pelo qual os diversos grupos que compõem a sociedade – cujos interesses, valores e objetivos são divergentes – tomam decisões coletivas, que condicionam o conjunto dessa sociedade" [12]. Isto significaria que as políticas públicas designam os processos de decisão acerca do comum?

Caso relacionemos esta definição com a afirmação, pela mesma Martha Rodrigues no mesmo livro, que "a política implica a possibilidade de resolvermos conflitos de uma forma pacífica", então as políticas públicas designariam os processos pacíficos de decisão acerca do comum. Ora, a nossa tese, é que tais processos pacíficos apenas existem em uma ficção (neo)liberal. Esta ficção consiste em, encenar e articular, entre si, algumas teses sobre o fim e os vícios da política, as virtudes do homem racional, do progresso técnico-científico, da empresa, do setor privado e da acumulação irrestrita de riquezas, o valor do trabalho árduo, do sacrifício individual e coletivo, os direitos naturais por hora inalcançáveis. Enfim, nos é contado um moderno conto de fadas sobre a harmonia total da humanidade reencontrada após a queda do muro

---

[10] Ibidem, p.14.

[11] Ibidem, p.19.

[12] Ibidem, p.14 (grifo nosso).

de Berlim (e que os atos terroristas a partir de 2001 apenas retardaram, mas nunca abalaram, quão forte e grande é a nossa fé na democracia e no capitalismo).

Neste desenho, a economia de mercado reina sem oposição: a política é negada ou restrita a espaços controláveis por quem detém o maior poder: o dinheiro. Por isso precisamos de dinheiro para nos elegermos em um regime dito político que ainda chamamos de democrático.

Para Celina Souza, fatores quase naturais ligados à macroeconomia reinaram no desenho de um espaço próprio para a política:

> Vários fatores contribuíram para a maior visibilidade desta área. O primeiro foi à adoção de políticas restritivas de gasto [...]. O segundo fator é que novas visões sobre o papel dos governos substituíram as políticas keynesianas do pós-guerra por políticas restritivas de gasto. Assim, do ponto de vista da política pública, o ajuste fiscal implicou a adoção de orçamentos equilibrados entre receita e despesa e restrições à intervenção do Estado na economia e nas políticas sociais. Esta agenda passou a dominar corações e mentes a partir dos anos 80, em especial em países com longas e recorrentes trajetórias inflacionárias como os da América Latina. O terceiro fator, mais diretamente relacionado aos países em desenvolvimento e de democracia recente ou recém-democratizados, é que, na maioria desses países, em especial os da América Latina, ainda não se conseguiu formar coalizões políticas capazes de equacionar minimamente a questão de como desenhar políticas públicas capazes de impulsionar o desenvolvimento econômico e de promover a inclusão social de grande parte de sua população. [13]

---

[13] SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p.20-21.

Acreditamos que o próprio termo de "desenvolvimento" é profundamente ideológico: este deixa a entender que não se pode obter hoje, o que se obterá amanhã. Este léxico do progresso apenas tem uma função: matar a política hoje para jogá-la para um amanhã sempre postergado, desarmar as consciências e as insatisfações de hoje para deixar vislumbrar que, com muito trabalho, seremos coletivamente e universalmente satisfeitos, com todos os nossos direitos *gozados*. As políticas públicas seriam o passe mágico que nos permitiria, com o passar do tempo (chamado "progresso" ou "desenvolvimento"), passar de uma situação atual "A", apresentada com o nosso "real" para uma situação ideal "B", que constitui o nosso único horizonte coletivo e pacificado.

Nenhum conto de fadas conta melhor a esperança a ser depositada no amanhã, e cala melhor a desesperança que é sentida hoje. Esta ficção apenas serve para evitar que a situação "A", e a desesperança que decorre desta, sejam avaliadas e recusadas hoje. Também serve para reduzir o espaço da política ao governamental, e por transitividade, reduzir a participação cidadã ao voto, mera delegação de poder a uma elite não socialmente representativa (porque para ser eleito, precisa-se dinheiro).

Em face das análises levantadas acima, concordamos com Rancière[14] quando afirma que se dermos tal enfoque a política como políticas públicas, nós não estamos no registro da política, e sim da polícia, isto é "uma partilha do sensível caracterizado pela ausência de vazio e de suplemento: a sociedade consiste [na polícia] em grupos dedicados a modos de vida específicos, em lugares onde essas ocupações são exercidas, em modos de ser correspondentes a essas ocupações e a esses lugares",

---

[14] RANCIÈRE, J. *Aux bords du politique*. Paris: Gallimard, 2007 [1998], p. 240-241.

Assim, a polícia é uma "constituição simbólica do social" enquanto a política é "construção de um mundo paradoxal que coloca junto mundos separados".[15]

Para Rancière[16], a política não é o exercício do poder: [...] É a relação política que permite pensar o sujeito político, e não o inverso. [...] Vimos florescer, estes últimos anos [1990], afirmações proclamando o fim da ilusão do social e o retorno a uma política pura. [...] Essas leituras identificam geralmente a ordem política "própria" à do *eu zên* – do viver em vista a um bem – oposto ao *zên*, concebido como ordem da simples vida. [...] Na prática, esta celebração da política pura devolve às oligarquias governamentais, esclarecidas pelos seus peritos, a virtude do bem político. Isto significa que a pretendida purificação do político, libertado da necessidade doméstica e social, remete à pura e simples redução do político ao estatal.

Acrescenta Rancière[17], o fim da política e o retorno da política são duas maneiras complementares de anular a política na relação simples entre um estado do social e um estado do dispositivo estatal. O consenso é o nome vulgar desta anulação. [...] O retorno da política é a afirmação que existe um lugar próprio da politica. O lugar próprio da política não pode ser outra coisa que o lugar estatal. Os teóricos do retorno da política afirmam de fato sua perempção. Eles a identificam à prática estatal, a qual tem por principio a supressão da política.

É justamente em relação à definição deste "lugar próprio da política" que serve para realizar uma distinção entre *politics* (lugar demonizado do cálculo político-partidário) e *policy* (lugar da competência e da técnica, mais eficiente quanto mais distante da política). É o sentido da

---

[15] Ibidem, p. 241-245.

[16] Ibidem, p. 223-225.

[17] Ibidem, p. 251-252.

advertência, por exemplo, de Bucci[18], quando afirma: Finalmente, deve-se afastar, para um trabalho mais sistemático de busca de um conceito ou padrão de política pública para análise jurídica, a consideração de que todo direito é permeado pela política. Conquanto inegavelmente verdadeira essa assertiva, ela remete à distinção entre os termos em inglês *politics* e *policy*. Enquanto o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais. E é desses últimos que se ocupa o presente estudo.

Isto é, por quão absurdo significa a separação de uma análise do direito por meio de um olhar sobre política, Bucci se propõe a assumir que existe um lugar próprio da política e que este lugar próprio não corresponde ao das políticas públicas.

Assim, a política pública sendo desprovida de qualquer conteúdo político e, claro, de qualquer conteúdo público, pode ser definida da seguinte forma: "programa ou quadro de ação governamental", ou "conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito"[19].

Mas o projeto liberal se sustenta no esquecimento de que o Estado não se confunde com o governamental. E também sustenta em sua fantasia contratual consensual que o comum é o público. A rigor, o Estado pode ser o lugar de legitimação do público, inclusive por meio do monopólio da violência simbólica evocada por Bourdieu. Mas o público é produzido por *hors l'état* ou, pelo menos, suas dinâmicas de institucionalização podem apoiar-se no Estado, mas jamais podem partir dele. Nunca se viu um

---

[18] BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.11.

[19] Ibidem, p.14.

campo de força decidir de que força ele queria ser o vetor. No contexto da consolidação da razão do estado mínimo que se confunde com "o público", são muitos os desafios.

2. NEOLIBERALISMO E GOVERNAMENTALIDADE

O fato das "*policies*" não traduzirem um sentido do comum é significativo de uma racionalidade e de uma governamentalidade que o filósofo francês Michel Foucault associa diretamente à consolidação da arte neoliberal de governar no século XX.

O mercado, antes lugar de justiça (fixando preços, controlando pesos e medidas, prevenindo e reprimindo contraventores), passa a se firmar no final do século XVIII como lugar de veridição ou regime de verdade das ações governamentais. No mercado, se encontraria uma verdade que pudesse servir de referencial para decidir se o Estado deve agir ou não. Para a economia política, a qual se firma cada vez mais em principal tecnologia governamental ao detrimento do direito, o mercado estaria obedecendo a mecanismos supostamente naturais que, a partir de uma relação mecânica entre oferta e demanda, deveria estabelecer o preço "normal" ou "natural", não importando mais que este fosse justo ou não. Com a consolidação desta racionalidade radical-utilitarista, o mercado e suas trocas se tornam as forças motrizes do estado moderno.

A racionalidade jurídica, outrora fundamental na razão de Estado, definia o que era certo ou errado, diferenciava o justo do injusto. A partir da constituição do mercado como regime de verdade, a noção de justiça vai se depreciando na governamentalidade para deixar lugar à verdade mercadológica[20]. A partir daí, o mercado estabelece

[20] De garantidor de direitos, o Estado passa a ser garantidor das regras "naturais" chanceladas como tais pelo mercado: livre concorrência,

o que o Estado pode fazer ou não, em referência, às supostas regras naturais, que o constituem.

Em relação a esta "república fenomenal dos interesses", Michel Foucault nos informa sobre a questão fundamental do neoliberalismo: "qual o valor de utilidade do governo e de todas as ações do governo numa sociedade em que é a troca que determina o verdadeiro valor das coisas?".

Com o *homo oeconomicus*, o neoliberalismo se realiza numa profecia que se cumpre necessariamente: a de um homem naturalmente interesseiro e individualista, racional e egoísta em relação aos seus interesses e desejos. No estado sob governamentalidade neoliberal, realiza-se a síntese da luta entre interesses particulares (manipulação de interesses), os quais se constituem, através do filtro estatal ou governamental, em um coletivo assimétrico que de forma nenhuma consegue fundar um comum.

Aqui vale um parêntese para comentar que típicas dessa racionalidade são as escolas da teoria da escolha racional, que apostam num processo de políticas públicas a partir de considerações de custo e benefícios comparados. Atém-se a esta relação de custo exatamente porque não há como medir bem comum. Algo que necessariamente está fora do cálculo individual. Pelo mesmo motivo, quando focam a análise nos benefícios sempre existem beneficiários individuais claramente identificados (políticas distributivas, etc.). O coletivo vira comum e o comum é o lugar do impossível. Este apenas é possível quando sua definição serve ao Mercado, por meio da transformação alquímica do comum em bem coletivo cujo acesso, produção e consumo são devidamente regulados.

---

preço estabelecido através da relação oferta/demanda, limitação da lógica monopolística, etc. FOUCAULT, M. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 39-69.

Assim, o interesse é o motor que alimenta a ação governamental. Por isto é naturalizada a existência de lobbies atuando junto aos governantes, interferindo na formulação e na decisão acerca da coisa pública (*res publica*): o comum se restringe à identificação de um interesse coletivo (ou de um feixe de interesses particulares não ou pouco concorrenciais) e perde qualquer referência à universalidade. Da mesma forma, os movimentos sociais que, antes, se definiam em relação à defesa do interesse público ou do bem geral (ONGs de direitos humanos, etc.) defendem agora pautas cada vez mais identitárias, afastadas da definição de qualquer universal: direitos dos LGBT (em vez de lutar pela indeterminação sexual), direitos dos negros (em vez de lutar para indeterminação racial), direitos das mulheres (em vez de lutar pela indeterminação de gênero). Como observa o filósofo esloveno Slavoj Žižek: "o modelo secreto dos direitos humanos, hoje em dia [...] é o dos direitos dos animais. Porventura a lógica oculta da luta pelos direitos dos gays, pelos direitos étnicos, das comunidades marginalizadas etc., não é que os tratemos como espécies em extinção?"[21]. Esta luta "identitária" por direitos e, globalmente, das lutas sociais é uma consequência direta da governamentalidade neoliberal e de sua imposição em relação à centralidade do interesse na razão governamental.

Também é central na governamentalidade neoliberal a questão da utilidade; por isto Michel Foucault define a racionalidade neoliberal como "radical utilitarista". Em tese, não pode haver espaço, na razão governamental neoliberal, para um "fora de cálculo": com a consolidação do utilitarismo radical, qualquer ação governamental deve passar pelo filtro do cálculo de interesses, o qual, por sua

---

[21] ŽIŽEK, S.; DALY, G. *Arriscar o impossível. Conversas com ŽIŽEK*. São Paulo : Martins Fontes, 2006, p. 175.

vez, deve passar pelo "teste" do regime de verdade mercadológico.

Por isto, para Foucault, "Essa razão governamental que tem por característica fundamental a busca de sua auto-limitação, é uma razão que funciona com base no interesse. [...] O governo, [...] nessa nova razão governamental, é algo que manipula interesses"[22]. De novo, o bem comum é restrito ao produto de um cálculo, colocando na balança, interesses particulares (individuais ou coletivos), e medindo a sua utilidade a partir de critérios estabelecidos pelas "leis naturais" do mercado. A coisa pública (*res publica*) se torna neste caso uma coisa apenas coletiva, apropriada e apropriável pelos indivíduos em detrimento de outros, em negação perfeita da existência de um comum. Nesta "república fenomenal dos interesses", parece que não pode haver nada fora do apropriável, fora do espaço das trocas, fora do mercado.

Esse dogma do cálculo utilitário e do interesse não deixa de negar a construção de um direito, de uma justiça, de uma moral e até de uma política[23] que possam ser definidos fora da manipulação governamental dos interesses, isto é, que possa encontrar sua verdade fora das leis naturais do mercado. Mesmo nas ocasiões em que é

---

[22] FOUCAULT, M. *Nascimento da Biopolítica,* cit., p. 61-62.

[23] Para duas análises portando sobre a despolitização como efeito da governamentalidade neoliberal, ver: DELUCHEY, J.-F. A sociedade civil organizada e a administração governamental dos interesses: o exemplo dos conselhos paritários. *Revista Estudos Políticos*, n. 5, 2012/02, p. 77-101. Acessível on line: *http://revistaestudospoliticos.com/wp-content/uploads/2012/12/5p77-101.pdf.*

DELUCHEY, J.-F. El Gobierno de los derechos humanos en la era neoliberal. In: BURGORGUE-LARSEN, L.; MAUÉS. A.; MOJICA, B. E. S. (Org.). *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual.* Barcelona: DHES. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 15-49. Acessível on line: *http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Manual_v3.pdf.*

reconhecida a existência de um "fora do cálculo", este não se apresenta ou se impõe como ação governamental por ser "moralmente justo", mas por representar um perigo às estruturas sociais que dão seu sustento ao mercado. A utilidade é um filtro indispensável na razão neoliberal.

O que Foucault nos aponta é que além da recusa do mercado como lugar de veridição do estado, temos de estar atentos para a constante possibilidade de reapropriação do sentido do comum pelo mercado.

3. PROPRIEDADE OU APROPRIAÇÃO ?

A definição de *"commons"* pelos anglo-saxões provém da uma vontade de identificar um espaço próprio para o político, separado do econômico, afirmando assim o fim da política comum (e afinal, do projeto democrático). Esta definição também acaba consagrando uma esfera de cálculo na reflexão sobre a permanência ou a criação do público em relação ao privado. Neste aspecto, o anúncio da morte da política corresponde justamente à governamentalidade neoliberal, a qual busca a definição do público e do comum na verdade "científica" enunciada pelo mercado por meio da economia política.

Para evitar qualquer "tragédia dos comuns" Garrett Hardin [24], Elinor Ostrom[25] tentam descobrir sob quais condições de preço e beneficio, agentes privados podem se reunir para criar um "bem comum", cujo consumo não pode ser regulado e cujos custos podem ser compartilhados por agentes que perceberam a sua comunidade de interesses em tal negócio. Diz Ostrom: "Quando as unidades do recurso são muito valorizadas e quando vários

---

[24] HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), p. 1243-1248.

[25] OSTROM, E. Reformulating the commons. *Ambiente & Sociedade*, Ano V, n.10, 1º semestre 2002, p. 1-21.

atores se beneficiam de sua apropriação (coleta) para o consumo, a troca, ou como fator de um processo de produção, as apropriações por um indivíduo poderiam criar externalidades negativas para outros"[26]

Daí, Ostrom tentar definir um receituário para desenvolver estratégias em relação à oportunidade de criação de *"commons"* por agentes privados, chegando a determinar 04 atributos ao recurso candidato a tornar-se "comum", 06 atributos que os "apropriadores" devem reunir para poder, com sucesso, assumir em conjunto o custo de um "comum", e 08 princípios de organização para garantir o sucesso desta "empresa do comum".

Além deste prognóstico, Ostrom faz duas recomendações aos formuladores estatais de políticas públicas: os formuladores de políticas públicas poderiam construir "uma estrutura legal no nível macro incentivando e autorizando os usuários a tomar a responsabilidade de se auto-organizar e construir suas próprias normas", e o estado poderia tentar desenvolver programas permitindo que os usuários se beneficiem mais dos recursos locais, mudar as condições iniciais do cálculo custo/benefício do empreendimento, e aumentar o interesse dos mesmos em se auto-organizar.

A partir desta concepção de *"commons"*, estamos confinados a uma concepção que remete a um cálculo de agentes privados em relação ao financiamento de um bem cujos consumidores: 1. não são necessariamente compradores do bem; 2. são geralmente mais numerosos de que os contribuintes para sua operacionalização em benefício da "coletividade". Na realidade, o conceito de "commons" remete à questão de saber como financiar certos investimentos necessários ao desenvolvimento de uma atividade econômica sem criar distorções, em termos

[26] Ibidem, p.16, tradução nossa.

de custo, e, portanto, em termos de repercussão no preço e na concorrência, entre os beneficiados deste investimento.

Importa saber como garantir que alguns jogadores do "jogo comum" não saiam perdendo demasiadamente em relação a outros. Mais uma vez, não é tanto o comum que está em pauta nos "*commons*", mas bem a garantia de uma concorrência leal entre os agentes econômicos, esta mesma garantidora de um preço "natural", sem distorções capazes de desequilibrar o jogo das trocas, do mercado econômico.

O comum é agora definido a partir da definição de riscos "naturais" aplicados a todos e traduzidos em problemas de gestão para não deixar nenhum espaço próprio à constituição de uma comunidade política renovada. No trabalho de Bernard Hours a conclusão é clara: "É a espécie humana em perigo qual está exposta enquanto conceito abstrato submetido à gestão dos riscos e não mais ao compartilhamento de recursos comuns. Os bens cessaram de ser comuns. São os riscos que são compartilhados"[27]

Realizando uma "arqueologia do comum" Christian Laval e Pierre Dardot traçam uma primeira consequência de uma análise etimológica do conceito "comum": "o termo de "comum" é particularmente apto a designar o princípio político de uma co-obrigação para todos os que são engajados em uma mesma atividade"[28].

Sem dúvida, não poderíamos versar na armadilha de desenvolver uma visão exclusivamente economicista em relação ao termo comum. Jean Gadrey apresenta a seguinte

---

[27] HOURS, B. Des biens communs aux biens publics mondiaux. *Développement durable et territoires* [On Line], Points de vue, 8 páginas. Disponível on line : http://developpementdurable.revues.org/5613. Acessado em 06 de outubro de 2014.

[28] DARDOT, P.; LAVAL, C. *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*. Paris: Éditions La Découverte, 2014, p. 25, tradução nossa.

diferença entre bens públicos e bens comuns: Porque esta apelação de bens comuns, ou comuns (a língua inglesa usa *commons*) tem tamanho poder de atração? Porque ela contém, ao mesmo tempo, a exigência de um interesse comum e a ideia de que a gestão dos comuns deva passar pela cooperação de múltiplos atores. O adjetivo "público" tende a remeter aos "poderes públicos". O adjetivo "comum" remete a um poder posto em comum como consequência de uma escolha coletiva[29] (GADREY, 2013).

Acrescenta Gadrey[30], "Colocando os bens comuns no centro dos projetos de "transição" do local ao global, afirma-se a primazia de uma economia de aumento das qualidades coletivas contra uma economia de crescimento das quantidades, uma primazia da cooperação sobre a concorrência, e da democracia sobre a autocracia.

No caso da construção de um farol ou da eletricidade pública, estamos em uma situação de "não exclusão de uso", o que leva primeiro, a se publicizar o uso deste bem e, segundo, impõe que o estado tome por si o financiamento que o mercado não pode prover. Isto é como ninguém tem um interesse individual em pagar para se beneficiar deste bem (considerando que cada um pode se beneficiar do mesmo sem pagar), é necessário, de maneira imperativa, que os poderes públicos financiem a sua produção. A noção de bem público, assim definida, permite que os economistas, inclusive os liberais, admitam que o estado intervenha como financiador em uma parte circunscrita da economia, porque existe neste caso uma "falha do mercado" ao mesmo tempo em que uma necessidade apareceu.

---

[29] GADREY, J. Les biens publics et biens comuns des économistes. *VRS (La Vie de la Recherche Scientifique)*, n. 393, maio-junio-julho 2013, p. 20-23

[30] Ibidem, p. 20-23.

Para Gadrey[31], os bens comuns designam qualidades de recursos ou patrimônios coletivos para a vida e as atividades humanas hoje e no futuro (bens comuns naturais, culturas populares, conhecimentos) e, por extensão, qualidades societárias e direitos universais porque são geralmente recursos coletivos a serem gerenciados em comum (a igualdade das mulheres e dos homens em muitos setores, a segurança profissional dos trabalhadores, a saúde pública). Mas estas características não têm nada de natural: elas resultam de decisões coletivas. Os comuns são construídos sociais, qualidades reconhecidas e valorizadas por um coletivo se munindo de regras. Devem ser instituídos. E é uma luta, que coloca em exame os regimes de propriedade, de apropriação e de responsabilidade.

Assim o "comum" é o nome de uma resistência à apropriação capitalista e estatal, a marca de uma nova fase de lutas para a democracia como ideal de emancipação humana. Essa resistência tenta se contrapor a duas ficções liberais modernas: o mito fundador de uma sociedade contratual e o mito da existência de um horizonte comum e pacificado, despolitizado.

4. A INSTITUIÇÃO DO COMUM

A tradição liberal repousa em uma ficção por muitas décadas difundida e consolidada: a cada comunidade política corresponderia uma vontade geral que, dependendo do grau de maturidade e integração da mesma, poderia constituir um consenso ou pacto original a partir do qual a comunidade poderia se desenvolver harmoniosamente. A ficção liberal tem tentado copiar os dogmas religiosos para melhor se firmar enquanto verdade revelada. No início era o pacto, este pacto foi transformado em consenso, celebrado em constituição política, ato fundador, ou

[31] Ibidem.

melhor, re-fundador, da comunidade política imaginada. A partir desta constituição, resta apenas desenvolver políticas públicas de boa qualidade e garantir eficácia jurídica às normas que constituem o pacto. A ficção liberal anuncia o acontecimento de uma era de felicidade amanhã, a qual já é conhecida desde hoje, cuja realização (sempre futura, nunca presente) traria felicidade para todos a partir da combinação entre: boas leis, boa governança, competência técnico-científica e, *last but not least*, muito trabalho. O projeto liberal apenas coloca em "comum" o item "muito trabalho", porque as boas leis, a boa governança e a competência técnica são deixados aos *aristos* e outros *oligoi* do projeto liberal de sociedade elitista. Ao *demos* de nossas "democracias liberais", apenas será cobrado "muito trabalho"; o resto, a elite proverá.

Como diz Latour[32], A política, ou o que ordinariamente é chamado com este nome, tem sido demasiadamente simplificada. Existiriam pessoas que sabem por antecipação de que se compõe o mundo, e bastaria fazê-lo acontecer eliminando pouco a pouco tudo o que nos separa. Teriam discussões, resistências, talvez batalhas violentas, mas, o sentido do progresso e a seta do tempo já estão numa direção trilhada e direita, revelando sob desacordos superficiais a irrupção progressiva, progressista, deste universal, desse mundo comum que, fundamentalmente, já está aqui, escondido, dentro de cada um de nós.

Restar-nos-ia, então, confiar nos peritos do direito, da economia e da sociedade, profetas autoproclamados de nosso devir comum, para construir a nossa felicidade coletiva, graças à promulgação de boas leis, à

---

[32] LATOUR, B. Il n'y a pas de monde commun : il faut le composer. *Multitudes. Revue politique, artistique, philosophique* [On Line], n.45, verão 2011, 03 páginas. Disponível on line : http://www.multitudes.net/il-n-y-a-pas-de-monde-commun-il/. Acessado em 02 de outubro de 2014.

implementação de boas políticas públicas e, principalmente, ao nosso trabalho e esforço coletivo. Aqui reside o sonho neoliberal de um consenso pós-político, em uma sociedade auto regulada (a Grande Sociedade de Hayek), nas quais o desenvolvimento do capital soaria como a panaceia de uma civilização felizmente libertada das paixões nefastas da política conflitual.

Aí acrescenta o Latour: "Evidentemente, isto não funciona, porque têm tantas leis, tantas ciências, tantos mundos comuns presentes quanto têm metafísicas em marcha pelo mundo". A política não uma ciência, é uma arte, ou melhor, artes "por meio das quais se busca progressivamente o mundo comum", e este mundo comum deve ser instituído, diz Latour [33], porque não existe "nenhum acordo possível em relação ao que compõe o mundo, aos seres que o habitam, que o têm habitado, que devem habitá-lo".

Neste contexto, da política como campo de interesses: não haveria, em tese, nenhum interesse particular em participar dos espaços comuns: esta participação aparece sinônima de engano, de perda, e até de humilhação ou renuncia. Esta confirmação prática e cotidiana da profecia neoliberal autocumprida que leva cada um a ser "empresário de si mesmo", calculador e predador para outrem dirige-se no sentido da consolidação de uma sociedade fundamentada na competição generalizada, no medo e no perigo, e na absoluta falta de solidariedade entre indivíduos.

Na governamentalidade neoliberal, são precisamente as noções de bem comum, de mundo comum e de universalidade dos direitos que progressivamente desaparecem enquanto referências conceituais das práticas governamentais. Aliás, temos aqui uma das distinções fundamentais entre, por exemplo, o liberalismo de John

---

[33] Ibidem, tradução nossa.

Locke e o neoliberalismo de Friedrich Hayek, como bem mostraram Pierre Dardot e Christian Laval no seu livro *La Nouvelle Raison du Monde. Essai sur la Société Néolibérale*:

> Locke faz do "bem comum" ou "bem do povo", definido de forma positiva, o fim em relação ao qual toda atividade governamental deve ser ordenada. Quanto ao Hayek, ele nega que a noção de "bem comum" possa corresponder a qualquer conteúdo positivo: não correspondendo a nenhum "fim", o "bem comum" acaba por ser reduzido à "ordem abstrata do conjunto", tal como este é possibilitado pelas "regras de boa conduta"; isto assimila precisamente o "bem comum" a um simples "meio", na medida em que esta ordem abstrata apenas vale "enquanto meio facilitando a busca de uma grande diversidade de intenções individuais."[34]

Face ao mercado consagrado como lugar de veridição, o mundo comum é reduzido a uma soma de mini-mundos individuais se articulando entre si, marcados por uma competência generalizada entre interesses individuais, estes sendo expressos ou não por meio de grupos de interesses temporariamente construídos (e logo desfeitos) a partir de um cálculo individual de maximização dos interesses. Esses mini-mundos, aliás, passam a ocupa o lugar do universal na gestão contemporânea dos direitos humanos.

Em relação a esta morte anunciada do comum, alguns movimentos de resistência surgiram nos anos 1990 e 2000, a exemplo de *Occupy Wall Street* e o *L'Appel des appels* na França. Este último, lançado em 2009 no objetivo de

---

[34] DARDOT, P.; LAVAL, C. *La Nouvelle Raison du Monde. Essai sur la Société Néolibérale*. Paris: Éditions La Découverte, 2010, p. 267 (tradução nossa).

incentivar uma "insurreição das consciências", fazia o seguinte apelo:

> Nós profissionais da saúde, do serviço social, da justiça, da educação, da pesquisa, da informação, da cultura e de todos os setores dedicados ao bem público, decidimos nos instituir em coletivo nacional para resistir à destruição voluntária e sistemática de tudo o que cria o laço social. Reunidos sob o nome de *L'Appel des appels*, afirmamos a necessidade de nos re-apropriar uma liberdade de fala e de pensamento atentada por uma sociedade do desprezo. [...] Decididos a combater uma ideologia da norma e do desempenho [performance] que exige nossa submissão e anuncia uma civilização iníqua e destruidora do humano, queremos reinventar uma sociedade de liberdades, de direitos, de justiça e de hospitalidade.

Esses movimentos são imprescindíveis para o resgate político do comum no ambiente neoliberal. Como dizem Dardot e Laval, o bem comum é um fato de instituição. O comum, que este seja "natural" ou "informacional", é um sistema de normas que regem ações coletivas e determinam modos de existência como relações sociais. [...] para pensar o comum com o devido rigor, convém concebe-lo não como um fato, mas como um *fato de instituição*.

Portanto, na sociedade moderna os dois conceitos de comunidade e sociedade são entrelaçados e permanecem algumas interrogações acerca da possibilidade de permanências comunitárias e suas articulações na estrutura social contemporânea. Instituído, este é uma expressão comunitária na esfera do social. Mas não estamos falando aqui de qualquer comunidade. Não podemos confundir o bem comum com um simples ganho comunitário

específico dentro de uma sociedade segmentada, o qual apenas reforçaria o caminho para a consolidação da guerra de todos contra todos a partir de refundações comunitárias que poderíamos qualificar de "neo-primitivas" ou "anti-universais". A nosso ver, o bem comum consagrado pelo apelo à comunidade remete a uma referência direta à universalidade de um bem em relação à fundação de uma comunidade imaginada. Não é o movimento de retração de uma coletividade de indivíduos com interesses individuais comuns, é o movimento de inserção *política* em uma comunidade *política* imaginada, por força de um feixe contingente de vontade política que, certamente, poderia ser aproximada teoricamente do velho e ultrapassado conceito de vontade geral.

Por outro lado, o "universal" na ficção (neo)liberal não remete a uma pauta política presente, mas bem a um horizonte utópico nunca alcançado.

CONSIDERAÇÕES PROVISÓRIAS

A Declaração Universal dos Diretos Humanos de 1948 proclama-se como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações.

Pra essa ótica o comum é o utópico. Esta colocação não é desprovida de sentido político. Se o comum é para ser desejado num futuro indeterminado, apenas nos resta para o presente o cálculo individual utilitarista. Apenas este interesse individual faz sentido *hoje* e *agora*. Para o futuro, para um horizonte sempre postergado, os direitos humanos existem para cultivar a esperança. Esperança significa esperar: o perfeito contrário da exigência de direitos ou de qualquer atividade política: a esperança é a negação da política, porque ela não enxerga nenhuma possibilidade presente e responsabiliza um tempo futuro para trazer a felicidade, como se o tempo pudesse trazer, por si só, a vida boa. Ora, Jacques Rancière já nos advertiu: "O tempo

se torna, então, numa fuga para frente, a matéria da última utopia. Basta que ele não nos falte, basta que não lhe faltemos para que a política alcance seu bom fim. Pretendemos terminado o tempo das ingenuidades e da promessa. Mas o que é ultrapassado, é menos a fé progressista nos poderes do tempo de que a ligação que esta tinha com a ideia de uma medida, de um *telos* que servia ao mesmo tempo para julgar do estado político e para dar uma finalidade ao movimento. Agora sem medida nem fim, a fé na forma pura do tempo vem substituindo a última utopia, a que subsiste na decepção que provem de cada espacialização da utopia. O que reina então, ainda mais de que a ideia da dominação técnica do mundo é a do tempo como pura expansão de si".[35]

Assim, ao contrário das ficções liberais, acreditamos que a luta para a instituição do comum é do agora e para o agora. E esta instituição passa inevitavelmente pela restituição do político como campo do conflito e das lutas por mundos possíveis que não podem ser traduzidos em termos de bens do mercado, ou interesses em disputa ou valores de troca.

O comum passa exatamente pela renovação das práticas democráticas e dos espaços políticos, contra a gestão empresarial do coletivo. Somente assim poderemos substituir a pergunta sobre se a virtude é possível pela questão de saber se podemos criar universos nos quais as pessoas tenham interesse no universal. Afinal, o desafio político não seria exatamente se somos capazes de criar universos político-sociais nos quais as pessoas tenham interesse no universal.

---

[35] RANCIÈRE, J. *Aux bords du politique*, cit., p. 56-57.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas. Sobre a teoria da ação*. Campinas: Papirus, 2011 (1994).

BUCCI, M. P. D. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DARDOT, P.; LAVAL, C. *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*. Paris: Éditions La Découverte, 2014.

_____. *La Nouvelle Raison du Monde. Essai sur la Société Néolibérale*. Paris: Éditions La Découverte, 2010.

_____. Le commun. *VRS (La Vie de la Recherche Scientifique)*, n.393, maio-junio-julho 2013, p. 12-15.

DELEUZE, G. *Conversações, 1972-1990*. São Paulo: Ed. 34, 1992 [1990].

DELUCHEY, J.-F.; BRITO, M. B. Políticas públicas e soberania popular: por uma refundação democrática da segurança pública. In: DIAS. J.C.; GOMES, M.A.M. (coord.). *Direito e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro / São Paulo: Forense / Método / Cesupa, 2014, p. 203-226.

EISENBERG, José. *A Democracia depois do Liberalismo*. Rio de Janeiro: Iuperj 2003.

GADREY, Jean. Les biens publics et biens comuns des économistes. *VRS (La Vie de la Recherche Scientifique*, n.393, maio-junio-julho 2013.

DELUCHEY, J.-F.; GOMES, M. A. M.; PINHO, A. C. B. (coord.). *Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FŒSSEL, M. *État de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire*. Paris: Ed. Le Bord de l'Eau, 2010.

FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Segurança, Território, População*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FRIEDBERG. E. *Le pouvoir et la règle. Dynamiques de l'action organisée*. Paris: Seuil, 1997 (1993).

GARAPON, A. *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*. Paris, Odile Jacob, 2010.

_____. *O Juiz e a Democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

GORI, R.; CASSIN, B.; LAVAL, C. (orgs.). *L'Appel des appels. Pour une insurrection des consciences*. Paris: Mille et une nuits, 2009, p.11-12.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), p. 1243-1248.

HOURS, B. Des biens communs aux biens publics mondiaux. *Développement durable et territoires* [On Line], Points de vue, 8 páginas. Disponível on line : http://developpementdurable.revues.org/5613. Acessado em 06 de outubro de 2014;

LASCOUMES, P.; LE GALÈS, P. *Sociologie de l'action publique*. Paris: Armand Colin, 2012.

LATOUR, B. Il n'y a pas de monde commun : il faut le composer. *Multitudes. Revue politique, artistique, philosophique* [On Line], n.45, verão 2011, 03 páginas. Disponível on

line : http://www.multitudes.net/il-n-y-a-pas-de-monde-commun-il/. Acessado em 02 de outubro de 2014.

LINZ, J. J.; STEPAN, A. C. Toward Consolidated Democracies. *Journal of Democracy*, Volume 7, Number 2, April 1996, pp. 14-33.

MULLER, P. *Les politiques publiques.* Paris: PUF, 1990.

MULLER, P.; SUREL, Y. *L'analyse des politiques publiques*. Paris: Montchrestien, 1998.

OSTROM, E. Reformulating the commons. *Ambiente & Sociedade*, Ano V, n.10, 1º semestre 2002, p. 1-21.

PÉBARTHE, C. L'État et le bien commun. *VRS (La Vie de la Recherche Scientifique)*, n.393, maio-junio-julho 2013, p. 19-20.

RANCIÈRE, J. *Aux bords du politique*. Paris: Gallimard, 2007 [1998].

RODRIGUES, Marta M. Assunpção. *Políticas Públicas.* São Paulo: Publifolha, 2010.

ROUSSEAU, P. Du cri d'alarme d'Hésiode aux alertes de Stiglitz. *VRS (La Vie de la Recherche Scientifique)*, n.393, maio-junio-julho 2013, entrevista concedida a Gérard Lauton, p. 16-18.

SAFATLE, W. *A esquerda que não teme dizer seu nome*. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

SENELLART, M. Situação dos cursos. In: FOUCAULT, M. *Segurança, Território, População*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 495-538.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

ŽIŽEK (S.), DALY (G.), *Arriscar o impossível. Conversas com ŽIŽEK*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL[1]

Lenio Luiz Streck[2]

Considerações iniciais

Refletir sobre a efetivação dos direitos fundamentais nesta quadra da história é pensar também acerca das condições de possibilidade de sua efetivação (jurídica) em consonância com a democracia e os limites do direito. Caso contrário muitas conquistas esconderão, na realidade, outros problemas. Dito de outro modo, por vezes ouvem-se discursos em prol do reconhecimento e da concretização de direitos pela via judicial que não levam em conta que a prestação jurisdicional não é ilimitada e que "jogo" democrático tem de ser respeitado. Senão, partiremos de uma *demo*-cracia para uma *juristo*-cracia o que certamente traria consequências outras tão danosas ou mais graves do que aquelas que intentamos suplantar.

---

[1] Este texto é resultado das diversas pesquisas realizadas pelo grupo de pesquisa "*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos" (UNISINOS). Por este motivo, partes deste texto podem ser encontradas em outros já publicados.

[2] Doutor e Pós-Doutor em Direito (UFSC e FDUL). Professor Titular da UNISINOS e da UNESA. Coordenador do Dasein-Núcleo de Estudos Hermenêuticos da UNISINOS. Presidente de Honra do IHJ – Instituto de Hermenêutica Jurídica. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Ex-Procurador de Justiça-RS. Advogado.

Assim, cada vez mais se torna necessário discutir o papel do direito na democracia, suas possibilidades e sua força normativa. Em outras palavras, na contemporaneidade, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia, inclusive os direitos humanos.

A nova acepção do direito está bem representada naquilo que Jorge Miranda chamou de "Revolução Copernicana do Direito Público", ou seja, o novo lugar ocupado pelas Constituições do segundo Pós-guerra e pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Deste modo, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Nesta conjuntura exsurgem questões como: todo e qualquer argumento serve como fundamento de uma decisão jurídica? Sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, em sua interpretação do direito,não está se substituindo os demais Poderes da República, Legislativa ou Executivo, proferindo argumentos de política ou de moral, dentre outros?

Longe de ser um mero exercício teórico o modo como respondemos a estas indagações tem repercussões políticas e sociais que, em última instância, podem fortalecer ou fragilizar as pretensões (supostamente) emancipatórias. Destarte, o grande desafio hermenêutico o direito no século XXI é controlar hermeneuticamente as decisões judiciais, especialmente, diante do deslocamento

da concretização dos direitos previstos na Constituição pelo Judiciário.

Nesta linha, este artigo, na primeira parte, versará sobre a necessária diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Na segunda, a abordagem se centrará em algumas recepções equivocadas que adentraram nossa cultura jurídica, sobretudo, com reflexos na aplicação prática do direito, como ocorre com a ponderação alexyana. Na terceira e última será apresentada a ideia da resposta constitucionalmente adequada como direito fundamental do cidadão.

1. Uma necessária diferenciação entre ativismo e judicialização da política

A Constituição de 88 é rica em direitos. Transpassado o período ditatorial e demarcando a (re)democratização em movimento a carta constitucional (re)fundou a ordem jurídica pátria projetando um país muito distinto daquele das décadas anteriores.

Observando a história vemos que a democracia em países periféricos como o Brasil é algo novo. Estamos no mais longo período democrático. Isso é alvissareiro. Mas nem sempre foi assim, nosso passado é eivado de autoritarismos. Tornados independentes de Portugal, vivemos mais de 70 anos sob a égide um regime monárquico sustentado em uma Constituição que, em um país de escravos, queria imitar a França. Com voto censitário, dois partidos e sob o modo de produção escravagista, pouco restava para o direito. Ou seja, muito pouco o direito podia realizar. Não havia jurisdição constitucional. Quem "controlava" a inconstitucionalidade era o Parlamento. Com isso, convivemos com teratologias como a proibição dos açoites prevista na Constituição de 1824 e sua institucionalização no Código Criminal de 1830.

O advento da República trouxe, antes de qualquer coisa, um Código penal, forma que o regime encontrou para "resolver" os problemas advindos da recém-extinta escravidão. Em vez de políticas de inclusão para os ex-escravos e seus filhos, o *establishment* lhes deu uma legislação penal.

Antesde 1988 o que tivemos foi, na prática, uma "baixa constitucionalidade". A Constituição de 1891 incorporou o *judicial review* norte-americano em um sistema de direito filiado à *civil law*. Resultado: somente em 1965 foi introduzido o controle concentrado de constitucionalidade. Nesse período, convivemos com os mais variados problemas para conceder efeito erga omnes às decisões do Supremo Tribunal Federal.

A partir da Constituição Cidadã, o constituinte colocou a disposição do cidadão e das instituições os mais variados modos de acesso á jurisdição constitucional. Isso provocou, à evidência, uma corrida ao Judiciário. Afinal, em uma sociedade carente de realização das promessas da modernidade, um texto constitucional recheado de direitos sociais-fundamentais representa o modo de redenção social. Trata-se de colocar o direito como instrumento de transformação social.

A ausência de regulamentação de direitos constitucionais e a carência de políticas públicas fizeram com que o Judiciário passasse a ser o caminho para colmatar esse déficit existente entre texto constitucional e realidade social. Também a falta de uma teoria constitucional adequada ao novo texto jogou a doutrina brasileira nos braços das importações de teses alienígenas, algumas destas serão tratadas no tópico seguinte. Como um dos traços mais fortes deste novo ideário tem-se a aposta no protagonismo judicial. E isso é um problema, porque um texto constitucional como o brasileiro necessita de implementação a partir de um a priori compartilhado e de

uma teoria da decisão e não de um emaranhado de decisões ad hoc-solipsistas.

Na aplicação do direito lato sensu, o Judiciário tem calcado suas práticas no uso abusivo do livre convencimento e do poder discricionário. Assim, construiu-se ao decorrer do tempo um espaço de maleabilidade interpretativa, ficando as limitações do poder político paradoxalmente tão discricionário quanto o próprio poder a ser controlado. Isso, à evidência, tem enfraquecido a autonomia do direito.

Nesse sentido, entendo que a Constituição de 1988 pode e deve significar um importante mecanismo de combate à resistência dos velhos estamentos que continuam presentes na sociedade e no aparelho do Estado. A jurisdição constitucional pode e deve ser um mecanismo de acesso à justiça e fortalecimento da autonomia do direito. O direito e sua operacionalidade não pode ser uma continuidade histórica dos "donos do poder". Isso quer dizer que a atividade jurisdicional necessita ser controlada. Nisso exsurge a importância do papel da doutrina, que deve constranger epistemicamente as decisões judiciais.

Nesse contexto, de protagonismo judicial, de colonização do mundo da vida pelo Judiciário, de um flagrante descompasso entre os direitos constitucionalmente estabelecidos e a realidade social, faz-se imprescindível refletir acerca do ativismo judicial e a judicialização da política. Pois, a compreensão que temos destes fenômenos pode nos direcionar a caminhos diversos, de modo que a tarefa da doutrina, indo além das meras descrições, é tentar fazer uma leitura crítica que nos permita saber quais os melhores rumos a serem tomados.

Logo de início parto da seguinte afirmação: o ativismo judicial e a judicialização da política são diferentes.

O que pode parecer um truísmo[3], por vezes é ofuscado em odes a um Judiciário ativista que agora estaria liberto das amarras de uma aplicação mecânica da lei para fazer o justo para o caso concreto. Assim, entendemos que enquanto a judicialização é uma contingência do tipo de constituição e da realidade social que estamos inseridos o ativismo apresenta-se com uma anomalia que sob o pretexto de concretizar direitos ultrapassa os limites do direito e também se arvora em competências dos demais poderes.

Dito de outra forma: temos um texto constitucional repleto de direitos, num país de flagrantes desigualdades sociais, isto possibilitou uma intensa judicialização de diversos temas que aumentaram consideravelmente o espectro de atuação do Poder Judiciário. A questão assume maior profundidade quanto nos perguntamos sobre o modo como se dão estas decisões. A situação não é apenas reconhecer o aumento da atuação jurisdicional na seara

---

[3] Numa das obras de referência sobre o tema, Clarissa Tassinari evidencia a algaravia doutrinária existente acerca do termo ativismo do judicial e sintetiza algumas das principais concepções a respeito deste assunto. Em suas palavras afirma que: (...) em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a)* como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b)* como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c)* como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d)* como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. Cf. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

política, mas compreender a maneira como estas decisões ocorrem e as consequências destas para o fortalecimento ou enfraquecimento da nossa experiência democrática.

Assim, devemos pensar o ativismo como uma atuação excessiva e invasiva, observável pelos limites do direito numa sociedade democrática, ou seja, é um problema de fundamentação; e a judicialização da política como uma contingência histórica relacionada com o fato de possuirmos uma constituição analítica e com o descompasso entre os direitos ali assegurados e a realidade social.

Destarte, entendemos que a tentativa de compreender quantitativamente o ativismo reduz sobremaneira a complexidade do fenômeno. Isto é, avaliar a existência ou não de um Judiciário ativista a partir da quantificação dos resultados de uma decisão jurídica independente de sua fundamentação.

Nesta linha foi publicado um importante livro tratando da temática do ativismo, da judicialização e da representação, da lavra de Thamy Pogrebinschi[4]. A autora tentou desmitificar o discurso de que exista uma crise de representação ou risco de crise institucional em face de um excessivo intervencionismo do Poder Judiciário em terras brasileiras. O problema é que esta investigação limitou-se a mensurar o ativismo contabilizando as decisões favoráveis e contrárias do Supremo Tribunal Federal em relação ao Legislativo em ADIs e ADPFs.

Esta abordagem num primeiro momento parece indicar que quanto mais o STF contraria-se o "legislador" mais ativista seria. Todavia, sua investigação procura demonstrar que mesmo quando isto ocorresse seria feito com parcimônia e contribuiria para rediscussão da matéria

---

[4] Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação*? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

no Legislativo. Diante disto, já fica evidente a dificuldade de analisar o ativismo nestes termos.

Não obstante a relevância de sua pesquisa, a questão mais problemática é a concepção pragmática, consequencialista, de atuação do STF que autora compartilha, sendo este o background de sua proposta resignificar a representação política. Nesse sentido, seguem suas palavras:

> (...) Isto é, os procedimentos, regras e valores a partir dos quais usualmente se mensura a democracia cedem lugar aos efeitos e consequências percebidos no plano concreto. Uma vez que as consequências obtidas apresentam efeitos aceitáveis e desejáveis – a despeito, do procedimento, regra ou valor que as ensejou – elas podem servir de parâmetro adequado de mensuração para a democracia (POGREBINSCHI, 2011, p.181).
> (...) o crescente papel institucional das cortes constitucionais pode ser concebido não como ameaça a representação, às instituições representativas ou à democracia; mas, ao contrário, como um sinal de que a primeira precisar ser ressignificada, as segundas reconfiguradas e a terceira fortalecida (*op. cit*, p.166).

Pensar a decisão jurídica partindo de uma concepção consequencialista, que se concentra nos efeitos concretos independentemente de seu fundamento iguala o *modus operandi* do Judiciário à de uma instituição eminentemente política. A atividade jurisdicional é feita *no* direito, a liberdade de atuação própria de um agente político, é limitada pela responsabilidade de agir dentro dos lindes jurídicos democraticamente constituídos.

Caso contrário, teremos um esfacelamento do direito que será substituído por decisões (políticas)

personalistas, o que já tem trazido implicações para nosso equilíbrio institucional e, sobretudo, na prestação jurisdicional aos cidadãos, que estaria à disposição de uma análise casuística e não de acordo com direito democraticamente e anteriormente estabelecido. Parafraseando Dworkin, diria que é necessário levarmos o(s) direito(s) a sério; portanto, esta é uma premissa necessária quando discutimos o ativismo e a judicialiazação no mundo hodierno.

2. A concretização de direitos via Judiciário: o problema das recepções (equivocadas)

No cenário em que por vezes o ativismo é confundido com a judicialização as dificuldades aumentam, sobremaneira, com as recepções (equivocadas) que: reforçam um protagonismo judicial na figura da discricionariedade; em muitos casos, se mostram inadequadas à história institucional brasileira; ao aproximar o direito da moral, confundem os dois âmbitos perdendo o jurídico a sua especificidade. Dentre estas destaco a Jurisprudência dos Valores e a Teoria da Argumentação de Robert Alexy. Muitas das ideias provenientes destas concepções auxiliam na manutenção de um imaginário em que o Judiciário é visto como a redenção para tornar efetivos direitos que ainda hoje não passam de letras no papel.

Note-se que não estamos a defender que a jurisdição é um poder nulo e invisível, como diria Montesquieu, somente que esta labora sobre limites democraticamente instituídos e que sair destes para "concretizar" direitos é ir contra a sua condição de possibilidade: a Democracia.

Como se sabe, no caso alemão, a *jurisprudência dos valores* serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito,

nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex,* ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de "abertura" de uma legalidade extremamente fechada.

Nesse sentido, não podemos esquecer que a tese da jurisprudência dos valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão.[5] Releva anotar, entretanto, que a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, um papel fundamental na formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, Espanha e Brasil.

Entretanto – e aqui deve ser feita a crítica ao equívoco no modo como a tese foi recepcionada –, os juristas brasileiros não se atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de "emplacar" (pense-se, por exemplo, na negativa dos Tribunais de aplicarem o artigo 212 do CPP, que altera o modo de inquirição das testemunhas), a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade (pensemos, é claro, no termo "legalidade" a partir de Elias Diaz), plasmado no texto

---

[5] Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.*Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

constitucional. Ademais, nossa Constituição não foi outorgada, ao revés resultou de um amplo processo democrático que lhe garantiu legitimidade. Deste modo, fortalecê-la seria/é o melhor caminho ao invés de fragilizar buscando valores para além dos seus limites.

Da jurisprudência dos valores os teóricos brasileiros tomaram emprestado a tese principal, repetida *ad nauseam,* de que "a Constituição é uma ordem concreta de valores", sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores (por vezes, ocorre uma mixagem dessa postura com as teses da *Interessenjurisprudenz,* de Philipp Heck, que, aliás, foi quem cunhou a expressão *Abwägung* – sopesamento). O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais brasileiros.

O Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si.[6] Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é

[6] Nesse particular, anote-se o profundo estado de embaraço teórico em que se encontra enveredadas algumas posturas teóricas brasileiras. Com efeito, há vários juristas brasileiros propondo que, além da ponderação de princípios, deva existir também uma ponderação entre regras (*sic*). O que chama mais atenção numa proposta como essa é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Robert Alexy (princípios se aplicam por ponderação e regras por subsunção). E mais: se a *ponderação* é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da "ponderação de regras"? Uma "regra" da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios?

realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que "pesa mais" (sic), algo do tipo: "entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um" (*sic*). Nesse sentido, é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa "escolha direta".

Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um "princípio".[7] Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.[8] De se consignar, por fim, que esse uso da ponderação como um "verdadeiro" princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando *pamprincipiologismo*. Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto do "neoconstitucionalismo" à brasileira, que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que

---

[7]Uma rápida pesquisa, em 29 de agosto de 2014, no GOOGLE – com todas as reservas que esse *site* merece –, dá conta de 886.000 incidências da "regra da ponderação" e 3.130.000 para "princípio da ponderação". Há milhares de incidências de decisões judiciais "aplicando" o princípio da ponderação. Até em um Fórum de Concurseiros essa questão foi debatida, chegando os membros à conclusão de que a ponderação é um "princípio" (*sic*). Ou seja, se esses números não servem para nada, pelo menos se pode tirar uma conclusão: não acredite no GOOGLE.

[8]No caso específico do STF, vale lembrar a ADPF n. 130/DF, de 2009.

formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja um proliferação incontrolada de enunciados (*standards*) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424, em 17/09/2003, que ficou conhecido como *caso Ellwanger*. [9] Vejamos, em linhas gerais, o caso apresentado: nesse julgamento, o STF negou pedido de declaração da extinção da punibilidade em favor de SiegfriedEllwanger, acusado de crime de discriminação e preconceito contra judeus. Ellwanger era responsável pela edição, distribuição e venda de livros antissemitas de sua própria autoria (*Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*) e de outros autores nacionais (*e. g.*, *Brasil, Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso) e estrangeiros (*e. g.*, *O Judeu Internacional*, de Henry Ford). A conduta de Ellwanger estava tipificada criminalmente no art. 20 da Lei n. 7.716/89, cuja pena era de dois a cinco anos. Foi absolvido em primeiro grau e condenado em apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Perante o STF, a defesa sustentou que o fato imputado contra o paciente prescreveu, uma vez que a discriminação contra judeus – ao contrário da discriminação de cor – não seria protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de racismo (CF, artigo 5º, XLII).

---

[9] Este case é criticado com percuciência por Marcelo Cattoni, no texto: O caso Ellwanger: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal In: CATTONI, Marcelo. *Direito, política e filosofia:* contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro, 2007, cap. 8., pp. 113-125.

O Relator, Min. Moreira Alves, votou pelo deferimento do *Habeas Corpus*, sustentando que os judeus não poderiam ser vítimas de racismo, por não constituírem uma raça. Baseou seu voto (constitucionalmente inadequado) em argumentos de política, principalmente no fato de que a Assembleia Constituinte pretendera tornar imprescritíveis apenas o racismo praticado contra negros.

Coube ao Min. Maurício Corrêa inaugurar a divergência que sairia vencedora, apontando o óbvio: o nazismo que permeava as obras publicadas por Ellwanger era fundado essencialmente em uma superioridade de raça. Durante o nazismo, o povo judeu passou a ser tratado como sub-raça, e eram essas as opiniões que Ellwanger professava por aqui. Assim, quase sem querer, o Min. Corrêa recolocou a questão em seu devido lugar: o critério de racismo não pode se fundar apenas em um conceito lexicográfico de *raça*, e a *raça*, para fins de proteção jurídica, não se limita a uma semelhança de características físicas, como a cor da pele. Ainda que o Ministro não tenha fundamentado desta forma, trata-se de uma *contextualização da tradição*: a história do século XX – com a perseguição antissemita e o holocausto – importa nessa análise. E, acrescento, resgata os *argumentos de princípio*, uma vez que a erradicação das discriminações e preconceitos é um objetivo da República (art. 3º, IV, da CF), o que tem caráter deontológico.

No entanto, parte do Tribunal entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais. Princípios estes que, por sua vez, assentavam-se em "valores" conflitantes entre si. Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, após ver no caso uma "*contradição entre princípios jurídicos*", com "modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência", entendeu, por juízo de "*proporcionalidade*", que os fatos atribuídos a Ellwanger eram penalmente atípicos, frente à liberdade de

expressão. O Min. Marco Aurélio de Mello igualmente colocou a liberdade de expressão e a vedação ao racismo na balança, e, ao *fazer a ponderação dos valores* em jogo (inclusive com citação expressa de Alexy e referência ao caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958 e tido como pioneiro na ponderação de princípios), concluiu pela primazia da liberdade.

De todo modo, é preciso anotar que, muito embora tenha sido objeto de inúmeros debates e tenha rendido uma longa discussão na Suprema Corte (o acórdão tem não menos que 488 laudas!), *a solução da controvérsia era, na verdade, constrangedoramente simples*. Não havia nada a ponderar, por uma simples razão: a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente *não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista*. Simples, pois. E racismo é crime. Imprescritível. Nesse sentido, o voto do Min. Celso de Mello. Em linha similar, o Min. Gilmar Mendes lembrou que as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia.

Como já foi adiantado, o HC acabou negado[10]. Contudo, os votos vencidos, embasados ou em argumentos de política ou em *juízos de ponderação*, bem demonstram *os perigos* que se corre com a teoria da argumentação alexyana à brasileira (que desconsidera os procedimentos formais estabelecidos por Alexy e termina por mesclar a ponderação alexyana com o modelo interpretativo próprio da chamada jurisprudência dos valores). Dito de outro modo: o recurso ao "relativismo ponderativo" obscurece o valor da tradição

[10] Além dos já mencionados Ministros Maurício Corrêa, Celso de Melo e Gilmar Mendes, também votaram pela denegação os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade.

Deste modo, quando refletimos sobre os Direitos e humanos e/ou Direitos Fundamentais faz-se necessário também pensarmos acerca de suas aplicações no âmbito jurisprudencial e as teorias que albergamos acerca da decisão jurídica. Pois, ao aderirmos teorias pautadas na discricionariedade, na correção moral do direito, não estaríamos a reconhecer o direito como um constructo coletivo que deva ser respeitado, tendo, portanto, um pressuposto contrário à democracia. Deixando de modo mais claro, ao defendermoso livre convencimento e o protagonismo judicial deslocamos a discussão da seara política e fragilizamos o direito.

3. Uma Resposta Constitucionalmente Adequada como direito fundamental

Com a Constituição de 1988 tivemos a necessidade buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade). A pergunta que se coloca(va) era: de que modo pode(ría)mos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica esta(va) assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco as discussões hodiernas sobre direitos humanos. Do mesmo modo, não há(via) uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a esta nova realidade temos gestado ao longo

das últimas décadas a Crítica Hermenêutica do Direito[11]. Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Então, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma escolha (livre) que deva ser avaliada pelas suas consequências.

Os cidadãos ao procurarem o Judiciário acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do Direito previamente estabelecido. Ou seja, não é um direito criado *ex post facto*, mas aquele que tem raízes na história institucional de sua comunidade. Não estamos a dizer que (pre)existe um direito já pronto para ser aplicado, é que

---

[11]Em síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado amiúde em obras como Hermenêutica Jurídica e(m) crise, Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito – CHD é a de "desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos" (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

existe uma tradição, uma narrativa que precisa ser reconstruída e que esta tarefa possui limites e parâmetros.

Nesse sentido, entendo que há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer.

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de "vida boa" deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Com desideratos semelhantes, em Habermas o direito – a Constituição – garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo – daí a ênfase em uma democracia procedimental; na hermenêutica – na leitura feita no espaço destas reflexões – a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto; a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, que tem caráter cogente, decorrendo, assim, uma maior valorização da jurisdição constitucional.

Afastando-se do relativismo, a Crítica Hermenêutica do Direito - CHD entende ser possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta (ou, adequada ou inadequada em relação à Constituição). Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou

seja, nacompreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na\e pelainterpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outraconcepção teorético-filosófica (ainda) chamam de "raciocínio subsuntivo" ou "raciocínio dedutivo"nada mais é do que esse "paradoxo hermenêutico", que se dá exatamente porque a compreensão éum existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de quejá compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade,compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o "como apofântico"). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinariae jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídicaque, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade políticado intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Mutatis, mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma decisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido *(Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do circulo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam"mundos" estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto

éevento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá deacordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d'onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

4. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos.

Se é verdade que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia da consciência, emum raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse "modo ôntico" permanecerá e será aceito como tal se – e somente se – a sua objetivação não causar estranheza no plano daquiloque se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontesde sentido, a interpretação "desaparece". Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentidoatribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual ointérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradiçãoautêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático sequestrado pela regra (parautilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete),a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma "responsabilidade política" dos juízes. Os juízes têm aobrigação de justificar suas decisões, porque com elas

afetam os direitos fundamentais e sociais,além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificaçãoda decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à Constituição (respostahermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito àcoerência e a integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisõesanteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada à Constituição deverá estar fundadaem argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia queo direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os "predadores" externos, como os discursosadjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os "predadores" internos,como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie.

Considerações finais

Diante do exposto, parece-nos indispensável dentre as discussões sobre os desafios dos direitos humanos no séc. XIX estar presente uma reflexão a respeito da função e dos limites da atividade jurisdicional, uma vez que estes se encontrarão em juízo e neste momento há que se ter uma decisão jurídica devidamente fundamentada.

Na realidade brasileira de colonização do mundo da vida pelo Judiciário é importante entender a diferença entre ativismo e a judicialização da política. Para além de uma criteriologia quantitativa, o primeiro se caracteriza por uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência, etc.) e/ou invade a competência dos demais poderes; já o segundo é uma contingência histórica que ocorre de tempos em tempos, sobretudo, em países periféricos de

modernidade tardia que possuem uma constituição analítica como o Brasil.

Diante deste maior espectro de atuação do Judiciário a questão que se coloca é como as decisões são construídas. Por isso, há que se ter cautela com recepções teóricas (equivocadas) que não se coadunam com a realidade brasileira ou que "escondem" posturas subjetivistas, casos da Jurisprudência dos Valores ou da Ponderação Alexyana, ou sua versão tupiniquim. Nesta quadra da história temos que dar um salto da subjetividade para a intersubjetividade, dos donos dos sentidos aos sentidos que se dão num *apriori* compartilhado. Deste modo, ao invés da discricionariedade, das escolhas, teremos decisões que se acomodam numa construção democrática do direito.

Assim, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, chegamos ao direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas a Constituição. Mais do que isso: a obtenção de respostas adequadasa Constituição implica o respeito à democracia. Trata-se de um direito (humano) fundamental docidadão. Ou seja, o cidadão tem o direito a uma *accountabillity hermenêutica*. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdoque sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* Madrid: CEC, 1989.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993-2002.

CATTONI, Marcelo. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.* Rio de Janeiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.*Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.* 3.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO TERMO DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

*André Saddy**

Introdução

Certo é que, desde que o povo transferiu o exercício do poder a um representante para que esse zelasse pelo bom funcionamento da sociedade – existindo um polo de poder dotado de suficiente concentração para impor comportamentos e assegurar convergências fundadas na coerção/imperatividade –, observam-se valorações subjetivas ou, caso prefiram, formas de subjetividade distintas conforme o modo de atuar desses representantes e de quem gestiona determinadas funções em seu nome. Tais formas subjetivas de liberdade são formas de autonomia que podem ser privadas ou públicas.

Fato é que desde o surgimento do Direito administrativo, o estudo sobre o que comumente se chama de discricionariedade administrativa vem madurando. A

---

* Doutor Europeu em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alßan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Consultor e parecerista. Contato: andresaddy@yahoo.com.br

dita discricionariedade é um dos temas de maior reflexão e controvérsia do mundo jurídico. É evidente que o elevado número de obras sobre a discricionariedade é em si mesmo suspeito, como se fosse necessário reescrever sobre um objeto insaciável, cuja essência sempre parece escapar. Observam-se teorias diversificadas, linhas específicas de análise, distintas metodologias, para tratar de temas que, muitas vezes, já não são o que eram quando foram criados. Discricionariedade, assim, parece significar tudo e ao mesmo tempo nada.

Sendo assim, parece imprescindível fazer uma incursão histórica entendendo quando o termo surgiu e quais são as fases evolutivas e cronologicamente distintas deste instituto até os nossos dias. Este é o objetivo principal do presente estudo.

Tal se justifica para poder compreender melhor a discricionariedade e sua atual transformação. De nada adianta entender o que é discrionariedade, se não se entende a origem e a evolução de tal instituto.

Para tanto, optou-se por uma metodologia que engloba o uso de fontes primárias, é dizer, publicações e argumentações de autores que datam do século XVII ao XXI. A cada fase evolutiva analisada, debrusou-se sobre as publicações da época para entender o que realmente se compreendia sobre o termo discricionariedade. Buscou-se evitar, remeter o leitor, ao estudo histórico de outros autores, principalmente aqueles realizados na atualidade.

Outro ponto importante e que também deve ser mencionados na introdução diz respeito a manutenção dos textos em suas versões originais (não traduzidas) em benefício da autenticidade da produção de cada autor. Primou-se pela manutenção dos textos no original, pois o leitor deste trabalho, não é um graduando, mas sim um pós-graduado que tenha suficiência investigativa para pesquisas qualquer tema que deseje.

1. *Arbitrium* e *discretio*

Toda e qualquer tomada de decisão ou eleição tem sua origem no termo latino *arbitrium*, mas, na atualidade, quando a tomada de decisão ou eleição é feita pelo Poder Executivo, sua origem deriva da palavra, também latina, *discretio*, que conjuga os sentidos de reserva e discernimento.

Arbitrium ou livre-arbítrio, para os que acreditam que exista, pode ser entendido como consciência, vontade, poder ou faculdade. O primeiro vem descrito na fórmula *"habere potestatem disponendi et providendi secundum conscientiam"*, já o segundo elemento indica que *"non est arbitrium sine voluntate",* a diferença é que o *arbitrium* é uma *"voluntas iustificata"*. O elemento poder se caracteriza como a capacidade de obrar por reflexão e eleição, é a crença que sustenta que os humanos têm o poder de eleger e tomar suas próprias decisões. Trata-se de um poder que todo o indivíduo possui[1]. Por fim, o *arbitrium* como *facultas* mostra a capacidade de produzir efeitos válidos[2].

---

[1] Segundo IGNACIO GRANADO HIJELMO (GRANADO HIJELMO, Ignacio. La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. In: AA. VV. Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996, p. 141): *"a lo largo de la Edad Media y Moderna, la famosa polémica de libero arbitrio versa, en realidad, sobre la autodeterminación personal y sobre la libertad, no sobre la racionalidad de los actos humanos. Esa controversia era, en rigor, teológica; de ahí que para los juristas sea más interesante la evolución que el problema de la libertad siguió durante los siglos intermedios entre los moralistas"*. Para o autor (ibidem, p. 142): *"el pensamiento jurídico moderno partió básicamente de la confusión entre autoridad y potestad ínsita en la polémica sobre el libre arbitrio y, en consecuencia, se entendió que, siendo el arbitrio un componente de la voluntariedad del acto, la arbitrariedad no era sino un vicio de la voluntariedad del acto, propio, por ello, de quien tiene potestad y, concretamente, de los poderes públicos"*.

[2] MASSIMO MECCARELLI (MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistemarico deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffre, 1998, p. 3) afirma que *"arbitrium"* é uma noção problemátiva e tenta trazer pontos gerais e não propriamente

MASSIMO MECCARELLI[3] aborda a morfologia da noção de *arbitrium*, cujo principal aspecto extraído das distintas fontes analisadas pelo autor é o da unilateralidade da noção, ele afirma que tal unilateralidade possui três perfis descritivos: o primeiro consistente na neutralidade do *arbitrium*, o segundo, que se encontra na característica de modulabilidade aplicativa do *arbitrium* e o terceiro, que está constituído na sua duplicidade estrutural. O termo neutralidade indica idoneidade na intervenção do superior hierárquico ou de uma terceira parte. Por modulabilidade, há de entender a idoneidade que deve ser utilizada por

---

uma definição, pois declara que não é necessária uma definição geral, onicompreensiva e sintética. Esclarece que (ibidem, p. 4): *"La multiplicitas sottesa al concetto di arbitrium è contemporaneamente il risultato di una sua applicazione in diversi campi del mondo giuridico e il prodotto di secoli di stratificazioni definitorie che si conservano nel tempo"*. Este autor aponta que existem três categorias de *arbitrium*: *arbitrium-iustitia, arbitrium-aequitas* e *arbitrium-rationabilitas*.

J. MENOCHIO (1588 apud MECCARELLI, Massimo. Ibidem, p. 5) indica os três principais significados: *arbitrium* entendido como *dispositio rei propriae* e como *indicium ordinarium* ou como *iudicium et intellectus*. O terceiro significado é aquela opção ou eleição para começar suas reflexões. Para MASSIMO MECCARELLI (ibidem, p. 5), falar de *arbitrium* como *iudicium et intellectus* significa defini-lo no tocante ao seu conteúdo, ou vice-versa, significa utilizar a noção de *arbitrium* para indicar seu preciso conteúdo jurídico. Já defini-lo como *dispositio rei* ou como *iudicium ordinarium* significa, pelo contrário, utilizar a noção para indicar o ato que se realiza com ela. Por isso, indica que: *"la nozione di arbitrium-iudicium viene in questo caso spiegata con la formula "arbitrium est actus trium personarum", intendendosi come "actus" la sententia arbitri, o, in una versione conforme, il compromissum"*. Segundo este autor (ibidem, p. 97 e 108), existem duas espécies de *arbitrium*, o *regulatum* e o *liberum*. A primeira espécie corresponde àquela de *arbitrium boni viri* e tem, na *"congruità al sistema",* sua propriedade principal. Já a segunda espécie é constituída de uma *voluntas,* que vale juridicamente como *potestas* e que tem a qualidade de ser *libera* enquanto *abstracta a regulis iuris*. Logo, possui como expressão equivalente o *arbitrium plenum* ou *arbitrium absolutum*.

[3] MECCARELLI, Massimo. Ibidem, p. 23-34.

módulo ou com relação a cada etapa de exercício do poder jurídico. Aduz que o *arbitrium* se polariza em uma *duplex* tipologia: *"arbitrium est dúplex, plenum videlicet et regulatum"* — e complementa[4] que o *arbitrium* não é uma atividade predeterminada, ou seja, que seu conteúdo não é preliminarmente definível. Além do que é um poder teleologicamente orientado e objetivamente atribuído, um poder de concretização do sistema e um poder autossuficiente. Sendo assim, afirma[5] que *"l'arbitrium appare come un dispositivo sistematico consistente in una capacità di valutazione e qualificazione giuridica di fatti e situazioni, applicabile indifferentemente ai settori dell'ordinamento dedotti dalla funzione cui è oggettivamente destinato, sempre in coordinamento con un sistema superiore di principi ispiratori e di orientamento, dai quali, o, in base ai quali, risulta disciplinato"*. Para o autor, mais que uma definição, é uma primeira delimitação conceitual.

ALEJANDRO NIETO[6], em breve excurso histórico, infere que é mais comum a utilização do termo arbítrio que discricionariedade nos textos antigos. Refere-se inclusive a duas terminologias muito utilizadas na época, *"juicios de albedrío o de arbitrio"* e *"juicios de corazón",* que supõem, por sua própria natureza, um amplo leque de soluções *"justas"*. Segundo o autor, entre os séculos XII e XVIII, os conflitos judiciais eram resolvidos, a princípio, de acordo com a lei e, às vezes, pelos costumes. Agora, nos casos de ausência ou insuficiência destas fontes diretas, o juiz resolvia de acordo com seu próprio e pessoal arbítrio. Desta forma, existiam dois tipos de decisões judiciais, as resolvidas segundo as leis e as resolvidas conforme o arbítrio, a consciência ou a prudência. Há de advertir que o arbítrio se configura, portanto, como um modo ou estilo de

---

[4] Ibidem, p. 35 e ss.

[5] Ibidem, p. 40.

[6] NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 209 e 210.

decidir (por arbítrio), ou melhor, como um critério da tomada de decisão. Para o autor[7]:

> [...] el juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente – combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación – la ley y el caso – utilizando al efecto primero la técnica de la interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto. El arbitrio opera, por tanto, como un puente que enlaza lo abstracto y lo concreto, lo general y lo particular. Sin el arbitrio personal del juez la ley no podría ser aplicada a un conflicto que ella no ha podido prever. El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.

---

[7] NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 219.

Já TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[8] enuncia que originalmente *"arbitrarius"* era referente ao árbitro, que era: *"el ciudadano romano al que el pretor asigna la decisión en la fase apud indicem de un proceso, cuyos términos concretos el propio pretor ha fijado previamente en la fase in iure, de forma que aquél sólo tiene que comprobar la realidad de los hechos generadores del litigio y aplicar a lo que resulte probado la fórmula preestablecida"*. Assim, observa-se que a liberdade do árbitro era mínima, pois vinha estabelecida em critérios previamente determinados, a vontade não era inteiramente livre, tinha limites. Segundo o autor, somente com o surgimento do Império Romano que o adjetivo *"arbitrarius"* começou a adquirir as conotações de caprichoso, vago ou infundado, incorporando-se progressivamente ao mesmo *"desde la facultad de decidir en justicia sin atenerse a reglas y formas preestablecidas, como el árbitro de equidad de nuestros días, hasta los significados claramente peyorativos que identifican arbitrario con despótico o tiránico o con actuación "sin fundamento alguno, ni de razón, ni de experiencia", pasando por el significado neutral de voluntario, en el sentido de espontáneo o no forzado"*. Termina o autor afirmando que esta pluralidade de significados heterogêneos vencerá no século da razão e das luzes ao lado dos significados de caráter pejorativo.

ALEJANDRO NIETO[9] confirma tal extremo ao afirmar que:

> [...] no es que el arbitrio haya tenido dos connotaciones – una neutral y otra peyorativa – y que al final haya terminado imponiéndose esta

---

[8] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 80, p. 577-612, oct-dic, 1993, p. 587 e 588.

[9] Ibidem, p. 212.

> última, sino que inicialmente y por muchos siglos, la nota peyorativa estaba reservada únicamente a la arbitrariedad como exceso del arbitrio. La mutación – o sea, la absorción del arbitrio en el seno de la arbitrariedad – se inicia y va madurando lentamente en el siglo XVII para afirmarse en el XVIII y convertirse en una de las banderas de la ideología ilustrada que, después de su victoria, se instaló definitivamente en el positivismo legal. Este desgraciado proceso de oscurecimiento ha propiciado una confusión bastante generalizada, de tal manera que el arbitrio (lícito) ha terminado borrándose al ser absorbido por la arbitrariedad (ilícita), hasta tal punto que, a falta de otro nombre más propio, el adjetivo arbitrario se considera derivado de arbitrariedad y no de arbitrio para el que hay que utilizar ahora, con objeto de evitar equívocos, la voz de "arbitrado". En su consecuencia llamo "resolución arbitrada" a aquella que se ha adaptado utilizando el arbitrio lícito que corresponde al juez, y "resolución arbitraria" a la que es resultado de un ejercicio ilícito del arbitrio.

MASSIMO MECCARELLI[10] esclarece que a terminologia moderna de *arbitrium* não corresponde à noção medieval. O primeiro equívoco é a assimilação do conceito de *arbitrium* e de arbitrariedade, sendo esta o poder jurídico livre de regras e indício de patologia no sistema. No seu aspecto negativo, reenvia à noção de poder absoluto, despótico e tirânico. Segundo o autor, a correspondência *arbitrium*-arbitrariedade é o fruto de uma

[10] MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistemarico deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffre, 1998, p. 44.

estratificação histórica que foi maturada progressivamente entre o século XVII e XVIII[11].

---

[11] MASSIMO MECCARELLI (ibidem, p. 162 e ss) sustenta que a terminologia *arbitrium* deveria ser reutilizada e afirma existir o que chama *"arbitrium adminsitrativo"*. Ou seja, afirma que na gestão administrativa, é dizer, no âmbito da vida jurídica pública existe o *arbitrium*. Fala do *arbitrium* como dispositivo do sistema. Segundo o autor (ibidem, p. 310), sua aplicação na Administração, exercitada como poder de eleição, *"svolge una funzione riflessa di edificazione degli 'apparati' amministrativi, oltre a quella diretta consistente nel nominare un officialis"*.

Distingue, em particular, três áreas: *"quella dei poteri di nomina e dunque di organizzazione degli officia, quella dei poteri di autorizzazione e dunque di controllo, quella dei poteri di gestione e dunque di 'governo'"*. Afirma que não se trata de uma sistematização orgânica e exaustiva das várias formas do *arbitrium* administrativo, mas são elas as mais evidentes.

Quando o *"arbitrium eligendi"* e a estruturação da *"officia"*, afirma ser o poder de selecionar e nomear pessoas para *officium*, *"con esso possono essere condotti i processi di edificazione della strutura destinata ad assicurare le funzioni di amministrazine pubblca"* (ibidem, p. 162).

O poder de autorização exercido com o *arbitrium officialis* é a segunda forma mencionada pelo autor, que afirma que o *arbitrium* tem um papel muito importante no exercício do poder autorizador. Segundo o autor (ibidem, p. 169): *"in certi casi, in riferimento ai vertici dell'ordinamento signorile, il potere di dare licentiam constuisce un profilo di un più generale arbitrium concesso all'officialis"*.

Por fim, fala do *arbitrium* como poder de gestão. Afirma (ibidem, 173 e 174) que os *officiales,* frequentemente, possuem tarefas assignadas de gestão da vida da cidade. Também nesta área se utiliza com frequência como uma caracterização do *arbitrium* como forma de administração e utiliza a classificação de outro autor para afirmar que nestas hipóteses existem quatro tipos gerais de *arbitrium*: *"l'arbitrium super bono et pacifico statu civitatis, l'arbitrium super abundantia habenda in civitate, l'arbitrium super custodia civitatis, l'arbitrium ut pecunia veniat in communi"*.

ADOLFO MERKL (MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Granada: Comares, 2004, p. 185 e 201, respectivamente) afirma: *"la ciencia jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno jurídico de la libertad jurídica del órgano estatal, una actividad jurídica que no está condicionada, o, por lo menos, lo está de modo distinto que la restante actividad de los órganos por el derecho objetivo, y que depende, por lo tanto, de la decisión propia del órgano en cuestión. [...] Arbitrio significa falta de vinculación*

jurídica mediante una voluntad extraña o, lo que es lo mismo, capacidad jurídica de expresar la voluntad propia".

JUAN FRANCISCO LINARES (LINARES, Juan Francisco. Poder discrecional administrativo: arbitrio administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 25 e 26) define o arbítrio de um órgão estatal como "*conducta o libertad real del órgano. Esa libertad, de acuerdo a la conceptuación que hagan las normas que la rigen, puede ser lícita o ilícita. Tales dos especificaciones de la conducta del funcionario, hechas por la norma, son así especificaciones de su arbitrio o libertad. Lo común, sin embargo, es que la teoría del poder discrecional se refiera sólo al arbitrio o libertad con calidad de licitud, [...], olvidando que pueda haber también una competencia para lo ilícito".* Ademais, esse autor (ibidem, p. 15 e ss) diferencia arbítrio ordinário e extraordinário.

Segundo o autor, o arbítrio ordinário é aquele *"general o normal que radica en la naturaleza misma del derecho y de su interpretación, que no es sino la conducta o libertad lícita del órgano".* É para o autor um ato de criaçaõ do direito, pois, afinal de contas, todo ato de criação é também ato de aplicação e vice-versa. Para ele, em todo ato há um ingrediente de autonomia e de heteronomia. Afirma (ibidem, p. 27): *"es creación y autonomía porque es conducta, libertad o arbitrio, como dato real perceptible en su presencia óntica. Porque es un hacerse como pre-tensión hacia el futuro y como elección o preferencia de posibilidades. [...] Pero el derecho es también aplicación de algo creado, o heteronomia. Y lo es porque si la libertad o arbitrio "en sí mismo es por definición indeterminable, sí es determinable, en cambio, el ámbito dentro del cual ha de desarrollarse siendo una libertad limitada".* Assim, ao aplicar uma norma que, como afirma o autor, nunca fornece todos os elementos do ato, deve o agente criar (complementar) a mesma. Esse arbítrio ordinário é conferido pelo direito aos agente que o aplicam.

Por conseguinte, o arbítrio extraordinário seria aquele atribuído por normas mais ou menos vagas mediante fórmulas elásticas. São, apesar do autor não utilizar o termo, os conceitos jurídicos indeterminados.

Termina afirmando (LINARES, Juan Francisco. Op. cit.): *"el arbitrio ordinario del órgano, resulta, así, un compuesto de imposición conceptual de la norma y de elección dentro de lo no impuesto; habida cuenta de la posibilidad de elegir lo contrario de lo impuesto y que, de realizarse, imprimiría al arbitrio el signo de lo ilícito con lo que quería como entuerto.*

El arbitrio extraordinario es, en cambio, resultante de una técnica jurídica consistente en dar cierta elasticidad a las limitaciones o imposiciones conceptuales normativas".

Arbitrium e *discretĭo,* como se pôde depreender, não são sinônimos. A discrição, como se terá oportunidade de visualizar mais adiante, distingue-se do *arbitrium* porque, distintamente de ser um poder, é uma eleição realizada com reserva e discernimento, ou seja, enquanto o *arbitrium* é a consciência, vontade, poder ou faculdade de tomada de uma decisão ou eleição; a discricionariedade é a habilidade de tomada de decisões sensíveis, concernentes à experiência e ao conhecimento e cientes do bem e do mal. A discricionariedade é resultado de um processo racional e intelectivo no qual, sem dúvida, terão de ser valoradas as circunstâncias que podem dar lugar e contribuir a que essa decisão seja adotada com a melhor vontade e bom critério, distinguida, portanto, do livre-arbítrio — que é fruto de uma decisão carente de motivação e fundamento. Segundo MASSIMO MECCARELLI[12], *"il contenuto della discretio è la facoltà di discernere, anche l'arbitrium si vede riconosciuti i caratteri del "discernimento", che stanno nel distinguere, discernere, riconoscere, oltre che nel separare e dividere".*

2. Origem do termo discricionariedade

Visualizando os aspectos relacionados à etimologia da palavra *arbitrium*, passa-se a analisar o termo *discretĭo*. Este significa a habilidade de tomar decisões sensíveis e conceder boas sugestões por conta da experiência e do conhecimento que se tem, isto é, fazer um bom juízo relativo aos meios, é a medula da prudência. Conota, portanto, qualidades pessoais como são a prudência, a reflexão, a sensatez ou o bom juízo.

É difícil precisar a exata origem do termo discricionariedade, palavra derivada, como mencionado, de

---

[12] MECCARELLI, Massimo. Arbitrium: un aspetto sistemarico deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune. Milano: Giuffre, 1998, p. 9.

discretĭo. Observa-se sua utilização, ao longo da história, como nos principais estudos antigos sobre funções e poderes estatais, onde PLATÃO[13] já falava do uso da discricionariedade como modo de decisão e no início da idade moderna; também, em clássicos como *"O príncipe"* de NICOLÓ MACHIAVELLI[14], *"Leviatã"* de THOMAS HOBBES[15] e *"Dois tratados sobre o governo civil"* de JOHN LOCKE[16]. O termo, no entanto, só começou a aparecer nos dicionários no final do século XVII[17].

---

[13] PLATO. The republic. Translated by Paul Shorey. London: Heinemann; Cambridge: Harvard University Press, 1946 – circa de 395 a.C. al 370 a.C., Book I - Of Wealth, Justice, Moderation, and their Opposites; PLATO. The Seventh Letter. Translated by J. Harward. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993 – circa de 388 a.C.

[14] MACHIAVELLI, Nicolò. Il Principe. Florence: Antonio Blando d'Asola, 1532, CAPITOLO XXI Come si debba governare un Principe per acquistarsi riputazione.

[15] HOBBES, Thomas. Leviathan: Or, The Matter, Forme & Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil. London: University Press, 1651, parte II, capítulo XXI, item 18.

[16] LOCKE, John. Two treatises of government. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821 – 1º edición de 1690, p. 226.

[17] PAUL DUPONT (DUPONT, Paul. Le dictionnaire de l'Académie françoise, dédié au Roy. Paris: Veuve de J. B. Coignard & J. B. Coignard, 1694, p. 334) afirmava: *"Discretion. Judicieuse retenue, circonspection dans les actions & dans les paroles. Agir, parler avec discretion, il a beaucoup de discretion, il n'a point de discretion.*

On dit, d'Un homme qui est dans l âge où l'on commence ordinairement à discerner le bien d'avec le mal, qu'il est en âge de discretion.

On dit, que Les soldeurs viveurs à discresion. Quand ils vivent comme il leur plaist chez hosties, de sans autre regle que leur volonté.

On dit aussi, Se rendre à discretion, Lors qu'un se soumet à la volonté, & qu on se rend a la mercy du vainqueur.

On appelle, Une discretion, Ce qu'on gage on ce qu'ou jolie sans le marques precisement, & qu'on laisse à la volonté de celuy qui pend".

DANIEL BELLAMY (BELLAMY, Daniel. A new, complete, and universal English dictionary [by J. Marchant and - Gordon]. To which

Como instituto, o termo discricionariedade foi, a princípio, utilizado pela Igreja Católica Apostólica Romana ao outorgar uma margem de liberdade aos membros da Inquisição[18]. Na mesma época, também se atribuía o termo discricionariedade ao jovem que poderia discernir entre o bem e o mal. Na atualidade, de acordo com o Canon 891 do Código de Direito Canônico, exige-se haver chegado à *"idade da discrição de juízo"*, salvo que a Conferência Episcopal determine outra idade para que uma pessoa receba o sacramento da Confirmação.

A idade da discrição de juízo — costuma-se ser interpretada como sinônimo de outra expressão também clássica, como é a idade do uso da razão, e usam-se ambas as expressões como sinônimas. Não se exige, portanto, haver chegado à discricição de juízo, mas somente haver chegado à idade da discrição de juízo. Não é uma questão terminológica, mas existe um matiz importante. A idade da discrição ou do uso da razão se presume que é aos sete anos (canon 97, § 2.º, do Código de Direito Canônico). De modo que não se exige ter discrição de juízo, mas haver chegado aos sete anos, porque se presume que toda pessoa a essa idade tem uso de razão ou discrição de juízo. Ainda que não seja lícito administrá-la a um sujeito que haja chegado a essa idade e não tenha uso de razão. Deve-se acrescentar, ademais, que não se exige uma discrição de juízo específica para a Confirmação, mas a discrição de juízo comum. Desse modo, para a licitude do sacramento da Confirmação se requer que o sujeito tenha alcançado a idade da discrição de juízo, é dizer, os sete anos, ainda que

---

is prefixed, a new compendious grammar of the English language. London: J. Fuller, 1764): "*DISCRETION [S.] Wisdom, prudence, economy; knowledge to govern one's self, and manage affairs; liberty of acting at pleasure.*

DISCRETIONARY [A.] left at large; unrestrained, unlimited, unconditional".

[18] TENISON, Thomas. A sermon concerning discretion ... April VI, MDCLXXXI. 2. ed. London: London Chiswell, 1688.

se poderia denegar, caso se comprove que efetivamente o sujeito, que tenha completado sete anos, não tenha alcançado o uso da razão[19].

2.1 Discricionariedade como expressão utilizada no mundo jurídico

No mundo jurídico, a expressão discricionariedade teve grande força, inicialmente, no que se refere aos testamentos. No entanto, no direito público, o termo começou sendo aplicado ao Poder Judiciário[20], como o

---

[19] Sobre o assunto, vide: CALVER; Edward. Passion and Discretion, in Youth and Age. London: T. & R. Cotes, for Francis Grove, 1641; FULLER, Francis. Words to give to the young-man knowledge and discretion. London: J.P. for Obed Smith, 1685; e HATTON; Frederick. Years of Discretion. New York: Dodd, Mead and Company, 1913. É curioso observar que em algumas traduções de PLATÃO utilizam a expressão *"idade da discrição"*: PLATO. Laws. Translated by Benjamin Jowett. Kila, Mont.: Kessinger, 2004, Book VII e XI. Persons of the dialogue: an Athenian stranger; Cleinias, a Cretan; Megillus, a Lacedaemonian, p. 365 e 482, respectivamente: *"And if a man be brought up from childhood to the age of* **discretion** *and maturity in the use of the orderly and severe music, when he hears the opposite he [...]"* e *"If any orphan arrives at years of* **discretion***, and thinks that he has been ill- used by his guardians, let him within five years of the expiration of the guardianship be allowed to bring them to trial".*

[20] GREAT BRITAIN. The Political state of Great Britain. London: John Baker, 1715, p. 387: *"When we were brought up the Court declared to us that they had a Discretionary Power to bail or discharge us, but wou'd not do it till after another Session of Parliament, altho there then had been one Session since the Demise of her late Majesty, in which no Provision was thought sit to be made for continuing us in Prison; but several other Laws were continued there being Provisions then made for all Laws that were expiring, or lately expired".*

JACOB, Giles. A new appendix to The modern justice: containing continuations of statutes relating to justices of peace to the year 1722 and the end of the last Parliament. Savoy: E. and R. Nutt, and R. Gosling, 1722: *"discretionary power of justices in all cases, given by statute, with proper precedents under the several heads".*

poder que os juízes tinham para tomar a decisão de realizar ou não um castigo corporal e que castigo deveria de ser imposto[21].

Desse modo, acerta DENIS J. GALLIGAN[22] ao afirmar que:

> According to its etymological origins, the idea of discretion is judgment, in particular good judgment. In its modern legal usage, however, discretion has

---

SMITH, William. The Nature and Institution of Government: Containing an Account of the Feudal and English Policy. London: Printed for the author; and sold by W. Owen, 1771, p. 129: *"The court of Star-chamber was a most ancient and most established instrument of power; this court, of which the king, when present, was the sole and supreme judge and the privy council and judges were only to interpose with their advice had an unlimited discretionary power of fining, imprisoning and inflicting corporal punishments; and its jurisdiction extended to all forts of offences, contempts, and diforders, that did not lie within the reach of the common law. This was an absolute and despotic tribunal, and where it is, there is no need for any other court".*

É, também, aqui curioso observar como o tradutor de PLATÃO afirma que, em seu último e inacabado diálogo, já tratava da discricionariedade dos magistrados: PLATO. Laws. Translated by Benjamin Jowett. Kila, Mont.: Kessinger, 2004, Book VII e XI. Persons of the dialogue: an Athenian stranger; Cleinias, a Cretan; Megillus, a Lacedaemonian, p. 403: *"And if any one, by decoying the bees, gets possession of another's swarms, and draws them to himself by making noises, he shall pay the damage; or if anyone sets fire to his own wood and takes no care of his neighbour's property, he shall be fined at the discretion of the magistrates".*

[21] AN ATTORNEY AT LAW. The Student's Law-dictionary: Or, Compleat English Law-expositor. Savoy: E. and R. Nutt for J. Hodges, 1740: *"Discretion is a Word frequently made Use of in last Wills and Testaments; as where any Thing is by the Testator ordained to be done at the Discretion of the Executor, &c. In which Case the Law always intends, that such Thing shall be done with found Discretion, and according to Law. In many Cases, for Crimes not capital, the Judges have a Discretionary Power to inflict a Corporal Punishment on an Offender. Infants under the Age of Discretion, are not punishable for Crimes by them committed; and Want Discretion is a good Exception against a Witness".*

[22] GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon press, 1990, p. 8.

> come to connote, perhaps unfortunately, rather autonomy in judgment and decision. To have discretion is, then, in its broadest sense, to have a sphere of autonomy within which one's decisions are in some degree a matter of personal judgment and assessment[23].

A expressão poder discricional (*discretionary power*) surgiu no Direito anglo-saxão como um poder absoluto, ilimitado ou sem fim.

A Assembleia Constituinte da Constituição Francesa de 1791 afirma que a origem da expressão poder discricional vem da Inglaterra[24]: *"En Angleterre, le juge a un pouvoir discrétionnaire, (discretionary power) avec lequel il fait plusieurs choses que la Loi n'a pas prévu, mais que'elle a laissé à son équité"*.

Vale mencionar aqui LOUIS MARIE PRUDHOMME[25] que, no ano de 1790, publicou uma pequena passagem sobre o que chama de ato de discrição

---

[23] GAETANO AZZARITI (AZZARITI, Gaetano. Della discrezionalità al potere. Padova: Cedam, 1989, p. 241): *"È così in primo luego necessario stabilire quando la poroposizione "potere discrezionale" assume un significato autonomo e diverso della mera e generica esigenza che il principe, o per esso i pubblici poteri (nella loro indistinta accezione), esercitino le proprie funzioni con "discrezione", sinonimo di "di-scernimento", cioè il potere di distinguere ordinando, ossia un'attività di scelta consapevole e ponderata, tesa al miglior risultato ipotizzabile; ma che non incide sulle prerogative del potere, la cui legitimità è esclusivamente fondata sul presupposto della intangibilità ed illimitabilità della sovranità e dell'attività sovrana nelle sue diverse forme. In questo contesto l'esigenza di discrezione coincide con il generico auspicio di buon governo, giuridicamente irrilevante"*.

[24] FRANCE ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE (1789-1791). Procès-verbal de l'Assemblée nationale. Paris: Chez Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, 1790, v. 37 (Nov. 22-27, 1790), p. 29.

[25] PRUDHOMME, Louis Marie. Révolutions de Paris: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins. Paris: P. de Lormel, 1790, p. 635.

inglês – e assim comentou, pois, como se formou a terminologia que surgiu na Inglaterra. Dizia:

> L'acte de discrétion anglais est dans l'esprit d'une loi bienfaisante, c'est-à dire, il donne au juge le droit d'aider à la conviction et encore plus à l'absolution dans un cas requis, et que la loi n'auroit pas prévu. Mais jamais les Anglais n'ont été assez stupides pour dire au juge: Tu feras tout ce qu'il te plaira de faire pour découvrir la vérité; car si à moi juge, et je suppose juge méchant ou homme passionné, ce qui est très-supposable, la loi disoit pareille chose, rien ne m'empécheroit d'emprisonner mon ennemi, d'attirer à telle heure à mon tribunal mon concurrent aux enchères, de donner une mortification à mon rival, etc. si toutefois je n'étois pus assez perverti pour faire pis. Vous conviendrez que la loi qui s'en seroit rapportée à ma conscience, n'auroit rien à me dire, et que mon honneur se moqucroit d'elle.
> Mais apprenons aux comités que l'acte de discretion de la loi anglaise n'est pas une essence de là loi, mais un supplément à des loix antiques. Les Anglais avoient fait jadis des loix imparfaites, quoique bonnes. L'édifice de ces loix est pour eux si sacré, qu'ils ne veulent pas y toucher; ils se contentent d'y apposer de temps eu temps quelque étançon. Nos comités, adroits copistes, faisant sembrant de copier l'étançon, se hâtent do bâtir un arcboutant du despotisme.

É também na Inglaterra onde surgiram as primeiras sentenças que falam sobre a discricionariedade. Em o *Rooke's Case (1598) 5 Co. Rep. 99b*, da *House of Lords*, Sir. Edward Coke escreveu: *"Discretion is a science of understanding, to discern between falsity and truth, between wrong and right, between shadows and substance, between equity and colourable glosses and pretences, and not to do according to their men's will and private*

affections". Outros antigos casos sobre discricionariedade são: *Hetley v boyer (1614) Cro. Jac. 336; R. v Askew (1768) 4 Burr. 2196,* e *Leader v Moxon (1773) 2 W. Bl. 924.*

Vê-se a referência ao termo poder discricional, também, em autores como ADAM SMITH[26] e, já no século XVIII, algumas referências à terminologia[27].

---

[26] SMITH, Adam. Wealth of Nations. London: W. Strahan and T. Cadell, 1776, p. 944: *"He can safely pardon or neglect them, and his consciousness of his own superiority naturally disposes him to do so. That degree of liberty which approaches to licentiousness can be tolerated only in countries where the sovereign is secured by a well-regulated standing army. It is in such countries only that the public safety does not require that the sovereign should be trusted with any discretionary power for suppressing even the impertinent".*

[27] GREAT BRITAIN PARLIAMENT. HOUSE OF LORDS. A Genuine and Complete Collection of All the Protests Made in the House of Lords, Against Things Suppos'd Injurious to the Publick. From their Original in the year 1641, to the present time. Edinburgh: Publicado por Printed for the company, 1748, p. 395: *"Because though we have all possible Confidence in his Majesty's Wisdom and Justice, and all imaginable Zeal to the Honour and Support of his Perform and Government, we cannot approve of a Massage which, we are persuaded, was both formed and advised by the fame Ministers, in whom those extensive and discretionary Power are lodged by this Address; and we fee no Reason, from any Experience of their past Oeconomy, to truft them with the arbitrary Disposal of an unlimited Sum, and as little Reason, from the Success of their former Alliances, to give any Approbation to past Treaties, which have never been communicated to this House, or a previous Sanction of any future Treaties they shall contract".*

GREAT BRITAIN PARLIAMENT. HOUSE OF COMMONS. Report from the committee appointed to examine into the usage of either House of Parliament, to interpose touching the exercise, or non-exercise, of discretionary powers vested in the servants of the Crown... for public purposes. London: National Print, 1784.

AA. VV. The Gentleman's and London Magazine: Or Monthly Chronologer, 1741-1794. Dublin: J. Exshaw., 1766, p. 48: *"Now whether this discretionary power in the crown is exercised by the advice of the privy council here or in England make no difference in regard to our constitution for however that power is exercised it is merely by virtue of and under the authority of our ask of parliament and is given by ourselves and not assomed by any regal prerogative".*

No entanto, somente com o surgimento do Estado moderno[28] que começaram a empregar distintos tratamentos do uso da expressão[29].

3. A absoluta discricionariedade e o Estado liberal ou mínimo

A ideia de Estado concebida pela Revolução Francesa, mais que implantar a Teoria da Separação dos Poderes, marcou o advento do Estado Liberal ou Mínimo, definindo o fim do Estado mercantilista. Tal Estado, que se poderia denominar como Estado liberal de direito, tinha como característica básica a livre iniciativa em proveito do empresário, a propriedade privada e a autonomia da vontade.

Nesse período, o detentor da discricionariedade, e aqui interessa visualizar somente o caso da Administração Pública, poderia fazer não somente o que a lei expressamente autorizasse, mas também tudo aquilo que a lei não proibisse ou não previsse[30]. Ou seja, a

---

[28] A modernização do Estado se caracteriza por uma série de elementos – técnicos, econômicos, políticos – que traduzem um processo de racionalização da organização das sociedades sob todos os planos. De uma parte, a cultura da razão associada a um conjunto de crenças, que constitui todos os mitos associados à modernidade; e, de outra parte, a primazia da pessoa situada no centro da organização social e política.

[29] Sobre a evolução do conceito de discricionariedade, vide: MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985; SOUSA, Antonio Francisco de. A Discricionariedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987; GALDI, Marco. Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa. Napoli: Liguori, 1996; DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

[30] MONTESQUIEU (MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. De l'esprit des lois. Paris: Didot, 1803, p. 65 e

Administração poderia utilizar o que, nessa época, denominava-se discricionariedade em todos os pontos que a lei não havia regulado, operando no espaço deixado livre pela lei. Além de operar nas normas que atribuem expressamente um reconhecimento à determinada possibilidade de eleição, como é óbvio, e também na valoração e aplicação de critérios técnicos (hoje chamados conceitos jurídicos indeterminados[31]) nos que a

---

74 - 1º edição de 1748): *"Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses; et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois, la divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois. [...] La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine".*

Associando essa concepção de lei ao dogma rousseaniano da vontade geral, a autoridade pública reside na comunidade inteira, atuando sob a base do pacto social sobre a *"volonté genérale"* do corpo coletivo. A vontade geral se manifesta, pois, em determinações gerais; só a lei geral é legítima como expressão da vontade geral. JEAN-JACQUES ROUSSEAU (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou, Principes du droit politique. Lyon: Amable le Roy, 1792, p. 24, 56 e 50 – 1º edição de 1762) aponta: *"Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivans: Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout".* E mais, afirma sobre a Lei: *"Quand je dis que l'objet des loix est toujours général, j'entends que la loi considere les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particuliere".* Por eso que: *"le Souverain n'est jamais en droit de charger un sujet plus qu'un autre, parce qu'alors, l'affaire devenant particulière, son pouvoir n'est plus compétent".*

Vide também: GROETHUYSEN, Bernard. Philosophie de la Révolution française. Paris: Gonthier, 1956.

[31] Ressalta-se que a *"teoria dos conceitos jurídicos indeterminados"* supõe, no final do século XIX, uma mudança decisiva e um avanço fundamental na concepção da discricionariedade administrativa. E assim foi porque a imprecisão de conceitos e sua consequente valoração ou apreciação era vista, pela teoria tradicional, como assignadora de poder discricional, era uma das três fontes da discricionariedade. Dessa

Administração não poderia ser substituída. Apesar de estar amparada na lei para qualquer ato que realizasse (princípio da legalidade), não é certo afirmar, como faz SÉRGIO GUERRA[32], que *"não havia muitos espaços para a escolha administrativa"*. À Administração somente se lhe proibia atuar por meio de sua autoridade quando existia uma lei que estabelecesse uma proibição expressa.

ALEJANDRO NIETO[33] ensina que, durante esse período, surgiu o termo discricionariedade. Segundo o autor, o positivismo jurídico, ao mesmo tempo que reconheceu um fenômeno incongruente, concedeu à Administração, sem ressalvas, uma posição superior à dos membros do Poder Judiciário. Sustenta o autor que, naquela época, *"no se tomó otra precaución que la de proceder a una alteración semántica, bautizando al proscrito arbitrio con el nuevo nombre de discrecionalidad que de momento no levantaba suspicacia alguna"*.

O certo é que, na cultura do princípio da legalidade, existe uma preeminência do Poder Legislativo e, por conseguinte, um *"modesto espaço e papel coadjuvante"* do Poder Executivo[34], mas não é verdade que a Administração possua um mínimo espaço para o exercício da eleição administrativa. É certo que o Executivo deve cumprir a norma com exatidão, além de ser este o único e possível

---

maneira, o sentido e razão da teoria aqui mencionada é, justamente, a de negar esse caráter de apreciação discricional ao completar ou valorar os conceitos não precisados pela lei, fixando a distinção entre ambas as formas de manifestação normativa: *unbertimmter Rechtsbegriff v. Ermessen*. Voltar-se-á sobre este ponto mais a frente.

[32] GUERRA, Sérgio. Discricionariedad e reflexividade: uma nova teoría sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 40.

[33] NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 217.

[34] GUERRA, Sérgio. Discricionariedad e reflexividade: uma nova teoría sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45.

comportamento que o administrador deve adotar diante do caso concreto, assim, nesse sentido, realmente não existiram espaços discricionais para o juízo subjetivo, mas, por sua vez, onde a lei não regulasse, a Administração poderia atuar com total liberdade.

Cabe mencionar alguns dos doutrinadores desse período. Assim, JEAN DOMAT[35] dizia que o poder discricional, em geral, estendia-se a todo *"ce qui n'est pas défendu par la loi; mais il ne peut aller jusqu'à contrarier les dispositions imperatives ou prohibitives de la loi"*[36]. ÉMILE

---

[35] DOMAT, Jean. Oeuvres complètes de J. Domat. Paris: Alex-Gobelet, 1835, p. 164.

[36] Complementava sua ideia com a exposição do que ele entendia como possível dentro do âmbito judicial (DOMAT, Jean. Oeuvres complètes de J. Domat. Paris: Alex-Gobelet, 1835, p. 164): "*Le pouvoir discrétionnaire des présidens de cours d'assises ne s'étend qu à ce qui est de pure administration en justice; il ne s étend pas au contentieux. Ainsi, il ne peut statuer, seul et sans le concours des autres juges, sur les incidens contradictoires qui peuvent se lever dans le cours du débat: notamment il ne peut décider seul si la déclaration du jury est un non-sens qui exige le renvoi des jurés dans leur chambre pour rendre une nouvelle déclaration.*

Eu vertu de son pouvoir discrétionnaire, le président, d'une cour d'assises peut ordonner que les interrogatoires subis par l'un des coaccusés, décédé pendant l'instruction, et les révélations par lui faites avant son décès, soient lus à l'audience, sauf aux jurés à y avoir tel égard que de droit. Il peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, appeler et entendre, sans prestation de serment préalable, des individus qui se trouvent au nombre des témoins à décharge.

Quand le procureur général s'est opposée l'audition des témoin à décharge dont la liste ne lui a pas été notifiée en temps utile, et que cette réquisition a été admise, le président peut en vertu de son pouvoir discrétionnaire, faire entendre ces témoins par forme de déclaration et sans prestation de serment. Le président de la cour d'assises n excède pas son pouvoir en mettant des témoins à charge en surveillance dans l auditoire pendant les débats. Le pouvoir qu'a le président d'une cour d assises de statuer seul sur l´opposition de l'accusé à l'audition d un témoin appelé en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, peut cire subordonné à une délibération de la cour, pourvu que ce soit le président qui prononce l arrêt.

Après qu'il a été fait droit la demande d'un accusé tendante à ce que des témoins dont les noms ne lui ont pas été notifiés ne soient pas entendus, lé président peut, en

MASSEUX VICTOR FOUCART[37], no entanto, sustentava que poderiam haver casos em que o poder discricional estivesse autorizado por lei, sendo obrigatório exercê-lo, quando se estivesse habilitado, dentro dos limites que a lei fixou. Em concreto, apontava: *"Mais le pouvoir discrétionnaire dans ce cas est autorisé par la loi et ne s'exerce que dans les limites qu'elle a fixées"*. ALEJANDRO OLIVÁN[38] afirmava que, sempre que fosse possível, teria de haver legislação que sinalizasse, e enquanto possível fosse, traçasse as regras de conduta: "*teniendo la administración en todo lo discrecional que las leyes no han podido minuciosamente prescribir, que dar cuenta y responder siempre que en las asambleas legislativas fuese interrogada ó reconvenida. Porque la legislación que ordena la sociedad, y que encarga á la administración responsable la realización del pensamiento público ó social, así en grande como en pequeño, indica y previene á esta misma administración, que es su agente, el modo con que debe desempeñar su cometido Con mala legislación es imposible una administración buena; con buena legislación es difícil que la administración sea mala; como que la legislación es á la administración lo que el precepto á la obediencia lo que la voluntad á la acción lo que el impulso al movimiento*".

3.1 Início da distinção entre discricionariedade e arbitrariedade

Durante esse período liberal, começou-se a diferenciar doutrinariamente a discricionariedade da

---

vertu de son pouvoir discrétionnaire, faire entendre ces témoins sans prestation de serment. En cas d absence clé témoin, le renvoi de l'affaire à une autre session est facultatif de la part de la cour d'assises; la demande de ce renvoi, formée par l'accusé, n'oblige point la cour à le prononcer".

[37] FOUCART, Émile Masseux Victor. Éléments de droit public et administratif. Paris: Videcoq pére et fils, 1843, p. 268.

[38] OLIVÁN, Alejandro. De la administración pública con relación a España. Madrid: [s.n.], 1843, p. 192.

arbitrariedade[39]. MARC-ANTOINE JULLIEN[40] colocava que a discricionariedade foi, durante muito tempo, confundida com a arbitrariedade. No entanto, dizia existir uma diferença essencial entre ambas: *"L'acte arbitraire est celui qui a lieu sans avoir égard aux règles établies. L'acte discrétionnaire est celui qui a lieu sans règles, dans les matières qui n'en comportent pas, et en vertu d'une autorisation expresse, quoique générale, donnée à cet effet."* ALESSANDRO MANZONI[41], em um tom mais forte, declarava: *"Ciò ch essi chiamavano arbitrio era in somma la cosa stessa che per iscansar quel vocabolo equivoco e di tristo suono fu poi chiamata poter discrezionale cosa pericolosa ma inevitabile nell applicazion delle leggi e buone e cattive e che i savi legislatori cercano non di togliere che sarebbe una chimera ma di limitare ad alcune determinate e meno essenziali circostanze e di restringere anche in quelle più che possono"*[42]. Vale, ainda, mencionar WILLIAM

---

[39] Não é que não se falava de ambas as formas de maneira separada, o que passou a existir foi o estudo da distinção entre elas: discricionariedade e arbitrariedade.

[40] JULLIEN, Marc-Antoine. PROGRAMME du Cours de Droit public positif et administratif à la Faculté de Droit de Paris pour tannée 1819 1820 par M le baron de GÉUANDO. Revue encyclopédique: liberté, égalité, association, Paris, t. 6, 1820, p. 508.

[41] MANZONI, Alessandro. Opere complete di Alessandro Manzoni. Parigi: Baudry, 1843, p. 495.

[42] ROMAGNOSI, Giandomenico; GIORGI, Alessandro De. Opere (scienza delle costituzioni). Milano: Perelli e Mariani, 1848, v. 8:1-2, p. 480: *"Da ciò viene giustificata la moderata libertà di sorpassare la regola speciale per ottenere il fine generale. Certamente questa moderata libertà non si può riscontrare nei casi dell ordinaria responsabilità Oltre a ciò, con questa moderata libertà non s inceppa né punto né poco l amministrazione; ma, per lo contrario, essa viene animata con un potere discrezionale sconosciuto in altre sue parti. Quando adunque non si voglia convertire il potere discrezionale in arbitrario, e la libertà in licenza sarà forza conchiudere che la nostra cautela si concilia benissimo colla esenzione dalla ordinaria responsabilità, soggetta a leggi fisse e specificate".*

WHITING[43], que, ao questionar o verdadeiro sentido da palavra arbitrariedade, apontava:

> When used to characterize military arrests it means such as are made at the mere will and pleasure of the officer, without right and without lawful authority. But powers are not arbitrary because they may be discretionary. The authority of judges is often discretionary; and even if discretion be governed by rules, the judge makes his own; rules yet no one can justly claim that such judicial authority is arbitrary.
> The existence of an authority may be undeniable, while the mode of using it may be discretionary. A power is arbitrary only when it is founded upon no rightful authority, civil or military. It may be within the discretion of a commander to make a military order; to dictate its terms, to act upon facts and reasons known only to himself; it may suddenly and violently affect the property, liberty, or life of soldiers or of citizens; yet such an order, being the lawful use of a discretionary authority, is not the exercise of arbitrary power. When such orders are issued on the field, or in the midst of active operations, no objection is made to them on the pretence that they are lawless or unauthorized, nor for the reason that they must be instantly and absolutely obeyed.

Para terminar, EMANUELE RAPISARDI[44], já quase no final do século XIX, afirmava que a discricionariedade possuía três características: pessoal,

---

[43] WHITING, William. War Powers Under the Constitution of the United States. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1864, p. 184.

[44] RAPISARDI, Emanuele. Il Potere discrezionale: secondo il Codice di procedura penale italiano, e secondo la giurisprudenza delle Corti di cassazione del Regno d'Italia. Firenze: Fratelli Bocca, 1886, p. 15-22.

facultativa e revogável. Com relação à primeira característica, afirmava que a discricionariedade não pode ser delegada; e a corte somente pode examinar a legalidade ou ilegalidade do exercício, constituindo-se ou não em excesso de poder, mas não poderia analisar se havia ou não oportunidade e conveniência. Quanto à segunda característica, enunciava que o exercício da discricionariedade não poderia ser caprichoso ou arbitrário, porém o exercício ou não deveria ser motivado. E aduzia que, se a decisão fosse caprichosa ou arbitrária, a mesma poderia ser revogada. Assim, sustentava que *"tre sono le condizioni necessarie per l'esercizio di questo potere, cioè: 1º Dev'essere esercitato durante il dibattimento; 2º Debe sorgere dal dibattimento la necessità o l'utilità di questo esercizio; 3º Può essere esercitato in tutto ciò che non è prescritto, o non è vietato della legge sotto pena di nulittà"*.

3.2 Início da distinção entre atos discricionário e vinculados

Durante o Estado liberal ou mínimo se começou – nas primeiras obras relacionadas com o direito administrativo propriamente dito – a diferenciar os atos discricionários dos vinculados. VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES[45] ressaltava que *"ha empezado á distinguirse científicamente lo discrecional de lo reglado [...] Y esta potestad imperativa es de dos clases, discrecional ó reglada"*. Para ALEXANDRE FRANÇOIS AUGUSTE VIVIEN[46], *"le pouvoir de l'administration se trouve ainsi limité et défini; elle tient en quelque façon en ses mains deux sortes d'autorités, l'une*

---

[45] SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo Fé, 1883, p. 885.

[46] VIVIEN, Alexandre François Auguste. Études administratives. Paris: Guillaumin et cie, 1852, p. 124.

discrétionnaire, l'autre réglée; l'une intelligente, l'autre passive; l'une libre et soumise dans son exercice à toutes les vicissitudes des temps et des lieux, l'autre contrainte et dominée par la loi, le réglement ou le contrat qui la régit". VICENTE PEREIRA DO REGO[47] esclarecia que, entre os poderes administrativos, existia *"um discricionário, inteligente e livre; e outro passivo, regulado e dominado pela Lei".* E, segundo ANTONIO GONZÁLEZ SARAVIA[48], *"la potestad de mando la puede ejercer la administración de una manera discrecional, si obra libremente; ó reglada, si se sujeta á los límites ó requisitos".* Essa diferenciação foi a primeira forma de se reduzir o limite da discricionariedade[49].

Começou-se tal distinção por questões de apresentação de reclamações perante os juízes[50]. Foi a

---

[47] REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro. Recife: Geraldo Henrique de Mira & C., 1860, p. 85.

[48] GONZÁLEZ SARAVIA, Antonio. La administración pública: o curso de derecho administrativo. Guatemala: "La Unión", 1888, p. 64.

[49] Deve-se ressaltar que na doutrina há variada apresentação da terminologia, como poder vinculado e discricional, competência vinculada e discricional e ato vinculado e discricional (LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Douriez-Bataille, 1937, p. 98 e 99).

[50] ARRAZOLA, Lorenzo. Enciclopedia española de derecho y administración o nuevo Teatro Universal de la legislación de España e Indias. Madrid: Antonio Rius y Rossell, 1860, Tomo XI, p. 83: *"Conviene aquí por lo tanto distinguir los derechos y los intereses, porque al paso que la violación de aquellos da lugar á la vía contencioso-administrativa, la de los intereses la rechaza, dejando solo espedita la vía de gracia, el poder discrecional, que siempre queda vivo en la Administración en su carácter de activa.*

Pero cuando la Administración, lejos de tener este poder discrecional, es llamada simplemente á aplicar la ley ó una disposición administrativa que ha creado derechos á casos particulares, cuando por lo tanto se encuentra frente de derechos que tiene que respetar, despojada entonces de sus atribuciones activas, queda limitada á la aplicación exacta y rigurosa de la ley, y las reclamaciones contra ella toman el carácter contencioso y sus jueces pronuncian ó consultan decisiones que tienen la forma de sentencias".

questão da jurisdição contencioso-administrativa, um dos grandes temas jurídico-públicos do século XIX, cuja origem se encontra na Lei francesa de 7-14 de outubro de 1790. O fato de tentar separar as questões que deveriam ou não ser controladas pelos Tribunais administrativos, atraiu o interesse dos administrativistas pela discricionariedade, fazendo surgir uma distinção que dura até hoje. Nas origens do contencioso-administrativo, o conflito entre Administração e Tribunais e a afirmação da independência e autossuficiência daquela frente a estes, foram os elementos dinamizadores da construção do sistema administrativo contencioso. Esse conflito foi sobrepondo-se, pouco a pouco, à contradição entre Administração ativa e contenciosa[51].

Para ter uma ideia sobre a discussão existente na época, cita-se JULIÁN PELÁEZ DEL POZO[52], o qual defendia categoricamente que *"no pertenecen á lo contencioso-administrativo las reclamaciones dirigidas contra los actos del poder discrecional"*. DENIS SERRIGNY[53], no mesmo sentido, completava que *"si l'acte émané de l'autorité exécutive ou administrative est l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est confié, il est de pure administration et ne peut donner lieu au recours contentieux"*. O problema residia em saber que atos

---

[51] SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Los poderes del juez, la Ley y la reforma del contencioso. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano XLI, n. 124, p. 65-94, ene./abr., 1991.

[52] PELÁEZ DEL POZO, Julián. Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas: Con un diccionario de casos de competencia y un prontuario de la legislación administrativa. Madrid: D. B. Gonzalez, 1849, p. 19.

[53] SERRIGNY, Denis. Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil. Paris: A. Durand, 1865, p. 35.

emanavam do poder discricional da Administração. Sustentava JULIÁN PELÁEZ DEL POZO[54]:

> *Para reconocer si un acto emana del poder discrecional de la administración, es menester tener presente si dicho acto obra sobre derechos adquiridos y consagrados por la ley ó solamente sobre intereses ó utilidad del reclamante, intereses, que, como antes hemos sentado, están subordinados y reciben toda su fuerza del acto administrativo, siendo este como condición de su existencia anterior à semejanza, aunque no idéntica de los actos de gracia.*
> *En el primer caso, el acto no es discrecional. El derecho que perjudica o destruye, estando consagrado por la ley, recibió de esta su existencia, solo esta puede atacarle en la manera que le es posible hacerlo sin volver atrás, no la administración que no le creó, que no le vivifica, y que por lo tanto no puede destruirle, ni modificarle [...]*
> *Por el contrario, si, no es un derecho, sino un interés el perjudicado, y este interés recibió su existencia de ese poder discrecional, claro es que éste obra sobre él, y que al atacarle y aun al destruirle, puede escuchar su queja y su súplicas, y acceder y ablanar-se ó no á ellas; pero de ninguna manera es un derecho que por su propia fuerza y escudado con la autoridad de la ley, pueda presentarse ante un tribunal de la administración para invocar allí la ley que le creó, apoya y protege, discutir sobre su firmeza y validez, y reclamar arrogante, y exigir con teson su respeto y su integridad.*

Além dos atos discricionais, também os políticos estavam excluídos do controle judicial[55]. Resumindo, o

---

[54] Ibidem, p. 19 e 20.

[55] GARCÍA GOYENA, Florencio; AGUIRRE, Joaquín; MONTALBAN, Juan Manuel. Febrero, o Libreria de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente. Madrid: I. Boix, 1852, p. 578: *"No ha lugar tampoco á la oposición contenciosa administrativa contra los actos de puro mando ó que provienen del poder arbitrario ó discrecional de la administración*

discricional e o governativo ficavam excluídos do contencioso-administrativo. A diferença do ato vinculado era a chave para definir o âmbito do contencioso-administrativo. Por isso, cogitava-se a respeito de dois tipos de jurisdição: jurisdição voluntária ou graciosa e jurisdição contenciosa[56]. FERNANDO COS-GAYÓN e EMILIO

---

tales son por ejemplo los reglamentos que prescriben medidas de administración y de policía porque tales actos según dice el consejo real no crean derechos ni modifican los preexistentes ni tienen otro objeto que el arreglo del servicio público confiado esclusivamente á la administración activa la cual fija reglas y concede garantías á los agentes subalternos pero conservando siempre el carácter discrecional y la absoluta libertad para aplicarlas de que no puede prescindir en actos de esta naturaleza decisión del consejo real de 24 de mayo de 1848".

Em sentido similar: ALCÁNTARA PÉREZ, Antonio; MORALES Y SERRANO, Juan. Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos. Madrid: J. E. Morete, 1866, p. 105: *"Si la providencia administrativa que ha lastimado derecho particular, es un acto de puro mando ó discrecional, será reclamable en la via gubernativa, ante los superiores gerárquicos de grado en grado del que la dictó, sin dar nunca origen á la contencion administrativa. Entendemos aquí por acto de puro mando, aquel en que el agente administrativo procede libremente en virtud del poder discrecional que la Administración tiene, y sin la necesidad de sujetarse á disposiciones reglamentarias".*

[56] RIBAS, Antonio Joaquim. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866, p. 137, 175 e 242: *"A jurisdicção graciosa, porém, é essencialmente discricionaria, isto é, não achando-se a administração em frente de direitos dos administrados, quando a exerce, póde obrar como julgar conveniente aos interesses geraes e desprezar os individuaes sempre que os considerar antitheticos áquelles (Av. n. 86 de 8 de Abril de 1864).*

Não succede o mesmo com a jurisdicção contenciosa; pois fallando-lhe os administrados em nome de seus direitos, ella é obrigada a attende-los e a respeitar estes direitos, cingindose aos textos das leis, regulamentos e contractos donde elles emanão (Av. n. 273 de 13 de Junho de 1862).

[...]

A segunda especie de desclassificação consiste na transferenciado uma materia propria da jurisdicção graciosa para a contenciosa, ou viceversa, isto é, em abrir-se recurso nos casos em que a lesão só podia dar lugar á reclamação, ou só permittir-se a reclamação nos casos em que pela natureza da lesão se deveria conceder recurso.

CÁNOVAS DEL CASTILLO[57] explicavam que, contra um poder discricional não era possível contradizê-lo em juízo, mas simplesmente impugná-lo pela via hierárquica ou governativa, *"posee una jurisdicción contenciosa para garantizar el interés social salvando de paso su independencia aun en los casos en que renuncia á su libertad de acción en favor de los derechos privados y una jurisdicción especial que le está atribuida por la ley para proteger más directamente sus intereses o el fomento de ciertos ramos ó para la corrección de ciertas faltas que afectan al bienestar común Pasemos ahora á desenvolver esta complicada teoría con el fin de facilitar su conocimiento"*[58].

Na primeira hypothese, o legislador aparta-se dos princípios geraes da competencia, para dar maiores seguranças a interesses que, embora não sejão direitos, considera assaz importantes para serem discutidos e julgados, como se o fossem; na segunda, subordinando os direitos dos particulares ao interesse geral, entrega-os á acção discricionaria da administração.

[...]

Os decretos expedidos em virtude do poder discricionario só dão lugar a reclamações pela via graciosa".

[57] COS-GAYÓN, Fernando; CÁNOVAS DEL CASTILLO, Emilio. Diccionario manual de derecho administrativo español para uso de los funcionarios dependientes de los ministerios de Gobernación y Fomento y de los alcaldes y ayuntamientos. Madrid: herederos de Vallejo, 1860, p. 706.

[58] Sobre as jurisdições possíveis, autores, como FRANCISCO DE PAULA MELLADO (MELLADO, Francisco de Paula. Enciclopedia moderna, Diccionario Universal de Literatura, Ciencias, Artes, Agricultura, Industria y Comercio. Madrid: Santa Teresa, 1853, tomo XXV, p. 457), apontam: *"Califícase también la jurisdicción voluntaria de discrecional en cuanto sus actos de mando no se hallan trazados por la 1ey sino que dimanan de su potestad discrecional, la cual ejerce bajo su responsabilidad en vista de la utilidad y conveniencias públicas para la ejecución de las leyes. Finalmente, llámase también pura y graciosa en cuanto que se ejerce sin que intervenga instancia ni reclamación de parle de los interesados".* Também, JOSÉ MARÍA MORILLA (MARÍA MORILLA, José. Tratado de derecho administrativo español. Madrid: viuda de Barcina y Comp., 1865, p. 161): *"De lo que acaba de exponerse se colige primero que la administración procede con facultades legislativas por la autorización de este poder cuando dicta*

Diante a diferenciação entre atos discricionais e vinculados, a doutrina passou a afirmar que a discricionariedade não se refere à totalidade dos elementos de um ato (ato em bloco), mas apenas a alguns de seus elementos. Assim, o discricional é qualidade não dos atos, mas de determinados elementos de um ato, passando a ganhar força a ideia de poder discricional. JEAN LODOVICI[59] enunciava: *"Dès la fin du XIXe siècle d'ailleurs [...] nous avons assisté à une évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire, solidaire d'une régression de la notion d'acte discrétionnaire, au moment où a été dégagé le grief nouveau de*

---

disposiciones generales para suplir su silencio en casos imprevistos Segundo que ejerce imperio y usa de la potestad discrecional cuando expide los decretos generales ó individuales que estima convenientes en virtud de sus atribuciones Tercero que cuando en la via gubernativa trata de informarse y oye las pretensiones de los administrados acerca de estas providencias para sostenerlas ó enmendarlas según lo crea conveniente obra en uso de la jurisdicción voluntaria Y cuarto que la jurisdicción contencioso administrativa se ejerce siempre que son reclamadas las providencias ó actos en que se apliquen las disposiciones vigentes por haberse arrostrado un derecho que debia respetar la administración. [...] Por consiguiente para que tenga lugar la via contencioso administrativa es necesario que dé motivo á la reclamación por la pugna ó colisión entre el interés particular y el publico una providencia ó acto administrativo que no haya sido de puro mando ó de facultad discrecional sino dictado en aplicación de las leyes reglamentos u otras disposiciones". E, por fim, MANUEL COLMEIRO (COLMEIRO, Manuel. Derecho administrativo español. Madrid y Santiago: Libr. de Angel Calleja, 1850, p. 76): *"Cuando obran en virtud de su autoridad discrecional pueden cometer abusos de dos modos distintos ó por incompetencia ó por exceso de poder. En ambos casos son responsables solamente al gobierno de suerte que no se puede intentar contra ellos la via judicial con autorizacion prévia ni sin ella sino hacer uso de la vía gubernativa elevando el agraviado su queja al ministro competente. Si el ministro accede á la justa reclamacion del particular agráviado reformará el acto del intendente le destituirá acaso y aun le entregará al tribunal supremo de Justicia que le juzgue al cual corresponde conocer de la residencia de todo empleádo público que esté sujeto á ella por las leyes y si la desoye su providencia es apelable para ante el Rey en Consejo Real porque el asunto pertenece á la clase de los contenciosos de la administración".*

[59] LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Douriez-Bataille, 1937, p. 94.

détournement de pouvoir, et nous avons pu déjà entrevoir la possibilité, sinon la nécessité, d'un abandon de cette notion rigide d'acte discrétionnaire. Cet abandon devait être définitif le jour où l'analyse juridique devai prendrè conscience que tout acte peut comporter des éléments discrétionnaires". A doutrina seguinte a esta defendia que só os elementos vinculados poderiam ser fiscalizáveis, mas essa vertente apenas passa a aparecer no final do século XIX.

Apesar de ser entendida como um vício, ANTONIO GUEROLA[60] sustentava que *"la discrecionalidad revela á primera vista un vicio de organización administrativa".* Naquela época, também era muito comum encontrar quem visualizasse a discricionariedade como uma margem necessária para o exercício da Administração — que poderia incluir na ordem econômica ou social do Estado. FRANÇOIS-THOMAS DELBARE[61] expressava claramente *"un pouvoir discrétionnaire est donc devenu nécessaire, et ce pouvoir ne peut être mis que dans les mains de la commission du Gouvernement".* Outros como CHARLES JAMES FOX, WILLIAM PITT, HAUVRY DE JANVRY e LAURENT PIERRE DE JUSSIEU[62], em um contexto mais específico, referiam que *"il doit être alloué à ce pouvoir exécutif comme à tous ceux qui existent un pouvoir discrétionnaire absolument nécessaire surtout quand il s agit d un pays aussi éloigné du Gouvernement en chef mais cependant les actes provenant de ce pouvoir discrétionnaire doivent être soumis au conseil suprême aux ordres duquel le*

---

[60] GUEROLA, Antonio. Estudios de administración práctica. Madrid: Diaz y Lopez, 1868, p. 60.

[61] DELBARE, François-Thomas. Histoire des deux chambres de Buonaparte, depuis le 3 juin jusqu'au 7 juillet 1815: contenant de détail exact de leurs séances, avec des observations sur les mesures proposées et les opinions émises pendant la durée de la session. Paris: Gide, Egron, 1817, p. 182.

[62] FOX, Charles James et al. Recueil de discours prononcés au parlement d'Angleterre. Paris: Le Normant, 1819, p. 134.

gouvernement de l'Inde doit obéir". MICHELE BERTETTI[63], por sua vez, argumentava que *"il governo, come amministratore dello Slato, e le particolari amministrazioni delle provinole e dei comuni, possedono un potere discrezionale allo scopo di procurare, ciascuno nella cerchia delle rispettive attribuzioni la maggior somma possibile di benessere e prosperità sociale, salvo l inviolato eserci io della privata libertà e proprietà. Ma nell'adoperare questo potere discrezionale è facile che il Governo o le particolari amministrazioni non soddisfacciano i gusti di tutti gli amministrati; allora sorgono conlroversie"*[64].

3.3 As primeiras vozes sobre os limites da discricionariedade e a noção de *"détournement de pouvoir"*

As primeiras vozes sobre os limites da discricionariedade, diziam respeito às leis naturais. ÉDOUARD LOUIS JOSEPH BONNIER[65] sublinhava que *"il potere discrezionale ha nondimeno i suoi limit; sebbene il testo, il quale vieta di scegliere i periti fra' giurati e fra' giudici"*. THOMSON GALE[66] afirmava que a coroa possuía poder discricional para o bem geral (*general goods*), no entanto a nação tem o direito de autopreservar-se, seja em tempo de guerra ou de paz, mas essa autopreservação não era

---

[63] BERTETTI, Michele. Il contenzioso amministrativo in Italia: o, L'amministrazione e la giustizia secondo la Legge 20 marzo 1865. Torino: L'autore, 1865, p. 175.

[64] Vide também: STAHL, Friedrich Julius. Die Philosophie des Rechts. Leipzig: J.C.B. Mohr, 1833, v. 2, parte 2, p. 338.

[65] BONNIER, Édouard Louis Joseph. Trattato teorico e pratico delle pruove in dritto civile e in dritto criminale. Palermo: Presso Decio Sandron, 1853, p. 64.

[66] GALE, Thomson. The discretionary power of the crown. London: William Ridgway, 1871, p. 3.

absoluta, estava limitada por leis da natureza[67]: *"A state cannot make laws, or confer privileges on its Head which are capable of being so handled, or applied, as to deprive the subject of his life, or of the enjoyment of any of those great natural rights on which his life depends, except in those case where he shall do something which amounts to a forfeiture, for such an effect is absolutely forbidden by the law of nature"*. Por isso, enunciava[68] que *"the discretionary power of the Crown therefore over peace and war for the general good cannot be exerted at the cost of the life of an unoffending individual. The preservation of the life of man is as plainly the primary consideration, as that of the general good is secondary"*. Também, indicava um direito de contestar as decisões e citava VATTEL, que colocava: *"the perfect obligation is that which gives the opposite party the right of compulsion; the imperfect gives him only the right to ask"*. Isto significava que todos deveriam ter direitos de contestar as decisões da comunidade, o que significava do governo. Tudo se deve à ideia de *"common advantage",* existente em qualquer sociedade.

Foi exatamente a ideia dos limites à discricionariedade que fez surgir, em meados de 1850, a noção de *"détournement de pouvoir"* como a forma de atuar de um agente quando *"tout en faisant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites par la législation use de pouvoir discrétionnaire pour un cas et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir a été attribué"*[69].

3.4 O controle jurisdicional da discricionariedade e o sistema de lista

Pode-se perceber que é em pleno período liberal quando se desenvolve a teoria do controle jurisdicional da

---

[67] Ibidem, p. 14.

[68] Ibidem, p. 15.

[69] AUCOC, Léon. Conférences sur l'administration et le droit administratif. 2. ed. Paris: Dunod, 1878, tomo I, p. 467.

discricionariedade administrativa. JEAN LODOVICI[70], ao tratar o tema na segunda metade do século XIX, colocava: *"L'on puet dire que la préoccupation constante de tous les juristes de cette première période a été de chercher le critère permettant de distinguer, de ce point de vue, les matières contentieuses des matières non-contentieuses"*. Naquela época, os órgãos consultivos do Estado determinaram os casos em que não eram admissíveis recursos, estabelecendo, *a contrario sensu*, os atos que o Executivo poderiam executar em virtude de suas faculdades discricionais e contra os quais não procediam recurso ao Poder Judiciário.

Tal rol era conhecido como o método de enumeração, o clássico *"sistema de lista"*, consignando os casos ou matérias aos quais não procedia recurso. Tal método dava à matéria um caráter casuística e especialmente dificultoso, o que provocou, posteriormente, a doutrina a criticar sua aplicação. SANTOS ALFARO Y LAFUENTE[71], um dos que criticava o método, demonstrava como funcionava tal *"sistema de lista"*. Defendia, em outra obra[72], que a lista não era fixada por disposições legislativas, nem poderia fazer-se sem faltar ao espírito de generalização, assim que era disposta por decisões do Conselho de Estado que, segundo sua jurisprudência, colocava em uma lista os atos que o governo poderia executar em virtude de suas faculdades discricionais e contra os quais não procedia o recurso contencioso-administrativo.

---

[70] LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Douriez-Bataille, 1937, p. 24.

[71] ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Demandas improcedentes por haber obrado el gobierno en uso de sus facultades discrecionales. Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, Ano 14, t.30/31, 1867, p. 23-25.

[72] Idem. Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881, p. 15 e ss.

Depois do *"sistema de lista"*, a história concede à EDOUARD LAFERRIÈRE[73] o mérito de formular duas categorias de atos administrativos: os de autoridade ou de poder e os de gestão. Afirma esse autor que só os atos de autoridade davam lugar a disputas submetidas, em princípio, à jurisprudência administrativa, posto que os conflitos originados pelos atos de gestão correspondiam aos Tribunais ordinários. Esta diferenciação obteve uma aceitação generalizada e nela se encontrou as bases da jurisdição contencioso-administrativa clássica.

Há de acrescentar-se que, durante o Estado liberal ou mínimo, os indivíduos ficavam ao bel-prazer dos governantes, dependentes de uma aplicação justa e prudente das normas por parte destes. LUIS A. PANIGO[74] enunciava, em 1810, de maneira clara e sucinta que *"nada queda, pues, deferido a la discrecionalidad de los gobernantes, sino que éstos han de estar sujetos al fiel y bueno uso de sus facultades"*.

Em meados do século XIX, percebia-se um grande avanço no estudo da discricionariedade. E, ao final desse século, começaram a surgir os primeiros livros específicos sobre a discricionariedade[75]. Nos anos seguintes a 1850,

---

[73] LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentiuex. Paris: Berger-Levrault, 1887.

[74] PANIGO, Luis A. Los fundamentos del derecho político argentino en el acta del 25 de mayo de 1810. Instituto Amigos del Libro Argentino, 1810, p. 45.

[75] Por ordem cronológica: BERTIN, Jean-Louis-Henri. Du pouvoir discrétionnaire du président du tribunal. Ordonnances sur requête. Paris, Plon, 1866; GALE, Thomson. The discretionary power of the crown. London: William Ridgway, 1871; MANDLIK, Vishwanath Narayan. Law versus discretion: remarks on the Bombay revenue bill. Bombay [India]: Printed at the "Bombay Gazette" Steam Press, 1874; CASTRO, José Antônio de Magalhães. Poder discricionario do juiz de direito, presidente do jury. Rio de Janeiro: Perseverança, 1878; RAPISARDI, Emanuele. Il potere discrezionale: secondo il Codice di procedura penale italiano, e secondo la giurisprudenza delle Corti di cassazione del Regno d'Italia. Firenze: Fratelli Bocca, 1886; TEZNER,

desenvolveu-se um período de reflexão sobre este novo instituto que, somente um século depois, como se terá oportunidade de estudar, ganhou notoriedade[76].

4. Maturação da discricionariedade e o Estado intervencionista

Entende-se que o modelo de Estado liberal ou mínimo subestimou as diferenças existentes entre cada pessoa. Todo ser humano é distinto um do outro e enfrenta-se em distintas situações. Inevitavelmente, a liberdade existente e garantida nesse modelo de Estado chegou a seu uso inadequado de tal modo que os mais fortes dominavam os mais fracos. Surgiu, por conseguinte, a necessidade de que o Estado se reorientasse mediante o surgimento de uma conformação ativa, inicialmente, caracterizada pelos quatro aspectos mencionados por SABINO CASSESE[77]: a diferenciação legislativa (com a instituição de áreas geográficas diferenciadas, de processos de administração diferenciados e de órgãos diferenciados para canalizar a ação do Estado), a política de obras públicas (para constituir uma infraestrutura pública objetivando o crescimento econômico), as empresas estatais (para suprir a falta de investimentos privados nos setores específicos) e a previsão social (ao inaugurar uma relação social tripartida: Estado-trabalhador-empresa).

Friedrich. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzustandigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s.n.], 1888; RENAULT, Jules. Des Actes discrétionnaires. Paris: A. Pedone, 1899.

[76] Observar-se-á que, somente em meados do século XX, o estudo da discricionariedade ganhará uma maior presença.

[77] CASSESE, Sabino. La nuova costituzione econômica. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.

Essa nova configuração assentava o modelo de Estado intervencionista em seu triplo aspecto – distributivo, produtivo e provisional – que se reforçaria ainda mais para alcançar seu auge em meado do século XX: primeiro, com a grande crise que colocou o mercado em colapso (o *crack* da Bolsa de Nova Iorque), depois, com as sucessivas guerras mundiais que o reforçariam política e militarmente (agregando os conceitos de mobilidade e de segurança nacional)[78].

As mudanças existentes naquela época e os problemas experimentados pelo modelo liberal motivaram sua substituição por uma espécie de antídoto. Dois são os modelos intervenientes surgidos: o chamado Estado Social ou Intervencionista, que tomou para si a tarefa de produção da riqueza e sua distribuição à sociedade, desconhecendo a propriedade privada e a autonomia contratual; e o Estado do bem-estar social que, equidistante de ambos, busca elementos do Estado liberal e do Estado intervencionista, sendo que este se caracteriza, portanto, pela proclamação da livre iniciativa e da intervenção em proveito da sociedade, da existência de uma tutela da propriedade privada dotada de uma função social e por possuir um dirigismo contratual para a correção da assimetria[79].

Tais modelos, no entanto, incorporaram estruturas estatais excessivas e custosas para a atenção da sociedade, alargando muito o papel, o tamanho e o custo da maquinaria estatal e gerando um cenário de má gestão e

---

[78] Alcançando seu auge na metade do século XX, tal modelo surgiu, efetivamente, a partir de 1917, com a Revolução Russa e a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos do mesmo ano.

[79] É óbvio que esse Estado Social de Direito (incluindo aqui ambos os modelos – Estado Social ou Intervencionista e Estado do bem-estar) levou a mudanças notáveis nos ordenamentos, dando início à publicização do direito civil e criando como fundamento de todo o direito público o princípio da supremacia do interesse público, originando, por conseguinte, a fuga para o direito privado.

insatisfação. O Estado, em razão de seu afã por estar presente em todos os âmbitos, adotava um grande número de normas jurídicas. Além da socialização, houve o fortalecimento do Poder Executivo, fazendo com que o Estado assumisse um papel de prestador de serviços, apenas, tendo como objetivo ultimar as injustiças sociais geradas pela aplicação dos princípios incorporados pelo direito civil, que trouxeram a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo. Logo, paralelamente a tais transformações, observou-se, também, um crescimento do direito administrativo, então, criando novos princípios e institutos que derrogaram postulados básicos do individualismo jurídico. Nesses modelos estatais, o princípio da legalidade ganhou novo sentido, pelo qual a Administração somente poderia fazer o que a lei lhe permitisse. Sendo a discricionariedade como um *"poder"* limitado pela lei, deixando de existir a pretendida esfera de ação em que a Administração atuava livremente.

De acordo com ANTONIO MOZO SEOANE[80], o conceito que persiste, ao longo do tempo, como válido e aceito, de que a discricionariedade implicava a ausência de norma, legal ou regulamentária a que submete a atuação administrativa, com o Estado Intervencionista, deixa de existir. Nos modelos intervencionistas de Estado, não se admite mais a confusão entre a falta de norma de discricionariedade e a lacuna legal[81]. Ademais, assume uma postura dentro da concepção da discricionariedade que

---

[80] MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 172 e 173.

[81] CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 3, n. 7, p. 51-104, ene-abr, 1952.

revisa o fato de que esta deriva da ausência de previsão normativa. Agora, somente existe discricionariedade se o ordenamento a atribui.

Durante a maturação do direito administrativo como ramo independente e autônomo, a noção de discricionariedade se desenvolveu[82]. Inclusive, no início do século XX, observam-se estudos sobre a discricionariedade

---

[82] Os estudos específicos sobre a discricionariedade que mais se evidenciam, no principiar do século XX, foram (por ordem cronológica): LAUN, Rudolf von. Das freie ermessen und seine grenzen. Leipzig: franz Deuticke, 1910; PRESUTTI, Enrico. Discrezionalità pura e discrezionalità técnica. Torino: Giurisprudenza italiana, 1910; MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; DELMASTRO, Paolo. Sulla discrezionalità negli atti amministrativi. Vercelli: Tip. Gallardi e Ugo, 1914; LEVEQUE, François. Les actes d'administration discrétionnaire. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916; TEZNER, Friedrich. Das Freie Ermessen der Verwaltungsbehörden kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wien: F. Deuticke, 1924; LA TORRE, Michele. Le questioni fondamentali della giustizia amministrativa: il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrationi. Milano: Anonima libraria italiana, 1926; MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo. Notas sobre la potestad discrecional de la administración. Huesca: V. Campo y Cía., 1929; JÖHR, Eduard. Die Verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens. Zürich: Aarau, 1931; FRANCESCO, Giuseppe Menotti de. Potere discrezionale della publica amministrazione e azione guidiziaria. Padova: Cedam, 1931; LEVI, Alessandro. Attivita lecita individuale ed attivita discrezionale amministrativa. Padova: Cedam, 1932; JURKOVIC, Joso. Svobodni prevdarek. (Le pouvoir discrétionnaire). Ljubljana: T. Slovenija, 1936; LODOVICI, Jean. L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire. Lille: Douriez-Bataille, 1937; GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939; QUEIRÓ, Afonso Rodrígues. O Poder discricionário da administração. Coimbra: Coimbra Editora, 1944; GASPARRI, Pietro. Considerazioni sulla discrezionalita amministrativa. Cagliari: Universita degli studi, 1946; FIORINI, Bartolomé A. La discrecionalidad en la administración pública. Buenos Aires: Alfa, 1948.

em outros ramos do Direito, distintos daquele administrativo. Os estudos se desprendem de terminologias gerais e começam a desenvolver-se em outros ramos específicos do Direito[83].

Existiram duas etapas no estudo da discricionariedade como uma margem de liberdade concedida ao administrador público nessa nova etapa. Uma entre os anos de 1910-1916 e outra entre os anos de 1929-1932. Tudo depois da já mencionada primeira época (entre os anos 1866-1888), que caracterizou a evolução da noção de discricionariedade.

---

[83] Por ordem cronológica: GAZIER, H. Le pouvoir discrétionnaire du président des assises. Paris: Marchal et Billard, 1904; SANTACROCE, Domenico. Intorno al potere discrezionale e alla facoltà regolamentare degli Enti autarchici: con speciale riguardo alla organizzazione loro negli uffici amministrativi. Catania: N. Giannotta, 1910; RAGGI, Luigi. Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare. Milano: Vita e pensiero, 1923; HOLLAND, Friedrich-Wilhelm. Die Freiheit des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung in den Entwürfen zu einen DetschenStrafgesetzbuche. Köln: Göttingen, R.- u. staatswiss, 1926; RASELLI, Alessandro. Il potere discrezionale del giudice civile. Padova: Cedam, 1927, v. I; HEILBRON, Brigitte. Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1929; ALEXEEFF, Paul. L'Etat, le droit et le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques. Born: [s.n.], 1929; BOWERS, Renzo Dee. The Judicial Discretion of Trial Courts: a treatise for trial judges and trial lawyers. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1931; BELLAVISTA, Girolamo. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena. Milano: Fratelli Bocca, 1939; ARDAU, Giorgio. I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro. Milano: Giuffrè, 1940; CHATELAIN, Jean. De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application del lois et des jugements. Paris: M. Lavergne, 1942; MESSINA, Salvatore. La discrezionalita nel diritto penale. Roma: Ateneo, 1947; MESSICK, John Decatur. The Discretionary Powers of School Boards. Durham, N. C.: Duke Univ. Press, 1949.

4.1 A evolução da estudo da discricionariedade na doutrina alemã, francesa, italiana e espanhola

Nesse período intervencionista, observa-se que os principais estudiosos sobre o tema foram os alemães (ao discutir a susceptibilidade do controle jurisdicional das matérias de polícia), os franceses (ao estudar o recurso por excesso de poder) e os italianos (ao tratar do mérito e da legitimidade).

Os alemães falavam de um "poder discricional" (*Ermessensgewalt*) e entendiam que, no Estado moderno, não existia qualquer ato que, em todas as circunstâncias e em todo seu alcance, fosse inteiramente discricional. Fazia-se uma distinção entre pura ou *"livre discricionariedade"* e discricionariedade vinculada[84]. Mais adiante, introduziu-se a distinção entre *"livre discricionariedade"* (discricionariedade em sentido estrito) e certa discricionariedade, sustentada por GEORG MAYER[85]. Tais distinções já estavam coletadas por WILHELM KRAIS[86], o qual afirmava que existia uma discricionariedade de direito (*rechtliches Ermessen*) – que poderia ser controlada pelo Tribunal administrativo – e uma discricionariedade livre – que estaria fora desse controle. Desse modo, a discricionariedade pura era tida como uma liberdade de eleição absoluta, a autoridade

---

[84] LAUN, Rudolf von. Das freie ermessen und seine grenzen. Leipzig: franz Deuticke, 1910.

[85] MAYER, Georg. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 3. ed. Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.

[86] KRAIS, Wilhelm. Rath des königlichen Verwaltungsgerichtshofes: Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsgerichtssachen betreffend. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1889, p. 156.

decidiria de acordo com sua vontade[87] ou seu arbítrio[88]. Eles também estudaram as estruturas das normas e a localização da discricionariedade na mesma e individuaram que todas as normas possuem duas partes: a hipótese (*Tatbestand*) e as consequências (*Rechtsfolge*). Hoje em dia, já se assinala uma terceira parte, que conecta as duas mencionadas[89]. A maior parte da doutrina afirma que a discricionariedade só existia na conexão e nas consequências. É por isso que asseveram que existem dois tipos de discricionariedade: uma quando a norma outorga ao agente competente a possibilidade para atuar ou não atuar, ou seja, aplicar ou não uma das consequências da norma (discricionariedade de atuação – *Handlungsermessen*); outra quando o agente pode eleger entre uma das várias opções que a norma lhe concede (discricionariedade de eleição – *Entscheidungsermessen*)[90]. Também estudaram a distinção entre *"conceitos jurídicos indeterminados"* e discricionariedade. Desde a década de 1950, analisa-se a questão de uma margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) existente na zona de incerteza (ou

---

[87] TEZNER, Friedrich. Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzustandigkeit der Verwaltungsgerichte. [S.l.]: [s. n.], 1888.

[88] KRAIS, Wilhelm. Rath des königlichen Verwaltungsgerichtshofes: Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsgerichtssachen betreffend. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1889.

[89] WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste gulbenkian, 2006.

[90] JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

auréola conceitual) dos *"conceitos jurídicos indeterminados"*[91]. Também, pode-se dizer que é mérito da doutrina alemã a criação da teoria da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null* o *Ermessensschrumpfung*). Esta teoria afirma que a margem de liberdade em uma norma abstrata é quase sempre maior que a mesma margem em uma situação concreta. Aplicando-se todos os limites da discricionariedade, poder-se-ia reduzir as opções/alternativas a um ponto em que apenas uma opção válida permanecesse. Quando isso sucede, os Tribunais não apenas poderiam anular sua aplicação ilegal, como também substituir a decisão administrativa tomada[92].

Os franceses, depois de *"criarem"* um amplo conceito de discricionariedade como liberdade diante dos Tribunais e do Legislativo, passaram por um longo processo de estreitamente do conceito que chega até hoje. O primeiro passo foi substituir a citada *"zona de matérias discricionais"* pelo conceito de *"ato discricional"*[93]. Tal ato possuía como único limite os direitos adquiridos, os quais se constituíam no único que se deveria respeitar. A Administração apenas estava limitada por tais direitos,

---

[91] WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. München: Beck, 1955, p. 194 e 195; BACHOF, Wolf. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.Tübungen, Mohr (Siebeck) 1966-7, v. I, p. 231 e 232, v. II, p. 262.

[92] MARTENS, Wolfgang. Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. JuS - Juristische Schulung. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, julio, 1962.

[93] LAFERRIERE, Firmin Julien. Cours de droit public et administratif. Paris: Librairie du Conseil d'État, 1860; DUCROCQ, Theophile Gabriel Auguste. Cours de droit administratif: contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique. Paris: Ernest Thorin, 1881.

portanto, sendo impossível o controle jurisdicional sobre qualquer ato que não vulnerasse os citados direitos. Ao mesmo tempo, para não sofrer um grande corte dos privilégios da Administração, surgiu a chamada *"doutrina da alta polícia"*, onde continuava a Administração totalmente livre para atuar como bem desejasse. Tais atos foram denominados posteriormente como *"atos de governo"*. GABRIEL DUFOUR explica[94]: *"Ce qui fait d'acte de gouvernament, est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société, prise en elle-même ou personifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs et extérieurs, avoués ou cachés, présents ou a venir, voilà l'acte de gouvernement et la mesure de haute police"*.

EDOUARD LAFERRIÈRE[95] formula, como já mencionado, duas categorias de atos administrativos: os de autoridade ou de poder e os de gestão. Também existiu quem fizesse a distinção entre atos de alta administração e atos de governo[96]. Assim, esse estudioso[97] criou uma célebre distinção que consistiu em diferenciar o administrar e o governar: *"Administrer, c'est assurer l'application journalière des loie, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la politique tout entière, veiller à l'observation de la constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs public, aux rapports de l'Etat avec les puissances étrangères, à la sécurité*

---

[94] DUFOUR, Gabriel. Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité. Paris: Cotillon, 1854-1857, p. 127.

[95] LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Paris: Berger-Levrault, 1887.

[96] RENAULT, Jules. Des Actes discrétionnaires. Paris: A. Pedone, 1899, p. 63 e ss.

[97] LAFERRIÈRE, Edouard. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 1896, T. II, p. 32 e 33.

intérieure et extérieure". No entanto o grande passo da doutrina francesa foi quando esta começou a realizar um controle do vício de incompetência e da forma, e mais ainda quando houve o controle com base em um excesso e no desvio de poder, que foi expressamente consagrado no art. 8 da *Loi du 23 mai* 1872[98]. A progressiva ampliação da noção de *légalité* serviu a incrementar de forma crescente a extensão do controle judicial. Sendo assim, a evolução da teoria do poder discricional segue passo a passo a evolução do debate sobre a *légalité*. É a contraposição entre a noção de *légalité* e *opportunité* que corresponde à diferença entre *compétence liée* e *pouvoir discrétionnaire*. As noções de *opportunité* e *pouvoir discrétionnaire* são vista, na doutrina francesa, como termos absolutamente fungíveis, no sentido de que o exercício do poder discricional comporta sempre uma valoração da oportunidade. LEON DUGUIT[99] sugeriu uma noção de *"legalité pure"*, fundada na premissa do direito objetivo e na unicidade da solução proporcionada ao problema administrativo em presença de certos fatos contemplados na previsão da norma. Além disso, a doutrina passou a entender que a discricionariedade não era o fenômeno de um determinado tipo de ato para passar a ser uma questão de fronteira entre competência vinculada e

---

[98] SERRIGNY, Denis. Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil. Paris: A. Durand, 1865, p. 35; DUCROCQ, Theophile Gabriel Auguste. Cours de droit administratif: contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique. Paris: Ernest Thorin, 1881, p. 252: *"les actes d'administration pure tenant au pouvoir discrétionnaire n'echappent pas entièrement au contrôle du conseil d'Etat, anquel ils penvent toujours être déférés pour incompétence et excès de pouvoir"*.

[99] DUGUIT, Leon. Les transformations du Droit public. Paris: A. Colin, 1913.; DUGUIT, Leon. Traitè de droit constitutionnel. Paris: Boccard, 1911, tomo I.

discricionariedade[100]. Desse modo, ROGER BONNARD[101] entendia que *"dans tout acte, on peut trouver un certain pouvoir discrétionnaire"*. E, por isso, procedeu a individualização do núcleo do poder discricional, como limite ao controle judicial, na enunciação que a norma atributiva do poder logra do pressuposto de fato e de direito que condiciona a adoção do procedimento e sobre a base do qual a Administração exercita sua própria competência. Em particular, pregava-se que, quando o legislador não enuncia o motivo, ou o enuncia de maneira vaga, teria um poder discricional, sendo seu exercício incontrolável[102].

Os italianos faziam uma distinção entre a discricionariedade pura (nos mesmos termos que a doutrina alemã e francesa) e a discricionariedade técnica. Conquanto os austríacos já tivessem tratado da discricionariedade técnica[103], cabe atribuir à doutrina italiana seu desenvolvimento. Para alguns, trata-se de um poder livre; para outros, de um poder vinculado que não é susceptível de ser controlado pelos Tribunais; também, há quem

---

[100] MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. Revue générale d'administration, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.

[101] BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. Revue un droit public ct de la science pointique en France et à l'étranger, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923.

[102] PAOLANTONIO, Nino. Potere discrezionale e sindicato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese. In: AA. VV. La discrezionalità amministrativa: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997.

[103] BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

defenda como um poder vinculado, o qual deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente; e ainda, quem pense que sua natureza varia segundo o caso. Basicamente, pode-se dizer que a doutrina italiana sobre discricionariedade se divide em duas correntes, uma capitaneada por MASSIMO SEVERO GIANNINI[104] e outra por COSTANTINO MORTATI[105]. O primeiro concebe como interesse público primário aqueles interesses que resultam diretamente de uma autoridade administrativa competente e interesse público secundário todos os restantes interesses, públicos ou privados, a respeito dos quais uma autoridade administrativa deva ponderar no tocante aos efeitos de tomar uma decisão. Segundo o autor, a discricionariedade consiste na ponderação comparativa de vários interesses secundários com a finalidade de privilegiar um, entre eles, a fim de satisfazer um interesse primário. Para COSTANTINO MORTATI, os pressupostos da discricionariedade são o caráter funcional do poder e a inexistência ou o inacabamento dos preceitos normativos relativos aos comportamentos a adotar para satisfazer nos casos concretos o interesse em atenção ao qual o poder é conferido. Sempre que a norma deixa incompleto um elemento da *"fattispecie"* e o preenchimento deva ser levado a cabo mediante um juízo de correlação entre as exigências consideradas pelo legislador, na formação da norma e a situação concreta, o intérprete deverá elaborar uma regra para o caso concreto perante a conjunção de uma série de pressuposições normativas em parte fortalecidas por lei e em parte pelo sistema de conhecimento extrajurídico,

---

[104] GIANNINI, Massimo Severo. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939, p. 480 e ss.

[105] MORTATI, Costantino. Discrezionalità. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. Novissimo digesto italiano. Torino: UTET, 1958-1961, tomo V, p. 1102 e ss.

assumindo, estes, caráter jurídico ao servir para qualificar a relação. São fundamentalmente duas as direções em que se desenvolveu a doutrina italiana no que diz respeito à discricionariedade. Por um lado, procura esclarecer o procedimento lógico por meio do qual deverá a Administração chegar à formulação do ato discricionário. Por outro, tenta caracterizar a essência da discricionariedade por meio da definição do(s) elemento(s) que dá corpo ao momento valorativo[106].

Os espanhóis, apesar de não terem ganhado notoriedade como os anteriores por seus estudos sobre a discricionariedade, também, dedicaram muita atenção ao tema. Assim como nos demais países, nas discussões sobre a competência dos Tribunais contencioso-administrativos, começaram a diferenciar entre atuação discricionária e vinculada por meio do sistema de lista. A respeito, SANTOS ALFARO Y LAFUENTE[107] se afastou do sistema de lista e inferia que a Administração, quando atua como tal, poderia exercer duas classes de autoridade: o poder de mando, que é discricional, livre de forma absoluta, e o poder de aplicar as disposições legais, que é a esfera em que a Administração está submetida à lei, vinculada por esta. No primeiro caso, poderia ter um duplo caráter, discricional, por natureza, submetida apenas às regras de justiça e equidade e presidida por critérios de retidão e imparcialidade; e discricional pelas circunstâncias, que apareceria frente a direitos particulares dos que têm de prescindir em um caso concreto. Esta última atividade estaria isenta de todo controle judicial, enquanto que a

---

[106] CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 168 e ss.

[107] ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881, p. 60 e ss.

atividade vinculada não o estaria. Esse foi o ponto de partida para todos os demais estudos na Espanha[108]. É nessa contraposição de poderes de mando *versus* poderes de aplicar a lei que se fundamentará a natureza da jurisdição contencioso-administrativa. Com base nos conceitos de poder discricional e vinculado, articula-se e compreende o que é a jurisdição contencioso-administrativa. Tanto é assim, que, em 1888, a chamada Lei para o Exercício da Jurisdição Contencioso-administrativa, de 13 de setembro (também conhecida como Lei Santamaría de Paredes), utiliza a dicotomia discricional-vinculado (como caráter geral sem empregar um sistema de lista) para determinar a procedência do recurso contencioso-administrativo. Essa legislação conformou a premissa de que a discricionariedade é a regra geral e a atividade vinculada a exceções, onde a primeira se caracterizava como um conceito negativo-formal, ao que se chegava por oposição ao vinculado e que, por conseguinte, via subtraída a competência do recurso contencioso-administrativo. No princípio do século XX, na Espanha, se existisse um direito subjetivo, ou seja, uma norma anterior estabelecendo um direito a favor do particular, não existiria discricionariedade. Esta somente existiria quando não houvesse direito subjetivo. Além disso, também se abordou, na Espanha, o tema dos atos de governo, designados como *"cuestiones pertenecientes al orden político o de gobierno"*; os conceitos jurídicos indeterminados que deixavam ao próprio juízo da Administração, sem sujeição a regras, a apreciação do conceito; a redução da discricionariedade por meio dos vícios de forma e incompetência, do abuso e desvio ou

---

[108] GALLOSTRA Y FRAU, José. Lo contencioso-administrativo. Madrid: Imprenta y Fundición de M. Tello, 1881, p. 125 e SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España. Madrid: Ricardo Fé, 1883, p. 841 e ss.

excesso de poder[109]. Com a Lei Jurisdicional de 1956, finalmente, o tema da discricionariedade ganhou, na Espanha, uma conceituação nova e abriu-se a possibilidade de um maior e mais genuíno controle da mesma, então, passando a discricionariedade a ser realmente fiscalizável apenas dos esforços jurisprudenciais e deixando de constituir uma fonte de imunidade judicial para a Administração. Podendo, desde a promulgação da tal lei, ser improcedente, mas não inadmissível as pretensões de anulação.

4.2 Delegação legislativa e integração administrativa

O Estado intervencionista confirma o fato de que a discricionariedade é uma característica necessária da Administração, que para administrar bem é necessária certa liberdade[110]. Além disso, assenta-se a ideia de que a discricionariedade apenas poderá existir se essa decorre da

---

[109] GUAITA MARTORELL, Aurelio. Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español. Revista del Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, n. 4, p. 74, jan-jun, 1955; MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo. Notas sobre la potestad discrecional de la administración. Huesca: V. Campo y Cía., 1929.

[110] MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. Revue générale d'administration, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924. Para este último, a discricionariedade é característica da Administração por duas ordens de razão: por um lado, devido à dificuldade que o legislador tem de fazer leis capazes de prever e de adaptar-se às inumeráveis situações sociais; por outro, em razão da necessidade de deixar a Administração suficientemente livre, de modo que ela possa reconhecer as situações técnicas e gerais e decidir sobre as mesmas, tomando as medidas necessárias para assegurar o funcionamento dos serviços públicos e a execução das leis.

vontade do legislador[111], no entanto questiona-se quando a atribui ao legislador. Foi, então, que se reconheceu a existência de uma *"discricionariedade"* implícita nos conceitos indeterminados. Chegou-se a presumir que o emprego desses conceitos corresponderia à manifestação da vontade de atribuir a discricionariedade[112]. Também se pensou que a discricionariedade derivava de um poder discricional inerente a qualquer ato que, ao final das contas, consistia em um poder de apreciação da oportunidade das medidas administrativas[113].

---

111 MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. Revue un droit public ct de la scienec pointique en France et à l'étranger, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923; FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954; JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964.

112 Assim surgiu a doutrina dos *"conceitos discricionais"* um dos maiores problemas do Direito administrativo, pois até hoje não se resolveu que conceitos indeterminados atribuem discricionariedade e se eles realmente a atribuiem. Tratar-se-á de tal tema mais adiante.

113 DUGUIT, Leon. Les transformations du Droit Public. Paris: A. Colin, 1913, p. 206; JÈZE, Gaston Paul Amédée. Les principes généraux du droit administratif. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914, p. 371; HAURIOU, Maurice; HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933, p. 431; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.

Naquela época, afirmava-se que a discricionariedade era uma questão de oportunidade e não de justiça[114], e que seu núcleo fundamental consistia em uma maior ou menor liberdade de decisão, que era a delimitação individual de um conceito indeterminado, feito sem erro, assim, significando uma liberdade de conteúdo legal e, por conseguinte, limitada[115], mas sempre sujeita ao controle dos chamados vícios da discricionariedade[116]. Logo, definia-se a discricionariedade administrativa como a liberdade de opções. Não há sentido em falar de vinculação a um fim, pois uma solução que não fosse coerente ao fim deixaria de fazer parte do leque de alternativas ou opções válidas.

4.3 Distinção entre discricionariedade em atuar e não atuar e quanto ao modo de atuar

Também houve quem fizesse a distinção entre a discricionariedade em atuar ou não atuar e quanto ao modo

---

114 JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964, p. 29.

115 Ibidem, p. 30-32; MEUCCI, Lorenzo. Instituzioni di diritto amministrativo. Torino: Fratelli Bocca, 1892, p. 144: *"discrezionale, perché spazia ne' confini segnati dalla legge o tracciati da uno scopo";* MICHOUD, Léon. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Paris: LGDJ, 1913; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.

116 FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954, p. 84. Dizia o autor que uma decisão tomada sem qualquer ligação com um limite não é uma decisão discricional.

de atuar[117]. A primeira é a liberdade de tomada de decisão e a segunda a liberdade entre diversas condutas possíveis. Entendia-se que a discricionariedade era limitada pelos deveres funcionais da pessoa que a exercia, a qual deveria sempre atuar de forma justa e de acordo com o Direito, não sendo apenas um direito, mas também uma obrigação[118]. WALTER JELLINEK[119] entendia que a discricionariedade somente podia ser entendida como discricionariedade vinculada, pois o agente que a detivesse deveria atuar de forma vinculada, mas o sentido de atuar de forma vinculada no caso concreto era o que a determinava. Assim, casos idênticos poderiam ser decididos de modos

---

[117] A discricionariedade em atuar ou não (*Entschliessungsermessen*) foi muito bem-tratada por WALTER JELLINEK (JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964) e a discricionariedade de atuar ou omitir-se e discricionariedade quanto ao modo de atuar por ERNST FORSTHOFF (FORSTHOFF, Ernst. Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954), ÉMILE GIRAUD (GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. Revue générale d'administration, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924), MARCEL WALINE (WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930) e ROGER BONNARD (BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. Revue un droit public ct de la scienec pointique en France et à l'étranger, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923).

[118] JELLINEK, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen: Scientia, 1964, p. 96.

[119] Ibidem, p. 30.

distintos, pois diferentes autoridades apresentariam opiniões pessoais distintas. MAURICE e ANDRÉ HAURIOU[120] sustentaram que a moralidade administrativa atuava como um limite da discricionariedade, inclusive entendendo que era uma questão delicada por possuir essa uma natureza extrajurídica.

Em resumo, pode-se entender que o poder discricionário, e não o ato discricional, evolucionou até o ponto de, em meados do século XX, afirmar-se que não havia limites próprios para o exercício desse poder porque dito poder representava a realização da vontade do legislador, que era *"delegada"* à Administração, que necessitava de flexibilidade e dinamismo para realizar uma boa administração. Ademais, entendia-se que somente os elementos vinculados do ato administrativo poderiam e deveriam ser controlados pelo Poder Judicial. O exercício do poder discricionário, isto é, a adoção de uma conduta permitida, enquanto executada por razões de política administrativa, era livre por expressa vontade do legislador, e aquilo que os legislados concederam não poderia o Tribunal retirá-lo ou limitá-lo. Daí que se entende que o exercício do poder discricional não estava sujeito à fundamentação nem a qualquer tipo de limites. Tudo que a doutrina denominava limite estava situado em uma fase prévia ao momento em que tem lugar o exercício de dito poder.

5. Os novos enfrentamentos da discricionariedade e o chamado Estado pós-moderno

Ambos os modelos intervencionistas (Estado social/intervencionista e Estado do bem-estar) entraram

---

[120] HAURIOU, Maurice; HAURIOU, André. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933, p. 456.

em crise na segunda metade do século XX, pois, como explica Sabino Cassese[121]: "*Se nos anos 30 estava difusa a idéia da falência do mercado, nos anos 60 se difunde a idéia da falência do Estado como regedor da economia*". Diante dessa dupla falência, não se teve alternativa a não ser partir para a reformulação dos dois modelos intervencionistas e, reivindicando então seus protagonismos, desenvolveu-se um modelo misto temperando a organização e a disciplina, até então atingida pelo Estado, com as potencialidades inesgotáveis de criatividade própria das sociedades livres. Hodiernamente, busca-se um Estado eficiente, com menos custos e melhores resultados. Tendo-se em conta as transformações que se está vivendo, pode-se afirmar que o aparato do Estado tende a perder sua histórica configuração piramidal para adotar o modelo reticular da pós-modernidade.

Para JUAN DE LA CRUZ FERRER[122], a queda dos Estados comunistas, a crise do Estado do bem-estar e a globalização da economia provocaram uma crise do modelo de intervenção do Estado na economia e na sociedade que obrigou a redefinir o papel e as funções do Estado para adaptá-los às novas exigências e circunstâncias. Aqui o autor se refere ao Estado pós-moderno. Crê-se que tal Estado surgiu pela ineficiência crônica dos serviços públicos, pois o Estado-providência, que buscava conciliar racionalismo e democracia, acabou por transformar o cidadão em pessoa acomodada e passiva. E isso até o ponto de permitir que suas empresas estatais (afinal, eram empresas do povo), que prestavam serviços e ofereciam bens abundantes e baratos atuando à margem do mercado, se contaminassem pela burocracia e pela inércia, buscando

---

[121] CASSESE, Sabino. La nuova costituzione economica. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997, p. 124.

[122] FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 37.

finalidades corporativas próprias e perdendo lentamente a pouca eficiência que possuíam.

Este Estado moderno chega à marca do desperdício e quanto maior era seu aparelho burocrático e sua centralização, menos era o controle a que deveria estar submetido. Ou seja, era um Estado com um custo excessivo de funcionamento, que exercia o controle dos gastos públicos apenas formalmente, consistindo na mera satisfação do procedimento financeiro-orçamentário, sem que importassem os aspectos substantivos, como a economicidade e a legitimidade.

Hoje, almeja-se eficiência, não basta a eficácia, e mais, demanda-se por uma subsidiariedade, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade, sendo esta desejável, sempre que possível. Tal processo se agravou com o endividamento público intolerável, a inflação perversa e irredutível, o belicismo dos governos com suas corridas armamentistas, o peso crescente dos tributos ao ponto de se falar sobre uma voracidade fiscal do Estado e corrupção endémica, além do nepotismo.

Assim, entende-se que as características gerais da nova configuração contemporânea, que vêm sendo identificadas por Estado pós-moderno[123], apresentam, em sua concepção, uma reformulação do aparato estatal que abrange, em si, distintas gamas de Estados unidas em quatro segmentos: um primeiro segmento que diz respeito ao fortalecimento de laços de interdependência, havendo-se o Estado enquadrado, o Estado competência e o Estado englobado; um segundo segmento que trata da redefinição das funções estatais, em que se tem o Estado garantia, o

---

[123] CHEVALIER, Jacques. L´État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003 e COOPER, Robert. The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century. London: Atlantic Books, 2003.

Estado regulador e o Estado protetor; um terceiro segmento relativo às atenuações ou mitigações das especificidades estatais, sinalizam ao Estado desmitificado, o Estado banalizado e o Estado reformado; e, por fim, um quarto segmento que é concernente à fragmentação da estrutura estatal, configurando-se o Estado policêntrico, o Estado territorial e o Estado segmentado.

Essa nova percepção de Estado, ou seja, de um Estado pós-moderno que se encontra envolvido em um tripé juspolítico, que se caracteriza pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo, que possibilita a positivação das garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e regras, a concessão de uma força vinculante/eficaz própria aos princípios, elevando-os ao patamar de uma categoria normativa autônoma, dotada de um sistema de eficácia própria; pela nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico, que deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, permanecendo com o legislador infraconstitucional a tarefa de especificá-lo; e pelo novo Estado/Estado de Justiça Democrático de Direito, que submeteu uma organização política, simultaneamente, à lei, ao interesse social prevalecente e à moral.

Nesse modelo, a discricionariedade passa a não ser tão somente limitada pela lei, mas também pelo Direito, por valores unanimemente aceitos e por valores morais, ou seja, pelos interesses públicos, enfim, por todos os valores consagrados pelas Constituições[124]. Passa, não apenas a

---

[124] Destaca-se, também, a mudança na função da lei, pois não é apenas *constitutio*, mas também *actio*; não é somente o mecanismo por excelência de garantia da liberdade e da propriedade, mas também instrumento de direção ou programação da ação administrativa. Por isso, em muitos setores, a lei se limita a estabelecer critérios materiais, princípios, estandardizações e objetivos, por conseguinte, transferindo a decisão de fundo a outros poderes, que deverão criar as regras (gerais ou de caso concreto) aplicáveis (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.

existir uma separação da administração política, que se vale da *"discricionariedade pura"* e que permanece nos órgãos de direção puramente político-partidária, da administração técnica, que se vale predominantemente da chamada *"discricionariedade técnica"* e que, por este motivo, submete-se a órgãos dotados de autonomia funcional e de independência constitucional, assim como permite que existam novas formas e modalidades de *"discricionariedade"*.

MATTHEW DILLER[125] chega a tratar de uma *"new discretion"*. Afirma o autor que os novos paradigmas do direito administrativo, que surgem do processo de reforma do Estado do bem-estar, caracterizam-se por um *"return to discretionary forms of administration and an increase in the power that ground-level administrators wield over benefit recipients"*. Incrementando a autoridade e a discricionariedade dos *"ground-level administrators"* ou *"low-level administrators"*, houve uma reinvenção das funções pessoais dos agentes públicos, principalmente no âmbito da motivação, de guias de conduta e supervisão dos destinatários, sempre promovendo a mensagem da autossuficiência. Essa nova perspectiva da discricionariedade constitui uma importante

---

Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 34). Ou seja, ocorre um esgotamento do positivismo para a abertura de um espaço dedicado aos valores no Direito, introduzindo, nestes, os princípios entendidos não apenas como expressão do núcleo de valor ou de referência doutrinária integrativa, mas como normas dotadas de eficácia própria e vinculativa, aptas a operarem de vários modos seus efeitos.

Não basta, portanto, que o Estado se submeta ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto; é necessário que estas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade. A Lei deixou de ser a única, suprema e racional fonte do Direito.

[125] DILLER, Matthew. The revolution in welfare administration: rules, discretion, and entrepreneurial government. New York University Law Review, New York, v. 75, n. 5, p. 1121-1220, nov. 2000, p. 1129, 1163-1667 e 1172.

reestruturação da relação entre os administradores que têm contato direto com os administrados ou os servidores que atuam na linha de frente e os cidadãos. De acordo com o autor, a imposição de requisitos, exigências e prazos no trabalho, a criação de diversificados programas, o fortalecimento das sanções e a reorganização das funções do pessoal viabilizam uma consequência em comum: aumentar a autoridade e discricionariedade dos agentes públicos. Tal tendência, segundo o autor, pode produzir situações nas quais o agente *"are handed vast amounts of discretionary authority along with the power to enforce their determinations"*. E aduz que *"the new administrative model emerging from the process of welfare reform bestows large amounts of discretionary authority on thousands of workers to make decisions that have major impacts on many lives"*.

Assim, todas essas transformações atuais e a mudança de um Estado moderno para um pós-moderno aumentaram o grau de emprego da discricionariedade administrativa e do que se vem chamando de apreciatividade[126]. Poder-se-ia dizer que se está vivenciando um dos grandes aumentos do uso da discricionariedade depois das revoluções inglesa, americana e, principalmente, francesa. Porém, estas mudanças seriam objeto de outro trabalho.

Conclusões

Fica claro a existência de fases evolutivas e cronologicamente distintas do uso do termo discricionariedade administrativa.

O presente trabalho investigou a origem terminológica de distintas perspectivas da liberdade de atuação administrativa. Sustenta-se que a tomada de decisão

---

[126] Vide: SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 (no prelo).

ou eleição tem origem no termo *arbitrium,* entendido como consciência, vontade, poder ou faculdade realizados de maneira justificada. Mas, quando a tomada de decisão ou eleição é feita pelo Poder Executivo, sua origem deriva da palavra latina *discretĭo*, que conjuga os sentidos de reserva e discernimento. Significa a habilidade de tomar decisões sensíveis e conceder boas sugestões por conta da experiência e do conhecimento que se tem. Ou seja, é fazer um bom juízo relativo aos meios, é a medula da prudência. Conota, portanto, qualidades pessoais como a prudência, a reflexão, a sensatez ou o bom juízo. Originalmente, o termo *arbitrium* não possuía uma conotação pejorativa. Somente com o surgimento do Império Romano o adjetivo *"arbitrarius"* começa a adquirir as conotações de caprichoso, vago ou infundado.

A absorção do arbítrio, no seio da arbitrariedade, inicia e vai madurando lentamente no século XVII para afirmar-se no XVIII e converte-se em uma das bandeiras da ideologia ilustrada que, depois de sua vitória, instalou-se definitivamente no positivismo legal. Utilizou-se a troca como uma manobra para debilitar o Poder Judiciário. A alteração semântica que batizou o proscrito arbitrário com o novo nome de discricionariedade, inicialmente, não levantou suspicácia alguma. Este processo tem propiciado uma confusão bastante generalizada, de tal maneira que o arbítrio (lícito) vem apagando-se ao ser absorvido pela arbitrariedade (ilícita), a tal ponto que, na falta de outro nome mais próprio, o adjetivo arbitrário considera-se derivado de arbitrariedade e não de arbítrio.

Desse modo, com o tempo, discricionariedade tornou-se autonomia para realizar um juízo ou uma decisão, ou melhor, passou a significar uma esfera de autonomia dentro da qual as decisões são, em certa medida, uma questão de critério pessoal de juízo e avaliação.

Este novo significado fez surgir, no século XVIII, a expressão poder discricional (*discretionary power)* no Direito

anglo-saxão, como um poder absoluto, ilimitado ou sem término. Os franceses utilizaram do estudo sobre o "*acte de discrétion anglais*" para reinventar a ideia de liberdade decisória, assim, concedendo mais poder ao Executivo e reequilibrando as funções do Estado. Ao mesmo tempo, negou-se ao juiz qualquer discricionariedade por entender que este era *"la bouche qui prononce les paroles de la loi*", reconhecendo-se, sem exceções, a discricionariedade à Administração.

A discricionariedade administrativa, como teoria, surgiu juntamente com o Estado liberal ou mínimo e era caracterizada como a prerrogativa pela qual seu detentor faz não somente o que a lei expressamente autoriza, senão, também, tudo aquilo que a lei não proibisse, previsse por meio de critérios técnicos, não previsse ou não tenha minuciosamente prescrito. Nessa época, toda atuação discricional e de puro mandamento não poderia ser objeto de recurso contencioso, ou seja, não poderia ter qualquer forma de controle judicial. Era somente reclamável pela via administrativa, ante os superiores hierárquicos. Em suma, o discricional e governativo restavam excluídos do contencioso-administrativo. O problema era saber que atuações emanavam do dito poder discricional da Administração. Em seu momento, chegou-se a estipular um rol de demandas enumerando os casos ou matérias em que não procederia recurso, conhecido como *"sistema de lista"*. Tal método dava à matéria um caráter casuístico e especialmente dificultoso, o que levou, posteriormente, a doutrina a criticar sua aplicação. Deste modo, desde sua aparição como margem de liberdade do Estado, floresceu um movimento para limitar a discricionariedade. O primeiro passo surgiu da diferença entre discricional e vinculado. Após tal diferenciação, a doutrina passou a afirmar que a discricionariedade não se refere à totalidade dos elementos de um ato (ato em bloco), senão somente a

alguns deles. A doutrina seguinte afirmou que só os elementos vinculados poderiam ser fiscalizáveis.

Com o surgimento do modelo de Estado intervencionista (Estado social ou intervencionista e Estado do bem-estar) e do sentido que este deu ao princípio da legalidade, a discricionariedade passou a ser considerada um *"poder"* limitado pela lei, deixando de existir a pretendida esfera de ação em que a Administração atuava livremente. Nos modelos de Estado intervencionista, a ideia da discricionariedade passa a relacionar-se com a norma. Aquela só existe se o ordenamento a atribui. Deriva, portanto, da vontade do legislador. Significa uma liberdade de conteúdo legal e, por conseguinte, limitada. Portanto, sempre, sujeita ao controle dos chamados vícios da discricionariedade. Resumidamente, pode-se entender que o poder discricional, e não o ato discricional, avaliou até o ponto de que, em meados do século XX, afirmava-se que não tinha limites próprios para o exercício desse poder porque representava a realização da vontade do legislador, que era *"delegada"* à Administração que necessitava flexibilidade e dinamismo para melhor realizar a boa administração. Ademais, entendia-se que somente os elementos vinculados do ato administrativo poderiam e deveriam ser controlados pelo Poder Judicial. O exercício do poder discricional, isto é, a adoção de uma conduta permitida, enquanto feita por razões de política administrativa, era livre, por expressa vontade do legislador, e aquele que o legislador teria concedido não poderia o Tribunal retirá-lo ou limitá-lo. Daí que se entendia que o exercício do poder discricional não estava sujeito à fundamentação nem a qualquer tipo de limites. Tudo o que a doutrina denomina limite estava situado em uma fase prévia ao momento em que teve lugar o exercício do mesmo.

Na hodiernidade, frente à quebra do Estado intervencionista (social ou intervencionista e do bem-estar)

e tendo em conta todas as transformações que ocorrem, afirma-se que o aparato do Estado perdeu sua histórica configuração para adotar um modelo pós-moderno, no qual a subjetividade ou autonomia pública do Poder Executivo, ao exercer sua função administrativa, está sendo posta em xeque, e isto por conta das velozes e contínuas mudanças do Direito Administrativo, resultado natural das transformações geopolíticas, políticas e econômicas do mundo contemporâneo. Nesse modelo, a doutrina passa a realizar uma elaboração pormenorizada do conceito de discricionariedade administrativa até o ponto de mencionar uma *"new discretion"*. Em realidade, esta nova etapa se caracteriza por um retorno às formas clássicas de manifestação de liberdade administrativa e um incremento dos poderes, faculdades ou prerrogativas dos servidores que atuam em linha de frente ou que tinham contato direto com os cidadãos. Ademais, a discricionariedade não só está limitada pela lei, senão também pelo Direito, por valores consensualmente aceitos e por valores morais, em suma, pelos interesses públicos genéricos e específicos, em fim, por todos os valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

Neste novo modelo de Estado, cada uma dessas atribuições (poderes, faculdades ou prerrogativas) da Administração possui uma margem de subjetividade ou autonomia pública oriunda de toda e qualquer forma de atuação. Nessa perspectiva, pode-se relacionar cada um dos poderes da Administração (normativa ou regulamentar; de organização - direção e hierarquia; de ordenação, limitação ou de polícia; e regulatória) uma característica de subjetividade/autonomia. Por exemplo, a fidelidade normativa, a moderação organizativa, a ponderação policial e a reflexividade regulatória. Não se podem confundir tais características com as formas de atribuição da subjetividade/autonomia. Logo, não se admite sustentar uma dessas características como uma modalidade de

atribuição de subjetividade/autonomia. São, somente, características que, talvez, funcionem como forma de limitação, mas jamais como forma de atribuição de subjetividade/autonomia.

Uma vez armados de tais poderes, exercem as Administrações Públicas distintas e múltiplas funções que dificultam quaisquer tentativas de tipificação e classificação que ensaiem um quadro sistemático, abstrato e completo. Assumindo a classificação geral das múltiplas funções da Administração Pública se visualizaram as atividades de: ordenação, limitação ou de polícia; a prestacional ou de serviço público; e a de promoção, estímulo, orientação ou fomento. Para executar tais funções as Administrações utilizam distintos meios para manifestar sua vontade, diferentes *modus operandi* de cumprir seus fins, configurando-se como as formas de atuação das Administrações, que são: os atos administrativos unilaterais, bilaterais ou multilaterais; a coação administrativa; e a atividade técnica ou material-administrativa.

Conclui-se o trabalho afirmando que, em qualquer dessas formas de atuação administrativa, estará a Administração utilizando alguma das manifestações de subjetividade ou autonomia pública (vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou margem de livre apreciação). Cada uma dessas formas adquire enorme relevância em sede da subjetividade ou autonomia pública. Afinal, suas características e diferenças são enormes, interessando, pois, precisar juridicamente o alcance e definição da faculdade em cada uma delas. Sendo assim, tais opções valorativas dependem, essencialmente, da forma de atuação da Administração.

Referências

AA. VV. *The Gentleman's and London Magazine*: Or Monthly Chronologer, 1741-1794. Dublin: J. Exshaw., 1766.

ALCÁNTARA PÉREZ, Antonio; MORALES Y SERRANO, Juan. *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos*. Madrid: J. E. Morete, 1866.

ALFARO Y LAFUENTE, Santos. Demandas improcedentes por haber obrado el gobierno en uso de sus facultades discrecionales. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Ano 14, t.30/31, 1867.

_____. *Lo contencioso-administrativo, su materia, sus tribunales, sus procedimientos*. Madrid: Librería universal de Córdoba, 1881.

AN ATTORNEY AT LAW. *The Student's Law-dictionary*: Or, Compleat English Law-expositor. Savoy: E. and R. Nutt for J. Hodges, 1740.

ARRAZOLA, Lorenzo. *Enciclopedia española de derecho y administración o nuevo Teatro Universal de la legislación de España e Indias*. Madrid: Antonio Rius y Rossell, 1860, Tomo XI.

AUCOC, Léon. *Conférences sur l'administration et le droit administratif*. 2. ed. Paris: Dunod, 1878, tomo I.

AZZARITI, Gaetano. *Della discrezionalità al potere*. Padova: Cedam, 1989.

BELLAMY, Daniel. *A new, complete, and universal English dictionary* [by J. Marchant and - Gordon]. To which is prefixed, a new compendious grammar of the English language. London: J. Fuller, 1764.

BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien: Manz, 1886.

BERTETTI, Michele. *Il contenzioso amministrativo in Italia: o, L'amministrazione e la giustizia secondo la Legge 20 marzo 1865*. Torino: L'autore, 1865.

BERTIN, Jean-Louis-Henri. *Du pouvoir discrétionnaire du président du tribunal*. Ordonnances sur requête. Paris, Plon, 1866.

BONNARD, Roger. Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. *Revue un droit public ct de la science pointique en France et à l'étranger*, Paris, Ano 29, t. 40, n. 3, p. 363-392, juillet-septembre, 1923.

BONNIER, Édouard Louis Joseph. *Trattato teorico e pratico delle pruove in dritto civile e in dritto criminale*. Palermo: Presso Decio Sandron, 1853.

CALVER; Edward. *Passion and Discretion, in Youth and Age*. London: T. & R. Cotes, for Francis Grove, 1641.

CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.

CASTRO, José Antônio de Magalhães. *Poder discricionario do juiz de direito, presidente do jury*. Rio de Janeiro: Perseverança, 1878.

CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano 3, n. 7, p. 51-104, ene-abr, 1952.

COLMEIRO, Manuel. *Derecho administrativo español*. Madrid y Santiago: Libr. de Angel Calleja, 1850.

COOPER, Robert. *The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century*. London: Atlantic Books, 2003.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987).

COS-GAYÓN, Fernando; CÁNOVAS DEL CASTILLO, Emilio. *Diccionario manual de derecho administrativo español para uso de los funcionarios dependientes de los ministerios de Gobernación y Fomento y de los alcaldes y ayuntamientos*. Madrid: herederos de Vallejo, 1860.

DELBARE, François-Thomas. *Histoire des deux chambres de Buonaparte, depuis le 3 juin jusqu'au 7 juillet 1815: contenant de détail exact de leurs séances, avec des observations sur les mesures proposées et les opinions émises pendant la durée de la session*. Paris: Gide, Egron, 1817.

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

DILLER, Matthew. The revolution in welfare administration: rules, discretion, and entrepreneurial government. *New York University Law Review*, New York, v. 75, n. 5, p. 1121-1220, nov. 2000.

DOMAT, Jean. *Oeuvres complètes de J. Domat*. Paris: Alex-Gobelet, 1835.

DUCROCQ, Theophile Gabriel Auguste. *Cours de droit administratif: contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique*. Paris: Ernest Thorin, 1881.

DUFOUR, Gabriel. *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité*. Paris: Cotillon, 1854-1857.

DUGUIT, Leon. *Les transformations du Droit public*. Paris: A. Colin, 1913.

_____. *Traitè de droit constitutionnel*. Paris: Boccard, 1911, tomo I.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 80, p. 577-612, oct-dic, 1993, p. 587 e 588.

FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.

FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Erster Band: Allgemeiner Teil. Mit Sach- und Personenregister. München, Beck, 1954.

FOUCART, Émile Masseux Victor. *Éléments de droit public et administratif*. Paris: Videcoq pére et fils, 1843.

FOX, Charles James et al. *Recueil de discours prononcés au parlement d'Angleterre*. Paris: Le Normant, 1819.

FRANCE ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE (1789-1791). *Procès-verbal de l'Assemblée nationale*. Paris: Chez Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, 1790, v. 37 (Nov. 22-27, 1790).

FULLER, Francis. *Words to give to the young-man knowledge and discretion*. London: J.P. for Obed Smith, 1685.

GALDI, Marco. *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*. Napoli: Liguori, 1996.

GALE, Thomson. *The discretionary power of the crown*. London: William Ridgway, 1871.

GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon press, 1990.

GALLOSTRA Y FRAU, José. *Lo contencioso-administrativo*. Madrid: Imprenta y Fundición de M. Tello, 1881.

GARCÍA GOYENA, Florencio; AGUIRRE, Joaquín; MONTALBAN, Juan Manuel. *Febrero, o Libreria de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*. Madrid: I. Boix, 1852.

GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*. Milano: Giuffrè, 1939.

GIRAUD, Émile. Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. *Revue générale d'administration*, Paris, v. 46, p. 193-212, 298-320, 1924.

GONZÁLEZ SARAVIA, Antonio. *La administración pública: o curso de derecho administrativo*. Guatemala: "La Unión", 1888.

GRANADO HIJELMO, Ignacio. La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. In: AA. VV. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1996.

GREAT BRITAIN PARLIAMENT. HOUSE OF COMMONS. *Report from the committee appointed to examine into the usage of either House of Parliament, to interpose touching the exercise, or non-exercise, of discretionary powers vested in the servants of the Crown... for public purposes*. London: National Print, 1784.

GREAT BRITAIN PARLIAMENT. HOUSE OF LORDS. *A Genuine and Complete Collection of All the Protests Made in the House of Lords, Against Things Suppos'd Injurious to the Publick*. From their Original in the year 1641, to the present time. Edinburgh: Publicado por Printed for the company, 1748.

GREAT BRITAIN. *The Political state of Great Britain*. London: John Baker, 1715.

GROETHUYSEN, Bernard. *Philosophie de la Révolution française*. Paris: Gonthier, 1956.

GUAITA MARTORELL, Aurelio. Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español. *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, n. 4, p. 74, jan-jun, 1955.

GUEROLA, Antonio. *Estudios de administración práctica*. Madrid: Diaz y Lopez, 1868.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedad e reflexividade: uma nova teoría sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HATTON; Frederick. *Years of Discretion*. New York: Dodd, Mead and Company, 1913.

HAURIOU, Maurice; HAURIOU, André. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1933.

HOBBES, Thomas. *Leviathan*: Or, The Matter, Forme & Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil. London: University Press, 1651, parte II, capítulo XXI, item 18.

JACOB, Giles. *A new appendix to The modern justice*: containing continuations of statutes relating to justices of peace to the year 1722 and the end of the last Parliament. Savoy: E. and R. Nutt, and R. Gosling, 1722.

JELLINEK, Walter. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen, Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung*. Tübingen: Scientia, 1964.

JÈZE, Gaston Paul Amédée. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914.

JULLIEN, Marc-Antoine. PROGRAMME du Cours de Droit public positif et administratif à la Faculté de Droit de Paris pour tannée 1819 1820 par M le baron de GÉUANDO. *Revue encyclopédique: liberté, égalité, association*, Paris, t. 6, 1820.

KRAIS, Wilhelm. *Rath des königlichen Verwaltungsgerichtshofes*: Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsgerichtssachen betreffend. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1889.

LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1887.

_____. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. 2. ed. Paris: Berger-Levrault, 1896, T. II.

LAFERRIERE, Firmin Julien. *Cours de droit public et administratif*. Paris: Librairie du Conseil d'État, 1860.

LAUN, Rudolf von. *Das freie ermessen und seine grenzen*. Leipzig: franz Deuticke, 1910.

LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional administrativo*: arbitrio administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821 – 1º edición de 1690.

LODOVICI, Jean. *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*. Lille: Douriez-Bataille, 1937.

MACHIAVELLI, Nicolò. *Il Principe*. Florence: Antonio Blando d'Asola, 1532, CAPITOLO XXI Come si debba governare un Principe per acquistarsi riputazione.

MANDLIK, Vishwanath Narayan. *Law versus discretion: remarks on the Bombay revenue bill*. Bombay [India]: Printed at the "Bombay Gazette" Steam Press, 1874.

MANZONI, Alessandro. *Opere complete di Alessandro Manzoni*. Parigi: Baudry, 1843.

MARÍA MORILLA, José. *Tratado de derecho administrativo español*. Madrid: viuda de Barcina y Comp., 1865.

MARTENS, Wolfgang. Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. *JuS - Juristische Schulung*. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, julio, 1962.

MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo. *Notas sobre la potestad discrecional de la administración*. Huesca: V. Campo y Cía., 1929.

MAYER, Georg. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*. 3. ed. Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.

MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium: un aspetto sistemarico deglo ordinamenti giuridici in età di Diritto comune*. Milano: Giuffre, 1998.

MELLADO, Francisco de Paula. *Enciclopedia moderna*, Diccionario Universal de Literatura, Ciencias, Artes, Agricultura, Industria y Comercio. Madrid: Santa Teresa, 1853, tomo XXV.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004.

MEUCCI, Lorenzo. *Instituzioni di diritto amministrativo*. Torino: Fratelli Bocca, 1892.

MICHOUD, Léon. *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*. Paris: LGDJ, 1913.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. *De l'esprit des lois*. Paris: Didot, 1803.

MORTATI, Costantino. Discrezionalità. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1958-1961, tomo V.

MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.

OLIVÁN, Alejandro. *De la administración pública con relación a España*. Madrid: [s.n.], 1843.

PANIGO, Luis A. *Los fundamentos del derecho político argentino en el acta del 25 de mayo de 1810*. Instituto Amigos del Libro Argentino, 1810.

PAOLANTONIO, Nino. Potere discrezionale e sindicato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese. In: AA. VV. *La discrezionalità amministrativa*: profili comparati (atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995). Milano: Giuffrè, 1997.

PAUL DUPONT (DUPONT, Paul. *Le dictionnaire de l'Académie françoise, dédié au Roy*. Paris: Veuve de J. B. Coignard & J. B. Coignard, 1694.

PELÁEZ DEL POZO, Julián. *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*: Con un diccionario de casos de competencia y un prontuario de la legislación administrativa. Madrid: D. B. Gonzalez, 1849.

PLATO. *Laws*. Translated by Benjamin Jowett. Kila, Mont.: Kessinger, 2004, Book VII e XI. Persons of the dialogue: an Athenian stranger; Cleinias, a Cretan; Megillus, a Lacedaemonian.

_____. *The republic*. Translated by Paul Shorey. London: Heinemann; Cambridge: Harvard University Press, 1946 – circa de 395 a.C. al 370 a.C., Book I - Of Wealth, Justice, Moderation, and their Opposites.

_____. *The Seventh Letter*. Translated by J. Harward. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993 – circa de 388 a.C.

PRUDHOMME, Louis Marie. *Révolutions de Paris*: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins. Paris: P. de Lormel, 1790.

RAPISARDI, Emanuele. *Il potere discrezionale: secondo il Codice di procedura penale italiano, e secondo la giurisprudenza delle Corti di cassazione del Regno d'Italia*. Firenze: Fratelli Bocca, 1886.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. Recife: Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.

RENAULT, Jules. *Des Actes discrétionnaires*. Paris: A. Pedone, 1899.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866.

ROMAGNOSI, Giandomenico; GIORGI, Alessandro De. *Opere (scienza delle costituzioni)*. Milano: Perelli e Mariani, 1848.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social, ou, Principes du droit politique*. Lyon: Amable le Roy, 1792.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. *Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*. Madrid: Ricardo Fé, 1883.

SERRIGNY, Denis. *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*. Paris: A. Durand, 1865.

SMITH, Adam. *Wealth of Nations*. London: W. Strahan and T. Cadell, 1776.

SMITH, William. *The Nature and Institution of Government*: Containing an Account of the Feudal and English Policy. London: Printed for the author; and sold by W. Owen, 1771.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Los poderes del juez, la Ley y la reforma del contencioso. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano XLI, n. 124, p. 65-94, ene./abr., 1991.

SOUSA, Antonio Francisco de. *A Discricionariedade Administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

STAHL, Friedrich Julius. *Die Philosophie des Rechts*. Leipzig: J.C.B. Mohr, 1833, v. 2, parte 2.

TENISON, Thomas. *A sermon concerning discretion ... April VI, MDCLXXXI*. 2. ed. London: London Chiswell, 1688.

TEZNER, Friedrich. *Zur lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzustandigkeit der Verwaltungsgerichte*. [S.l.]: [s.n.], 1888.

VIVIEN, Alexandre François Auguste. *Études administratives*. Paris: Guillaumin et cie, 1852.

WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, et sa limitation par le contrôle juridictionnel. *Revue un droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, Ano 37, t. 47, p. 197-223, 1930.

WHITING, William. *War Powers Under the Constitution of the United States*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1864.

WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo* (Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch). Lisboa: Fundação Calouste gulbenkian, 2006.

_____; _____; _____. *Verwaltungsrecht Band 1:* ein Studienbuch. München: Beck, 1955.

REVISITANDO O DOGMA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: A TENSÃO INSTAURADA ENTRE OS PODERES PARA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

*Têmis Limberger**

Introdução

O jusfilósofo Noberto Bobbio, afirmou que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais de fundamentá-los, e sim de protegê-los. Trata-se de um problema político e não filosófico. Desde então, o professor italiano, não teve razões para mudar de ideia[1]. Dentro desta perspectiva, quando se comemoram 26 anos da promulgação da Constituição Cidadã, a questão principal não é mais a

---

*Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, Mestra e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul UFRGS, professora do Programa de Pós-graduação em Direito UNISINOS, procuradora de Justiça do Ministério Público do RS. Trata-se de artigo inicialmente publicado no Anuário da Unisinos nº 8 e na Revista Interesse Público v. 76 e que, agora, está atualizado com estudos posteriores.

[1] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 24/5. Discurso de abertura pronunciado no Simpósio Internacional dos Direitos do Homem, realizado entre 1º e 03 de dezembro de 1967, em Turim, mencionado no capítulo: Presente e Futuro dos Direitos do Homem.

declaração de novos direitos, mas a busca pela efetividade dos mesmos. Aí se insere o direito à saúde, que por ser um direito social, requer a disponibilidade orçamentária para sua implementação. O direito à saúde teve a sua trajetória de construção nestas duas décadas, em que pese muito ainda ter de ser feito.

No Brasil, devido à falta de planejamento, são despendidas elevadas quantias quando se trata da implementação dos direitos sociais. Ao invés de haver uma atitude de prevenção, gasta-se muito mais na reparação. Pode-se pensar na questão da educação, moradia, segurança, transporte, trabalho, previdência social, lazer, saúde, etc. Todos estes direitos sociais previstos no art. 6º, "caput", da CF se prestam para investigação, mas devido a um corte metodológico necessário, é imprescindível delimitar a questão. Dentro desta perspectiva, dois direitos sociais têm por parte dos poderes públicos as chamadas "verbas carimbadas", no sentido de que o percentual de recursos já se encontra previamente definido são: educação (art. 212, da CF) e saúde (art. 198, § 2º, da CF). O Constitucionalismo moderno acentua a importância das normas programáticas, dentro do Constitucionalismo dirigente. Daí se constata a importância de investimento para estes setores tão prioritários, para que no futuro, o Brasil seja um país sem tantas desigualdades sociais. A relação que se pode estabelecer entre estes dois direitos sociais: educação e saúde, é no sentido de que quanto maior o nível de instrução mais saudável é a população, via de regra. Estudos[2] demonstram que a educação é uma

---

[2] SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, São Paulo: SENAC, 2002, p. 95. Assim, o médico sanitarista escreve: "(...) Sabe-se que a morbimortalidade materna, por exemplo, correlaciona-se inversamente com o grau de educação formal, independente das condições socioeconômicas. Para que o processo educativo em saúde atinja a plenitude de seus objetivos é preciso percorrer várias etapas: a partir de um diálogo com a população, procura-se *informar* as pessoas,

ferramenta importante, quando se está a mencionar algumas problemáticas, tais como: mortalidade infantil, gravidez precoce e número de filhos por núcleo familiar.

O trabalho optou por abordar o direito à saúde. O desafio que se impõe é como fazer com que o direito à saúde não seja um comando meramente programático e se torne efetivo. Diante desse quadro, impõe-se a seguinte indagação: quais as possibilidades e limites do controle judicial, atinente às políticas públicas que visem à implementação do direito à saúde?

Para responder a esta questão, algumas tomadas de posição são necessárias, tais como: por que vigora(ou) no direito administrativo brasileiro o dogma da impossibilidade de revisão dos atos administrativos, que se albergavam sob o manto da discricionariedade administrativa; qual o conceito de política pública;e por fim, quais os critérios adequados para se estabelecer a intervenção do poder judiciário nesta seara.

O trabalho se propõe a uma abordagem das políticas públicas como determinações constitucionais, ou seja, mandatos a serem realizados pelo administrador, sujeitos, portanto, ao controle judicial. Assim, tarefas que são previstas na Constituição e que devem ser realizadas de acordo com a capacidade orçamentária, mas que não se constituem em uma discricionariedade administrativa, não ficando, portanto, imunes à questionamento judicial. Pretende-se, então, revisar o conceito de discricionariedade

---

para que, informadas adotem uma *atitude* positiva, que deve gerar um *comportamento*; esse comportamento, idealmente, deveria ser introjetado sob a forma de *hábito*, ou seja, comportamento automatizado. Disseminado, o hábito evolui para o *costume*, que é um prática generalizada, incorporada à própria cultura" (grifos do autor). *Vide* SZWARCWALD, Célia L. Mortalidade infantil no Brasil: Belíndia ou Bulgária? Cadernos de Saúde Pública, vol. 13, nº3, Rio de Janeiro, 1997. Disponível também em: <http://www.saelosp.org>. Acesso em 11/08/2014.

da administração que foi transposto equivocamente do direito francês ao direito brasileiro e também, a forma de realização dos direitos sociais, aonde a doutrina alemã, não se adapta totalmente à realidade brasileira. Por isso, a necessidade de desenvolver uma teoria, voltada às especificidades de nosso país e comprometida com o direito fundamental à boa administração[3].

Questões vitais garantidas pelos direitos sociais reclamam para sua implementação dispêndios por parte do poder público, que precisa contar com disposições orçamentárias. Assim, o administrador quando concretiza uma política pública encontra no orçamento o limite objetivo da reserva do possível. Da mesma forma, diante da omissão ou precariedade da implementação da política pública, o Poder Judiciário fica também adstrito ao orçamento, mas pode pronunciar-se quando provocado, para efetivar os direitos sociais. Durante muitos anos havia a errônea concepção de discricionariedade administrativa que servia para agasalhar todos os desmandos ou ineficácia do executivo. Sob o manto do ato discricionário não poderia o judiciário se imiscuir na atividade da administração. As ações judiciais interpostas e algumas decisões judiciais indicam que houve uma mudança de posição, é claro que isto não significa suprimir ou substituir a atividade administrativa, mas buscar a efetividade dos direitos sociais.

Da análise das decisões jurisprudenciais proferidas em matéria de políticas públicas, especialmente as que visam à implementação do direito social à saúde, com ênfase à audiência pública nº4 realizada pelo STF, traçar-se-á um perfil dos limites e critérios de atuação do Poder Judiciário, tomando-se como referência temporal a promulgação da atual Constituição Federal. Deste modo, o

---

[3] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144.

trabalho a ser desenvolvido, utilizará o pensamento de Hannah Arendt, partindo-se da ideia de que os direitos não são um dado, mas um construído[4]. Neste aspecto, o direito à saúde representa um marco importante de desenvolvimento, no sentido de que sua evolução vem sendo construída pelos operadores do direito, de modo a promover condição de dignidade ao cidadão.

Com estes balizadores será possível travar uma discussão da eficácia e limites de implementação das políticas públicas de concretização dos direitos sociais, quando são submetidas ao crivo do poder judiciário, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde. O foco é a decisão que consegue ser adequada na perspectiva coletiva atendendo aos preceitos constitucionais, que visem à boa administração.

1. O dogma da impossibilidade de revisão judicial dos atos da administração, sob o manto da discricionariedade administrativa.

Durante muitos anos no direito brasileiro vigorava o entendimento da impossibilidade de revisão judicial da atividade administrativa. O controle judicial dos atos da administração não era realizado, fundado na justificativa da discricionariedade administrativa. Esta posição que vigorou em nosso país de forma inconteste, ainda encontra seguidores, embora se encontre superada, por no mínimo, três motivos: a impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do judiciário, é doutrina transposta do direito francês, onde existe uma especificidade que é o contencioso administrativo, que no direito brasileiro não encontra similar, devido à opção brasileira de unicidade de jurisdição consagrada na

---

[4] ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. 2ª ed., Madrid: Taurus, 1999.

inafastabilidade de controle por parte do Poder Judiciário. O segundo motivo, reside na teoria transposta do direito alemão aonde os direitos sociais são comandos endereçados ao legislativo e administrativo, não cabendo ao judiciário este controle. Ocorre que naquele país estes poderes realmente levam a sério a implementação destas políticas públicas, sem que seja necessária a interferência do judiciário. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado, é que no Estado Democrático de Direito, somente existe escolha do administrador vinculada aos preceitos constitucionais, em especial pela pauta dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário quando efetua esta decisão não pode cair na casuística, autorizando ou negando todas as pretensões que lhe vêm a julgamento, sem considerar os dispositivos orçamentários, mas deve buscar a solução adequada constitucionalmente e verificar a (in)existência em matéria de políticas públicas, e aí reside a questão.

Com esta perspectiva, pretende-se desenvolver o trabalho para investigar os limites em que são controladas as políticas públicas judicialmente. Assim, o questionamento judicial destes atos da administração vem ocorrendo, mas o importante é apontar os critérios de como este vem se implementando, para que o judiciário não se substitua à atividade do administrador e tampouco este fique livre dos controles judiciais. Esta sindicabilidade tem de ocorrer de forma a concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. As grandes questões do direito público neste terceiro milênio dizem respeito à possibilidade de controle judicial dos atos da administração referente às políticas públicas.

Em um país como o Brasil em que os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação destas políticas públicas por parte do Executivo ou o Poder Judiciário pode ser um

importante mecanismo de pressão, na implementação destes direitos e em que limites? Assim, exemplificativamente, referente ao direito à saúde, o que a Constituição objetiva assegurar: um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade? Por isso, quando está ausente ou insuficiente uma política pública, o judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial[5]. Daí advém a necessidade desta investigação, pois em casos de omissão ou atuação precária do administrador, por vezes o judiciário manifesta-se de forma tímida ou sem critérios. Visa-se com este estudo contribuir para esta questão, no sentido de apontar critérios formulados a partir dos preceitos constitucionais, sem que se caia em um casuísmo destituído de fundamento legal.

Com relação ao primeiro aspecto, a inadequação do modelo francês transposto à realidade brasileira, faz-se um retrospecto a respeito dos controles da administração. Pode-se afirmar que existem dois sistemas: o da unidade e o da dualidade da jurisdição. O sistema da unidade ou da dualidade da jurisdição decorre da interpretação do Princípio da Separação dos Poderes. É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação "Separação dos Poderes"[6], não foi assim conceituada por seu autor Montesquieu. Da leitura de sua obra, extraem-se duas ideias principais, quais sejam: a distinção tripartite das funções do Estado e o controle recíproco entre estas atividades. Em momento algum escreveu o autor a palavra "separação dos poderes", isto decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina

---

[5] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

[6] MOTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979, pp. 148/54.

que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa. A interpretação e crítica de Louis Althusser[7], não teve fortes ecos, no sentido de que Montesquieu era de origem nobre, conhecido como Barão de La Brède e formulou a teoria apenas para fortalecer o poder monárquico, na época em que este se encontrava em crise.

O início do constitucionalismo, no final do século XVIII fez com que se instaurasse uma nova forma de relações entre o poder público e o cidadão. Deste período são representantes as Constituições dos EUA e da França. No período liberal as Constituições tinham duas funções básicas: limitar os poderes do Estado e declarar os direitos fundamentais.

Na França, berço do princípio da Separação dos Poderes devido à doutrina de Montesquieu, este foi interpretado de forma drástica como a impossibilidade de um poder exercer o controle sobre outro. A origem histórica desta interpretação encontra-se na desconfiança que os legisladores da Revolução Francesa tinham para com o Poder Judiciário, pois este tinha se mostrado resistente às conquistas populares. Waline[8] assevera que a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativas e judiciais, que foi reafirmada com o período que se seguiu à Revolução Francesa. Houve proibição legal expressa aos juízes do conhecimento da matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo não poderiam ser, em nenhum dos casos,

---

[7] ALTHUSSER, Louis. Montesquieu – A política e a história. 2ªed., Lisboa: Editorial Presença, 1972.

[8] WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6e édition, Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 45.

encaminhadas aos tribunais. Deveriam ser submetidas ao rei, então chefe da administração geral [9].

Por contencioso administrativo, entende-se o conjunto de regras relativas aos litígios organizados que questionam a atividade dos administradores públicos. O progresso do direito administrativo francês deveu-se à existência de um contencioso. Essa instituição garantiu o desenvolvimento do direito propriamente dito, por meio das garantias de legalidade criadas, pela importância do aspecto moral da conduta dos administradores, dando respaldo às teorias subjetivas.

O recurso por excesso de poder é uma criação jurisprudencial devido ao próprio Conselho de Estado, constituindo-se o principal instrumento de controle da legalidade administrativa[10]. Assim, o Conselho de Estado[11] é um órgão de fiscalização dos atos da administração, situado dentro do próprio Executivo e que desempenha suas funções decisórias com imparcialidade e em consonância com a legalidade. A justificativa é no sentido de que o legislativo é o poder constituído a partir da vontade popular e não seria democrático, a substituição da representação da soberania do povo pelo poder judiciário, que não é eleito democraticamente.

Principalmente, na França havia grande crença no Parlamento como representante da soberania popular. Porém, devido à impossibilidade do Parlamento editar

---

[9] LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droi Administratif*, 15e édition. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 107.

[10] LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droi Administratif*, cit., pp. 105/7. A respeito da evolução do recurso de excesso de poder, o autor faz uma análise de sua evolução até o final do século XX.

[11] Da mesma forma, o Conselho Constitucional é o órgão a quem incumbe o controle da constitucionalidade das leis, que é realizado de uma maneira preventiva, não se permitindo ao judiciário o controle destas questões.

normas que suprissem todas as carências surgiu espaço para o poder regulamentar. Assim, o Executivo começa a desenhar as pautas da sociedade moderna. Com a mudança do perfil da sociedade que antes vivia no campo e com a industrialização passa a viver nos grandes centros urbanos, ocorre o surgimento das demandas de cunho social. Após a Revolução Russa, inicia o constitucionalismo social, com a promulgação da Constituição do México em 1917 e a Constituição de Weimar em 1919 e no Brasil a Constituição de 1934. Essas Cartas Constitucionais com forte conteúdo intervencionista abriram espaço para que o Poder Executivo tivesse uma forte atuação, naquilo que se convencionou denominar discricionariedade administrativa.

Sob o binômio "conveniência" e "oportunidade", oportunizou-se ao poder executivo um ambiente de difícil sindicabilidade pelo Poder Judiciário denominado "mérito do ato administrativo". Assim, afirma Sérgio Guerra, "o Administrador Público, sempre que a lei lhe permitia, escolhia a solução que, de acordo com seus próprios valores, entendia ser cabível para efetivação do interesse público. O controle judicial limitava-se às teorias francesas de desvio de poder e de motivos determinantes"[12].

Esta questão é bem enfrentada por Sérgio Cademartori[13], que analisa a questão da legitimidade. Assim, o Poder Legislativo e Poder Judiciário possuem intervenção calcada em pressupostos de legitimidade distintos. A legitimidade do Poder Legislativo decorre da ideia de soberania popular. O Poder Legislativo é o representante da população, em que pese poderem ser feitas críticas ao

---

[12] GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade – uma teoria sobre as escolhas administrativas.* 2ª ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.354.

[13] CADERMATORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ªed., Campinas: Millennium, 2006.

modelo representativo[14]. Com pressuposto diferente de legitimidade se encontra o poder judiciário, que possui seu fundamento no Estado de Direito.

Basicamente, são estas as razões de ordem histórica pelo qual não se permite a revisão dos atos administrativos no direito francês, que consagra a dualidade de jurisdição. Esta doutrina é inaplicável ao direito brasileiro, em virtude do art. 5º, XXXV, da CF, que consagra a inafastabilidade do controle judicial de todos os atos. Logo, os atos da administração que traduzem opções de políticas públicas não podem ficar à margem do questionamento judicial, o desafio está em estabelecer estes critérios.

2. Direitos sociais no Brasil e em países que realizaram o Estado Social - trajetórias distintas

O direito administrativo é o direito constitucional concretizado, em uma síntese, formulada pela doutrina alemã[15]. Assim, o administrador na realização das políticas públicas deve observar os preceitos constitucionais. O mandato político não deve ser desempenhado conforme critérios subjetivos do governante, mas representa política pública a ser desenvolvida em conformidade com os ditames constitucionais. Direitos sociais importantes foram consagrados no art.6º da CF, visando a execução pelo administrador. Porém, estes preceitos não têm sido cumpridos, opera-se uma situação de crise, pois o Estado brasileiro não foi capaz de atender às demandas do liberalismo clássico, com os direitos de cunho individual e

---

[14] A respeito das insuficiências do modelo representativo e o movimento que ocorre em prol da democracia participativa, não se tratará desta questão, por não ser objeto do presente trabalho.

[15] COUTO e SILVA, Almiro *in* apresentação do livro Elementos de Direito Administrativo Alemão, MAURER, Hart, Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 14.

tampouco conseguiu realizar as demandas do Estado Social. O Estado imiscuiu-se em atividades que não eram próprias do poder público e deixou de realizar atividades que eram prioritárias. Atualmente, não se afigura um projeto político claro com realização às demandas prestacionais sociais. Como consequência, os serviços públicos não são prestados ou o são de forma deficiente.

Assim, no Brasil os direitos sociais para que sejam efetivos demandam um caminho diferente dos países europeus, onde estes são uma determinação da Constituição ao legislador ordinário ou ao administrador. Em nosso país, diante da particularidade própria em que estes comandos não são atendidos por seus destinatários, é importante a intervenção do Poder Judiciário. O desafio ocorre, no sentido de verificar os limites em que se dá a atuação do Poder Judiciário, que não pode se substituir em atividades destes outros dois poderes, mas que tem de propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, quando decorrentes de políticas públicas insuficientes ou inexistentes.

A realização dos direitos sociais é de suma importância, principalmente em países como o Brasil, que não conseguiram implementar todas as conquistas do Estado Providência[16]. Na época em que foi realizada a Constituinte, vivia-se uma euforia como se a partir da colocação das garantias na Constituição fosse haver uma transformação em nossa realidade. Pairava na sociedade a ideia de pensamento mágico, como se da previsão na Constituição fosse advir uma modificação na situação fática. É claro que a garantia representa um compromisso importante em termos de desenvolvimento de políticas públicas, isto é, que país queremos ser no terceiro milênio.

Tiveram que se passar mais de duas décadas para que se começasse a amadurecer no sentido de que os

---

[16] EWALD, François. *L'État Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

direitos sociais fossem relacionados com os dispositivos orçamentários. É o que Canotilho denomina de "Constituição Orçamental"[17]. As medidas de gestão orçamentária são importantes quando se pretende a realização dos serviços públicos.

O segundo motivo de análise, são as especificidades do modelo alemão que foram equivocadamente transpostas para o Brasil, sem as necessárias adequações. Assim, no dizer de Hesse[18]: "derechos sociales fundamentales como por ejemplo (...) el derecho a una vivienda adecuada (...) no se hacen ya efectivos por el hecho de que se respeten y amparen, sino que requieren de antemano, y em cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. No sólo exige esto regularmente un actuar del legislador, sino también el de la Administración; y puede afectar a los derechos-libertad ajenos. *Por ello, los derechos fundamentales no alcanzan a justificar pretensiones de los ciudadanos invocables judicialmente en forma directa, como cuadraría a la doctrina de los derechos fundamentales*".

É claro que os direitos sociais têm uma estrutura distinta dos direitos individuais, do liberalismo clássico. São comandos voltados prioritariamente para o administrador e legislador, e para a sua implementação dependem de possibilidade orçamentária. Porém, no contexto brasileiro, diante da inoperabilidade destes poderes, por vezes, o judiciário representa um fator importante para pressionar a

---

[17] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 173. Na Constituição orçamental estariam os preceitos relativos ao orçamento do Estado, principalmente a aprovação parlamentar do orçamento, incluindo a autorização parlamentar anual dos impostos e a autorização e controle parlamentar das despesas públicas.

[18] HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA et als. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 98, g.n.

realização das políticas públicas, visando assegurar a dignidade da pessoa humana, composto pelo mínimo existencial[19]. Um exemplo frutífero que pode ser apontado é o tratamento da AIDS em nosso país. Diante da inicial omissão dos poderes legislativo e executivo, no sentido de promover políticas públicas, no tocante à prevenção e tratamento do HIV, ações reiteradas no âmbito judicial pedindo medicamentos, incentivaram a que o Brasil se tornasse um país referência nesta área.

Deste modo, apropriadas as considerações de Andreas Krell[20], conhecedor das realidades alemã e brasileira: " Face aos problemas sociais candentes de um país periférico como o Brasil, o princípio tradicional da Separação dos Poderes deve ser entendido sob os parâmetros e dimensões novas e diferentes dos das nações centrais. *Ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do direito brasileiro para correição judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas,* como a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade por omissão."

Alguns países como a França e Alemanha, em que o Estado Providência[21] cumpriu seu papel, assegurando os direitos sociais à população é adequado que se discuta a permanência ou a diminuição de algumas garantias, devido à proporção robusta que estas alcançaram. Diferentemente, no Brasil, em que a população não conseguiu atingir níveis homogêneos em termos de acesso aos direitos sociais.

---

[19] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 46, jan/mar ,2002, p. 59

[20] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 109, g.n.

[21] EWALD, François. *L'Etat Providence*, cit.

A "reserva do possível"[22] tem sido outro conceito mal transposto ao direito comparado. Esta teoria é adaptação de uma expressão cunhada no direito alemão, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos, ou seja, no campo orçamentário.

Assim, é necessário para avaliar em que limites está ocorrendo o provimento judicial a respeito das políticas públicas, em um país como o Brasil, com especificidades próprias, principalmente no que diz respeito às grandes desigualdades econômicas e culturais. É perigoso importar diretamente conceitos cunhados em outros países com contexto cultural e socioeconômico diferentes. O Brasil, que é um país em desenvolvimento não pode transportar diretamente teorias de países ricos. O debate europeu sobre a redução dos direitos conquistados durante o Estado Social não pode ser transferido, porque o Estado Providência nunca foi efetivado plenamente.

Por isto, em tempos em que se menciona a pós-modernidade, Häbermas nos alerta que a modernidade é um projeto inacabado. Deveria-se retomar o projeto de modernidade e cumprir as tarefas, que ainda estão inconclusas. Principalmente, no Brasil, em que ainda não foram cumpridas todas estas tarefas de efetividade dos direitos sociais, o discurso é apropriado. O filósofo alemão,

---

[22] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 51/2. Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional pode esperar da sociedade". Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender todos os candidatos.

de forma contundente conclui que o pós-modernismo tem servido para acobertar posturas neoconservadoras[23].

Por isto, no embate entre o Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implementar um Estado minimalista desenhado a partir da globalização e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais, poderá se constituir uma ferramenta útil para a construção do perfil do Estado brasileiro, com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes do corpo social[24].

Deste modo, o trabalho abordará a da importância dos poderes executivo e legislativo na implementação de políticas públicas e o papel do judiciário na busca de efetividade do direito social à saúde, buscando construir limites e possibilidades de atuação.

3. O controle judicial e sua perspectiva constitucional

No Brasil, os poderes Executivo e Legislativo não têm implementado as políticas públicas a contento, por isso, a discussão se insere na órbita judicial. Neste contexto, outro aspecto a ser considerado é a sindicabilidade das políticas públicas como decorrência do Estado Democrático de Direito. Atualmente não existe um poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário vinculado[25]. Vinculação esta, que se pode relacionar aos

---

[23] HABERMAS, Jürgen. *Ensayos Políticos*. Barcelona: Ediciones Península, 1988, p.282.

[24] SARLET, Ingo W. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, *in* Constituição e Segurança Jurídica, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Coord., Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.128.

[25] MAURER, Hart. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 50.

ditames constitucionais. Desta maneira, o conteúdo das políticas públicas não pode ficar ao alvedrio do administrador, mas tem de buscar efetivar os preceitos contidos na Constituição.

O direito administrativo se estruturou no século XIX, a partir do Princípio da Legalidade, este foi o primeiro grande freio que foi imposto ao administrador, porém atualmente com a denominada fuga do direito administrativo ou a tendência neoliberalizante do Estado, ocasionando a chamada eficácia com relação a terceiros "drittwirkung"[26], novos pressupostos devem ser erigidos. Para García de Enterría[27], o aspecto subjetivo da Justiça Administrativa, que rompeu o mito histórico de sua suposta objetividade, atrás da qual de escondia uma superioridade formal da Administração sobre o cidadão, considerado ainda como súdito, que deveria ceder ante a suposta superioridade dos "interesses gerais", gestionados pela administração, é uma conquista irrenunciável do nosso tempo.

Por isso, o grande desafio que é posto aos estudiosos do direito administrativo na atualidade é esta

---

[26] Os conflitos não mais se situam na polaridade Estado x cidadão, mas nas relações grupo x indivíduo. Isso ocorre porque alguns grupos econômicos possuem poder paralelo ao Estado, decorrente, em alguns casos, das privatizações, em que muitos serviços públicos são prestados por empresas privadas. O desenvolvimento da *dtittwirkung*, também conhecida por eficácia diante de terceiros ou eficácia horizontal, é hoje questão principal nos direitos do indivíduo. Os litígios foram se deslocando do plano das relações públicas para o das privadas. A propósito *vide* BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEC, 1997, p. 256.

[27] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las Transformaciones de La Justicia Administrativa: de excepción singular a La plenitud jurisdiccional. ¿Um cambio de paradigma?* Pamplona: Thomson Civitas, 2007, p. 147.

possibilidade de controle judicial. Afirma, Moreira Neto[28], que há atuações administrativas constitucionalmente mandatórias, como é o caso das políticas públicas nacionais e não apenas governamentais, da educação, da saúde e da segurança pública. Assim, o Estado Democrático de Direito reclama a implementação dos direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Deste modo, a atividade administrativa no terceiro milênio deve ser pautada dentro dos balizadores que compõem o Estado Democrático de Direito: os direitos do homem e a democracia substantiva. A partir destes dois vetores são estatuídos os quatro paradigmas atuais do direito administrativo[29]: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Devem ser analisados de forma conjunta e não isoladamente, tendo em vista a realização do serviço público. Estes critérios serão necessários quando são exercidos os controles com relação à atividade administrativa quer no âmbito preventivo ou repressivo.

Assim, legitimidade e finalidade, que eram requisitos intrínsecos dos atos administrativos, demandam um novo olhar. No tocante à legitimidade serão constitucionais as prestação públicas que respeitem os direitos fundamentais. Não basta mais somente a legitimidade fundada no que se denominava pacto social, mas deve-se perquirir a respeito do atendimento dos valores que visam implementar a pauta dos direitos humanos, principalmente quanto estes já completaramm 60

---

[28] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, nº 4: 403-412, out/dez, 2006, p. 406.

Vide também ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid: Thomson Arandazi, 2004, p. 377.

[29] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

anos[30]. A legitimação é, sobretudo, um fenômeno antropológico indissociável do consenso alcançado pelos grupos sociais, que consiste na verificação da concordância com os fenômenos políticos e valorativos relacionados ao poder, ou seja, à sua concentração, à sua distribuição, ao seu acesso, ao seu exercício e ao seu controle[31]. Concernente à finalidade, estamos sob a época da redescoberta dos valores e das finalidades, deve-se buscar identificar a finalidade nos princípios.

A eficiência é um princípio trazido pela EC 19/98, que traduz um aspecto axiológico, no sentido de que o direito administrativo deve e pode ser um instrumento para a realização dos direitos fundamentais e facilitador do desenvolvimento econômico e social.

Após o aspecto valorativo ocorre o último paradigma que é o do resultado. Cuida-se de mensurador prático, em que são buscadas técnicas de controle da gestão[32]. Deve-se atentar para a prestação do serviço público, que possui um espectro distinto da seara privada. Já foi mencionado o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde os conflitos migraram da seara

---

[30] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 33.

[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 63.

[32] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 139. São apresentadas técnicas destinadas a realizar as seguintes funções: a) a definição de objetivos de políticas públicas; b) a identificação das estruturas administrativas responsáveis por sua consecução; c) definição das normas de desempenho que traduzam um compromisso quanto ao grau de realização dos objetivos demarcados em função dos meios a eles destinados; d) os resultados comensurados e sua comunicação; e) outorga de facilidades de gestão aos responsáveis proporcionalmente a seu desempenho (conforme convênios de gestão); f) análise dos dados de desempenho integrados com vista a informar as subsequentes decisões sobre recursos e orçamento; g) fixação de acompanhamentos físicos e contábeis necessários para os controles, correntes e posteriores.

pública à privada. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado[33]. Isto aconteceu com a questão da saúde, também. Há, porém, especificidades próprias, pois a iniciativa privada somente se interessa por setores aonde há a possibilidade de lucro. As áreas deficitárias são suportadas pelo poder público. Assim, a prestação de serviço pelo SUS responde por aproximadamente 75% população brasileira[34]. Isto demonstra que os 25% restantes incumbem à iniciativa privada porque são setores com a potencialidade de lucro. Desta forma, o princípio da eficiência deve ser aferido com características próprias e não com os mesmos balizadores privados.

4. Conceito de política pública, desde o prisma jurídico, com ênfase no direito à saúde e a banalização do direito à vida.

O conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública, mas que hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na ciência política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a

---

[33] FLEINER, Fritz. *Institutionem des Verwaltungsrechts*, 8ª ed., 1928, p. 326, *apud* MIR PUIGELAT, *Globalización, Estado y Derecho.* Las transformaciones recientes del Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004, p.158.

[34] De acordo com a pesquisa mundial sobre saúde, desenvolvida pela OMS e coordenada no país pelo Centro de Informação Científica e Tecnológica (CICT) da Fiocruz, em estudo que avalia os sistemas de saúde de 71 nações, consigna que os brasileiros dispensam em média 19% da renda familiar com saúde, da parcela da população de 25,8% que têm acesso aos planos de saúde privados, enquanto a maioria 74,2% conta com os serviços do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <http://www.ministeriodasaude.gov.br>. Acesso em: 11/8/202014.

filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão[35]. A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, de organização na sociedade e do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas que deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social.

Desta forma, já se percebe porque o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica, nos últimos tempos. Da passagem do Estado Liberal com sua feição de abstenção[36], chega-se ao Estado Social com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo[37], que tem sua marca na Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919 e em nosso país, na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, onde a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Deste modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico. A política pública visa a implementação pelo poder executivo de um comando constitucional. Atinente ao direito à saúde, constata-se que com o constitucionalismo social inaugurado no Brasil em 1934, o direito à saúde aparece por primeira vez em sede

---

[35] HOWLETT, Michael e RAMESH, M. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 05. Tradução do original *Studying Public Policy: Policy cycles and policy subsystems*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

[36] A propósito a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

[37] SIGMANN, Jean. *1848- Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3ª ed. Madrid: Siglo veintiuno editorial, 1985.

constitucional. Os textos seguintes limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica sanitária.

No caso da saúde o alerta que se instaura é no sentido de que o deslocamento do foro para a estatuição das políticas públicas deve ser o legislativo e a sua implementação pelo executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. As ações individuais devem servir como um instrumento de pressão, sob pena de se constituírem, casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração.

Um delineamento a respeito do tema das políticas públicas é trazido por Ana Paula Bucci, como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organizações, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico[38].

As políticas públicas relativas à saúde com repercussão no tratamento médico a pacientes, procedimentos clínicos e medicamentos que não são fornecidos conduzem à reflexão a respeito da blindagem

---

[38] BUCCI. O conceito de política pública em direito, p. 31, *in* BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Política públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido, parafraseando Hannah Arendt a "banalidade do mal"[39], ao qual poderíamos dizer a banalidade com relação ao sofrimento alheio. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3[40] das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc. Deste modo, na maioria das ações o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo. É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira "via crucis" fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a

---

[39] ARENDT, Hannah. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 274.

[40] MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08/08/2014.

enfermidade enfrentar todos estes percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso.

O caráter de importância nas ações individuais somente se pode vislumbrar, quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu nos casos dos portadores de vírus HIV[41], em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que se o demandante havia contraído a enfermidade era porque tinha dado causa a isso, numa atitude nitidamente preconceituosa.

5. A audiência pública da saúde e a importância do diálogo interdisciplinar com diversos setores da sociedade

As audiências públicas são um marco democrático importante de aproximação do Poder Judiciário para com a sociedade. A interpretação constitucional não se restringe aos juízes, mas as forças plurais da sociedade se fazem presentes. No dizer de Häberle "O processo de

---

[41] Disponível em: <http://www.fiocruz.br/aids20 anos/linha do tempo.Html>. Acesso em: 09/07/2014. Em 1991, o Ministério da Saúde dá início à distribuição gratuita de antirretrovirais. A OMS anuncia que 10 milhões de pessoas estão infectadas pelo HIV no mundo. No Brasil, 11.805 casos são notificados. O antirretroviral Videx (ddl) é aprovado nos Estados Unidos e a fita vermelha torna-se o símbolo mundial de luta contra a Aids. A Fiocruz foi convidada pelo Programa Mundial de Aids das Nações Unidas e Organização Mundial da Saúde (Unaids/OMS) para participar da Rede Internacional de Laboratórios para Isolamento e Caracterização do HIV-1. Em 1992, pesquisadores franceses e norte-americanos estabelecem consenso sobre a descoberta conjunta do HIV. A Aids passa a integrar o código internacional de doenças e os procedimentos necessários ao tratamento da infecção são incluídos na tabela do SUS. Combinação entre AZT e Videx inaugura o coquetel antiaids.

interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto"[42].O Processo Constitucional foi estruturado classicamente como uma discussão jurídica, onde não mais se pode perquirir a respeito da matéria fática. A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 9º, § 1 º, inovou ao permitir a audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal, fazendo com que haja um diálogo dos aspectos fáticos com os preceitos jurídicos, permitindo uma apreciação conjunta de ambos, com complementariedade e não de forma dissociada. A audiência pública nº 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes[43]. Seu objeto é muito mais amplo, seu enfoque é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária destas prestações. Os recursos públicos são escassos, a expectativa de vida dos brasileiros passou de 67 anos para 72,7[44], nos últimos anos. A

---

[42] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42.

[43] As audiências anteriores foram realizadas com fundamento na Lei nº 9.868/99 (AdIn e ADC) e Lei nº 9.882/99 (ADPF). Houve necessidade de que as audiências públicas se estendessem para outros processos e procedimentos, por isso a Emenda Regimental nº 29, revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

[44] A população brasileira ganhou 5,57 anos entre 1991 e 2007. Se considerarmos o decênio de 1997 a 2007, as mulheres aumentaram 3,3 anos a expectativa no período de 73,2 para 76,5 anos, enquanto os homens tiveram avanço de 3,5 anos, de 65,5 para 69 anos. Com isso, a população idosa com idade superior a 70 anos, chegou a 8,9 milhões de pessoas, o equivalente a 4,7% da população total. A esperança de vida

indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Neste contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Foram o estopim para a convocação da audiência dois casos[45], que questionam a eficácia do art. 196 da CF e os §§ 2º e 3º do art. 198, da CF, que sofreram alterados pela EC nº 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF, contém seis diretrizes [a) direito de todos, b) dever do Estado, c) garantido por políticas sociais e econômicas, d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e) regido pelo princípio do acesso universal e

---

muda significativamente de acordo com a região onde ocorre o nascimento. A maior expectativa é no sul, onde a média é de 74,7 anos, sendo 71,4 anos para homens e 78,2 anos para mulheres. Outra mudança é com relação à taxa de mortalidade infantil declinou de 45,19: 1000, para 24,32:1000 em 2007, representando uma diminuição percentual acima de 46% em 16 anos. Segundo técnicos do IBGE, o Brasil como signatário da Cúpula do Milênio, tem como meta alcançar até 2015 uma taxa de mortalidade infantil próxima de 15:1000, e a projeção sinaliza uma taxa de 18,2: 1000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em 27/08/2014.

[45] Primeiramente, a proposta de súmula vinculante nº 4, requerida pela Defensoria Pública Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos, no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando afastar, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, "caput" e o § 2º, da CF (precatórios). Por segundo, o Recurso Extraordinário nº 566.471, aonde foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode, devido ao alto custo, colocar em risco as prestações da saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevando dispêndio patrimonial, para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente. Os demais casos, que se constituem em questões diversas e aflitivas envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim toda a casuística com a complexidade nesta área em que a vida da pessoa está em jogo. Veja-se a propósito a Suspensão de Tutela nº 223, suspensão de liminar nº 228/CE e a suspensão de tutela antecipada nº 198/PR, a suspensão de tutela nº 268/RS.

igualitário, f) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação].

Estas escolhas difíceis passaram a fazer parte do quotidiano de muitos juízes que, em processos de cognição sumária, tem de decidir se concedem ou não um medicamento, um leito hospitalar, causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponha de todos estes elementos e de forma extremamente rápida. Esta resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas que trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

6. A tensão entre as funções dos poderes e o redirecionamento do direito à saúde

Por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou a omissão na sua realização, e isto envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde expõe a necessidade de definir as funções dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Estas questões imbricam o direito social à saúde com o custo econômico para sua realização. Impõem uma leitura da CF, na sua maioridade de uma forma mais adulta por parte de seus intérpretes. Logo após a publicação da CF/88, os artigos 5º e 6º eram interpretados de uma mesma maneira, sem atentar para o contexto distinto dos direitos sociais que impõem uma leitura correlata com o orçamento e o percentual de investimento de cada um dos entes da federação.

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito

público subjetivo[46] para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas. Estas são posições extremas e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada contemplando as diversidades e o pluralismo existente em nossa sociedade. O que já foi apregoado por Aristóteles "in médio virtus"[47]. Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek[48] no princípio do século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes, por isso, quando se trata de direitos sociais, merece um repensar, pois sua teoria para estes não estava voltada. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem o direito de exigir prestação concretas do Estado, seus

---

[46] SARLET, Ingo W. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do poder judiciário. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08/08/2014.

[47] ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1ª ed, 4ª reimp., Madrid: Ed. Gredos, 1998, p. 160/80. "En la É.N. aparece el término *mesótes* junto a sýmmetra en el libro II. Así pues, la moderación y La virilidad se destruyen por el exceso y por el defecto, pero se conservan por el término médio (mesótes)".

[48] JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht*, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905, Tübigen, 1919, p. 86 e segs. Assim, denominam-se: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activo civitatis,* onde o indivíduo é detentor do poder político e, como tal, tem direito a participar no exercício do poder.

escritos são antes do constitucionalismo social que começa em 1917 com a Constituição Mexicana, no que é seguido, dois anos mais tarde, em 1919 pela Constituição de Weimar.

O desafio é a conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas [49]. Na suspensão de liminar nº 228-7, o STF afirmou essa dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana[50]. O direito à saúde, enquanto direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. O Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF[51], estabeleceu o seguinte: "considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa". Em outras palavras, com relação à reserva do possível o ônus

---

[49]SARLET, Ingo W. O acesso às prestações de saúde no Brasil, cit.

[50] SARLET, Ingo W. et al. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. *Revista de Direito do Consumidor,* n. 67, 2008, p. 152.

[51] DJU 4/5/2004.

da prova da falta do recurso é do poder público e o ônus da necessidade do pedido é do particular [52]. Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell[53] adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a "frustração constitucional" (verfassungsenttäuschung), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como um todo[54]. Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam o descrédito e acabam se tornando dispositivos destituídos de efetividade.

7. A judicialização excessiva e suas consequências: o privilegiamento das ações curativas em detrimento das preventivas.

Adverte, Barroso, que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as

---

[52] SARLET, Ingo W. O acesso às prestações de saúde no Brasil, cit.

[53] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 46.

[54] SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, 1983, p. 63 e segs.

fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça[55].

O Conselho Nacional de Justiça procedeu a um estudo para verificar o número de ações que envolvem a saúde em todo país, de modo que totalizam 241 mil ações. O Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) ostenta praticamente quase a metade de todas as demandas do país, 113.953 ações judiciais sobre saúde. Em segundo lugar está o Estado de São Paulo (TJ/SP), que possui 44.690 ações em tramitação. Saliente-se que São Paulo tem aproximadamente o quádruplo[56] da população do Rio Grande do Sul[57] e menos de metade de ações envolvendo a matéria.

Enquanto os gastos totais com saúde aumentaram em 9,6%, aqueles com medicamentos tiveram incremento de mais de 120% no período de 2002 a 2006. Isso merece uma atenção dos gestores públicos. Em 2006, segundo

---

[55] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* 2012, p. 19. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 19 set. 2014.

[56] Dados do IBGE de 2010 demonstram que o Estado de São Paulo possui uma população de 41.262.199 de habitantes, enquanto que o Estado do Rio Grande do Sul possui população de 10.693.929 de habitantes. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=rs> Acesso em: 27 ago. 2014.

[57] Os dados são de maio de 2011 e estão sendo atualizados constantemente pelo Fórum da Saúde, mas já servem para mostrar um panorama significativo da situação das demandas judiciais na área que tramitam em tribunais de todo o Brasil. São, ao todo, 240.980 processos. [...]A questão é que estas quase 241 mil ações mexem com um bem incomparável para todo ser humano: a própria vida. Disponível em

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15675-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude> Acesso em 27 ago. 2014.

dados do IBGE, o PIB brasileiro cresceu 3,7% enquanto houve aumento real de 7,5% no gasto do Ministério da Saúde e de 26% no gasto com medicamentos[58]. A diferença entre os custos com medicamentos, em relação ao orçamento da saúde, fornece uma importante reflexão. Para a execução do dispêndio com medicamentos, a União teve que ampliar o orçamento da saúde. O Ministério da Saúde, por sua vez, teve que cortar verbas em políticas públicas preventivas. No Estado do RS, nos primeiros meses do ano de 2010, gastou-se em saneamento 0,5% do valor gasto em saúde curativa[59]. Saliente-se que na última década o governo gaúcho não tem realizado os investimentos necessários obrigatórios, designados pela CF[60].

---

[58] Disponível em

<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_gasto_medicamentos.pdf>. Acesso em 27 ago. 2014.

[59] Disponível em <http://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx>. Acesso em 27 ago. 2014.

[60] Veja-se, nesse sentido, que muitos municípios do RS investem minimamente em saúde, conforme a "Radiografia da saúde", apresentada pelo TCE/RS. Disponível em: <http://www2.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/Radiografia%20da%20sa%FAde%20%E9%20apresentada%20pelo%20TCE> Acesso em: 27 ago. 2014.

Tome-se, exemplificativamente, a situação do Município de Canoas, localizado na Região Metropolitana de Porto Alegre, que possui 326.458 habitantes. Canoas tem o segundo maior PIB do Estado do RS, sendo de R$ 12.580.262.000,00. Em 2007, os índices de abastecimento de água da cidade beiraram 93%, sendo que o índice total de saneamento não ultrapassa 13%. O índice de esgoto tratado por água consumida é de 11%. O investimento é de R$ 15.596.000,00. Em 2008, os índices de abastecimento de água da cidade beiraram 94%, sendo que o índice total de saneamento é de 13%. O índice de esgoto tratado por água consumida é de 12%, com investimento de aproximadamente R$ 5.856.000,00. Dados da Prefeitura Municipal de Canoas/RS. Disponível em

Historicamente, no Brasil, as ações curativas foram privilegiadas, em detrimento das ações preventivas menos onerosas e mais resolutivas como: o saneamento básico. É dizer do senso comum popular que: enterrar canos não dá votos, denotando uma cultura patrimonialista[61] e não emancipatória da cidadania. As ações curativas e preventivas não se opõem, mas são complementares. O sistema de saúde pública, porém, deve atentar ao preventivo, pois programas bem implantados de saúde diminuem substancialmente a parte curativa. Isto proporciona uma potencialização dos recursos a serem investidos em outras áreas de relevância social. No RS, apenas 20% de esgoto coletado é tratado. A previsão para os próximos 4 anos é de que esse percentual chegue a 30%[62].

Em estudo realizado durante a Mostra de Iniciação Científica na UNISINOS, em 2011, fez-se o cotejo entre os dados do número de processos, a população e a acessibilidade, relacionando estas três variáveis.

<http://www.canoas.rs.gov.br/Site/Canoas/Indicadores.asp>. Acesso em 27 ago. 2014.

[61] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. v. 1, 15. ed., São Paulo: Globo, 2000, p. 84.

[62] Segundo dados da Secretaria de Habitação, Saneamento e Desenvolvimento Urbano - Disponível em <http://www.habitacao.rs.gov.br/portal/index.php?acao=documentos&sessao=corsan&categoria=Projetos/Programas&codsessao=2&codcategoria=1&codsubcategoria=52>. Acesso em: 27 ago. 2014.

Demandas Intermináveis

Total de processos judiciais que tramitam na área da saúde em nível nacional:

240.980

Tribunais dos Estados	Nº de Processos em tramitação	População	Taxa de Acesso à coleta de Esgoto
TJRS	113.953	10.693.929	14,77%
TJSP	44.690	41.262.199	84,24%
TJRJ	25.234	15.989.929	60,24%
TJCE	8.344	8.452.381	23,16%
TJMG	7.915	19.597.330	73,43%
TRF da 4ª Região	8.152	-	-

Fontes: CNJ, IBGE e Instituto TRATA BRASIL e FGV.

Tabela elaborada por Mariana Leão e Gabriel Fabris - UNISINOS.

Da leitura da tabela, extrai-se com obviedade que o número excessivo de demandas judiciais é diretamente proporcional ao pequeno investimento em políticas públicas preventivas. Diante desse quadro caótico de demandas judiciais curativas dispendiosas para o Estado e ínfimos investimentos nas alternativas de prevenção, há de se repensar esta realidade, sob pena de reprodução de um modelo falido e de que nosso país não alcance níveis adequados de desenvolvimento.

Uma análise qualitativa dos julgados aponta no sentido de que normalmente, a competência comum entre o Estado e o Município (art. 23, II, CF) não é levada em conta nos julgamentos[63], fazendo com que o magistrado,

---

[63] APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO RETIDO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

diante do caso aflitivo que lhe é posto reconheça a solidariedade entre os entes da federação. Isto explica, em parte, o grande número de ações que tramitam no TJ/RS.

Na perspectiva de prevenção, tem-se que o saneamento básico é previsto no art. 3º da Lei que instituiu o SUS, dentro do conceito de saúde pública. Há de se destacar a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, fruto de debate no Congresso Nacional, por mais de 20 anos e que foi promulgada em 2010, Lei nº 12.305. Estima-se que para cada R$ 1,00 investido em saneamento básico,

---

DOS ENTES PÚBLICOS. DIREITO À SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DOS FÁRMACOS. A produção de prova judiciária se destina ao processo, sendo, porém, o juiz o destinatário principal das provas, pois essas têm por finalidade a formação da sua convicção. Caso em que não se justificaria a dilação probatória, uma vez que há nos autos atestados e prescrições médicas, com a indicação da medicação necessária. **A responsabilidade dos entes públicos (União, Estados-Membros e Municípios) é solidária, podendo a parte demandante optar por exigir o cumprimento da obrigação de um ou de todos, uma vez que são solidariamente responsáveis, cabendo àquele que satisfizer a obrigação exigir o ressarcimento dos demais, na hipótese de o procedimento requerido ser diverso dos especificamente previstos em lei para si. Cabe ao Estado (lato sensu) o dever de garantir o direito constitucional à saúde, devendo adotar medidas que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 214 da Carta Magna determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.** Impossibilidade de substituição dos medicamentos. É o profissional de saúde quem conhece as peculiaridades do paciente. Logo, cabe a ele indicar o fármaco mais adequado no caso concreto. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO. SENTENÇA MANTIDA, EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70061379749, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 18/09/2014)

economiza-se R$ 4,00 na medicina curativa[64]. Deste modo, é de fácil constatação que se economiza o quádruplo.

Assim, há de se reforçar o pensamento de Norberto Bobbio[65], quando acentua que o direito tradicionalmente se volta aos fatos ocorridos e para reprimir condutas, quando poderia prevenir e incentivar as boas práticas por meio das normas de premiação.

8. Crítica e proposição de outros critérios: a importância das ações coletivas

Depois de ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela Presidência do STF para redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil, o Min. Gilmar Mendes[66] destacou alguns pontos importantes. Deve ser considerada a existência ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Caso a prestação de saúde não esteja entre as políticas do SUS, é importante distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Há de se observar a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da

---

[64] De acordo com o Instituto Trata Brasil: Disponível em WWW.tratabrasil.org.br Acesso em 11/09/2014.

[65] BOBBIO, Norberto. *Contribuición a la teoria del derecho*. Valencia: Fernando Torres Ed, 1980, pp. 375/6.

[66] MENDES, Gilmar. *Vide* <www.stf.gov.br>. Os dados foram utilizados na análise de Suspensões de Tutela Antecipada (STA s) 175, 178 e 244, em 21/9/2009. Acesso em 26/07/2014.

exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Relativo ao tratamento, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS, deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Além dos critérios propostos é importante construir outros como forma de agregar ao debate, que diz respeito às demandas a serem veiculadas para inclusão de um novo tratamento ou medicamento.

Primeiramente, a formulação de políticas públicas cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que estas opções se constituem em uma decorrência da democracia representativa e, por vezes, participativa. Nos casos de ineficiência ou omissão na execução de políticas públicas, cabe a intervenção judicial. Aí se apresentam algumas situações. O judiciário está autorizado a intervir, quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, §2º, CF.

Pode-se então perguntar: quais as ações mais adequadas para conduzir à implementação das políticas públicas? Considerando-se as demandas de cunho individual e coletivo. Estas últimas não suscitam dúvidas. A indagação diz respeito às ações individuais, prestam-se estas para estatuir políticas públicas? É sabido que o art. 5º, XXXV, CF consagra o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita. Deste modo, não se pode impedir o acesso, mas a

concessão de medicamentos não previstos como essenciais, demanda uma atenção para a sua decisão. O art. 196 da CF conjuga o direito à saúde a políticas sociais e econômicas, para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a autonomia dos cidadãos, independente do seu acesso maior ou menor do Poder Judiciário. "Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, (...)"[67]. Por serem precedidas de amplo debate é que se faz esta presunção, que não é absoluta, mas pode ser relativizada considerando o fato de que não esteja atualizada ou que as circunstâncias do caso autorizem o sopesar de circunstâncias particulares.

Esta presunção é decorrência de um argumento democrático. Os recursos obtidos para o fornecimento dos medicamentos são obtidos pelos tributos suportados pela população. Desta forma, os representantes eleitos pelo processo democrático devem estabelecer quais são as prioridades na atual conjuntura. Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém isto é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país, não é possível pretender fazer tudo a qualquer gasto. O argumento de que os recursos públicos são mal utilizados e, por vezes, desviados, não é cabível nesta discussão, embora seja necessária a devida responsabilização na órbita da improbidade administrativa. Como os recursos são limitados não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista

---

[67] BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2009, p. 28. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29/07/2014.

estatuída a partir dos critérios legais e de implementação do executivo.

O caráter de importância nas ações individuais somente se pode vislumbrar, quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu nos casos dos portadores de vírus HIV[68], em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que se o demandante havia contraído a enfermidade era porque tinha dado causa a isso, numa atitude nitidamente preconceituosa.

As ações coletivas permitem a discussão ampla do arrolamento de algum outro remédio ou tratamento na lista dos essenciais. Veja-se a questão atinente à mudança de sexo[69]. Houve ajuizamento de ação civil pública pedindo a inclusão na tabela do SUS da transgenitalização, que foi julgada procedente. Tal redundou em alteração da posição administrativa, ocasionando a portaria do Ministério da

---

[68] Disponível em: <http://www.fiocruz.br/aids20anos/linhadotempo.Html>. Acesso em: 22/08/2014.

[69]O início foi uma ação civil pública proposta pelo MPF/ RS, que ocasionou a decisão de 2007 do TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) em que obrigava o SUS a fazer esse tipo de cirurgia. A decisão do TRF determinava que o governo federal tomasse todas as medidas que possibilitem aos transexuais a realização da cirurgia de mudança de sexo pelo SUS. "Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na tabela do SUS. Procedimentos médicos de transgenitalização. Princípio da proibição de discriminação por motivo de sexo. Discriminação de gênero. Direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade e à dignidade humana e direito à saúde. Força normativa da Constituição." Rel. Roger Raupp Rios, Processo nº 2001.71.00.026279-9. , D.E. 22/08/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.phd>. Acesso em: 11/08/2014.

Saúde de nº 1.707/2008, que incorpora a alteração de sexo, como procedimento oferecido pela rede pública. Três ponderações para que a discussão se trave em âmbito coletivo são apresentadas por Barroso[70]. Por primeiro, a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; por segundo, evita-se a questão da micro-justiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macro-justiça, atendimento com recursos limitados a demandas ilimitadas; por terceiro, a decisão proferida em decisão coletiva terá efeitos "erga omnes", preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população.

Outra crítica que se pode formular à judicialização das políticas públicas[71], atinente à área da saúde, é a quebra de igualdade, ou seja, aqueles que possuem condições de demandar, seja por advocacia privada ou defensoria pública, tem vantagem, em relação aos que não tem acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação ou instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

Destaca-se, também a importância do diálogo entre poderes e instituições. Nas varas da fazenda pública que se ocupam da matéria foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz, na avaliação de existência ou não de determinado medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado. O diálogo entre os poderes e instituições pode servir como importante canal para resolução dos conflitos, pois apesar de uma separação funcional todos são integrantes da estrutura burocrática do Estado.

---

[70] BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*, cit., p.31.

[71] VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Atinente aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada não podem ser objeto da inclusão em lista, pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver esta possibilidade.

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família que passa por uma situação difícil e do magistrado que muitas vezes se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, iminentemente, mas se trava um embate entre as deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazo. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que preventiva. Vejam-se os números que são investidos em saneamento básico e construção de redes potável, comparativamente à saúde[72]. Os primeiros são muito tímidos se comparados aos segundos. E a ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro.

Deste modo, a concessão dos medicamentos não deve se pautar por uma abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e benefícios, desde o prisma das políticas públicas.

Considerações finais

[72] No Estado do Rio de Janeiro foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R$ 240.621.568,00, enquanto com o saneamento básico foram investidos R$ 102.960.276,00. Comparando-se as duas quantias, o gasto com saneamento é menos da metade. Disponível em: <http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf>. Acesso em 10/07/2014.

Na perspectiva de novos temas referentes à administração, o controle judicial das políticas públicas, é o tema pautado neste terceiro milênio, que coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, que é fruto da mudança de paradigma: a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, pretende-se contribuir ao debate, a fim de traçar os limites e possibilidades de atuação judicial, no tocante às políticas públicas, e construir um horizonte, com perspectiva favorável, para milhares de brasileiros que necessitam da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente a partir dos objetivos da administração e foi substituído pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Voltando ao pensamento de Hannah Arendt, percebe-se que o direito à saúde está sendo construído, por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário um instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nesta seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Mais de duas décadas de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram esta busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Deste modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde no Brasil. O manto da discricionariedade não pode servir para retirar de pauta algumas questões quando se trata de omissões junto aos

poderes Legislativo e Executivo; mas não se pode ir ao extremo perigoso do ativismo judicial exacerbado.

Como compatibilizar um sistema de saúde ideal que está inscrito na Constituição Federal com as questões econômicas? Sempre existirá um limite, o desafio é o melhor resultado ao menor custo possível. Tal embate também tem de conciliar o âmbito individual e coletivo do direito à saúde. Não se pode abarcar tudo, então o desafio é no sentido de adotar os procedimentos e medicamentos que não sejam experimentais e atendam à equação custo/utilidade. Para que isso não produza um engessamento da estrutura, é necessário que os avanços tecnológicos venham acompanhados de critérios para sua incorporação ou ampliação de novos procedimentos e fármacos. O não atendimento destes balizadores gera distorções no sistema, propiciando distorções e desigualdade que comprometem todo o sistema. Deste modo, a dotação de assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses desvinculados com a assistência e prescrição aos pacientes, representa um apoio multidisciplinar importante.

Passados 200 anos de histórica política brasileira e mais de 25 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas sim pela sua efetividade, por uma leitura madura que otimize os recursos orçamentários existentes, dos direitos sociais, em geral e do direito à saúde, em particular. O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência com outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionado à educação e informação, ambos se situam na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação utilizado de uma maneira preventiva propicia o exercício do direito à saúde e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária.

A via a ser construída, aponta que os Poderes e organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, objetivando a informação recíproca, com o objetivo de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos, conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada.

Referências bibliográficas

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid: Thomson Arandazi, 2004.

ALTHUSSER, Louis. Montesquieu – A política e a história. 2ªed., Lisboa: Editorial Presença, 1972.

ARENDT, Hannah. A *Condição Humana.* 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. Los Orígenes del totalitarismo. 2ª ed., Madrid: Taurus, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*, 1ª ed, 4ª reimp., Madrid: Ed. Gredos, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* 2012, p. 19. Disponível em:

<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 19 set. 2014.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2009, p. 28. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29/07/2014.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 46, jan/mar ,2002.

BECK, Ulrich. *Risk Society – Towards a New Modernity*. Tradução para o inglês de Mark Ritter. Londres: SAGE Publications Ltda, 2005.

BERCOVICCI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*. *In* Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico – Mª Paula Dallari Bucci. SP: Saraiva, 2006.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEC, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 12ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24/5. Discurso de abertura pronunciado no Simpósio Internacional dos Direitos do Homem, realizado entre 1º e 03 de dezembro de 1967, em Turim, mencionado no capítulo: Presente e Futuro dos Direitos do Homem.

_____. *Contribuición a la teoria del derecho*. Valencia: Fernando Torres Ed., 1980.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito. In* Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CADERMATORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ªed., Campinas: Millennium, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p.173.

CHADWICK, E. *Reports on the sanitary condition of the laboring population of Great Britain*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1965.

COUTO e SILVA, Almiro *in* apresentação do livro Elementos de Direito Administrativo Alemão, MAURER, Hart, Porto Alegre: Fabris, 2000.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In* Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

EWALD, François. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. v. 1, 15. ed. São Paulo: Globo, 2000.

FLEINER, Fritz. *Institutionem des Verwaltungsrechts*, 8ªed., 1928, p. 326, *apud* MIR PUIGELAT, *Globalización, Estado y Derecho*. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004.

FREITAS, Juarez. *A interpretação do Direito e os sistemas de pensamento*. RECHTD, vol. 6, n. 1, 2014, p. 44-53.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson. (Orgs.) *Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. São Paulo: Manole, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las Transformaciones de La Justicia Administrativa: de excepción singular a La plenitud jurisdiccional. ¿Um cambio de paradigma?* Pamplona: Thomson Civitas, 2007.

GIDDENS, Anthony. *Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives*. New York: Routledge Ed., 2000.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, regulação e reflexividade – uma teoria sobre as escolhas administrativas. 2ª ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Ensayos Políticos*. Barcelona: Ediciones Península, 1988.

HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA et als. , Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. 2. ed. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

HOWLETT, Michael e RAMESH, M. *Come studiare le poliche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 05. Tradução do original *Studying Public Policy: Policy cycles and policy subsystems*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht*, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905, Tübigen, 1919.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droi Administratif*, 15e édition, L.G.D.J., Paris, 1995.

LIMBERGER, Têmis. *Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais*. Revista de Direito Administrativo, v. 251, p. 179-200, 2010.

_____. *Políticas públicas e o direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para intervenção judicial*. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI). Cont. ISSN 2175-0491 Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 15, p. 306-322, 2010.

_____. *Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente* in Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan

de. (org.) Anuário 2008 n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetivação do direito à saúde*. In: Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Morais. (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 6 - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, v., p. 217-232.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08/08/2014.

MAURER, Hart. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, nº 4: 403-412, out/dez, 2006.

MOTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, 1983.

SARLET, Ingo W. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, *in* Constituição e Segurança Jurídica, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Coord., Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana F. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. *Revista de Direito do Consumidor,* n. 67, 2008, p. 125-172.

SARLET, Ingo W. O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do poder judiciário. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08/08/2014.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, São Paulo: SENAC, 2002.

SÊNECA, L. A. *Sobre a Brevidade da Vida* (Cartas a Paulino). Porto Alegre (RS): L&PM, 2007.

SIGMANN, Jean. *1848- Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. 3ª ed., Madrid: Siglo veintiuno editorial, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 6e édition. Paris: Recueil Sirey, 1952.

VEDAÇÃO AO RETROCESSO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Patrícia Blagitz Cichovski[1]

Introdução

A Constituição brasileira de 1988 consagrou o direito fundamental ao meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado e, dentre as suas dimensões ou aspectos, a preservação do patrimônio cultural, informada pelos valores do desenvolvimento sustentado e da obrigatoriedade da intervenção estatal. Ao lado de tal constitucionalização, a doutrina desenvolveu as bases teóricas para a afirmação do princípio da vedação ao retrocesso como instrumento de garantia dos avanços sociais conquistados, resguardando os níveis de proteção já assegurados de novas diretrizes legislativas, motivadas especialmente por pressões econômicas e políticas, que impliquem o esvaziamento da proteção ambiental. O objetivo do presente artigo é analisar como o princípio da vedação ao retrocesso pode condicionar a atividade administrativa, sobretudo quando se tratar de ações pautadas pela discricionariedade, em razão do imperativo de preservação do patrimônio cultural. Objetiva-se demonstrar que na atualidade, em face superação da mera legalidade e consolidação da ideia de juridicidade, o

[1] Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Centro Universitário do Pará - CESUPA.

administrador não mais dispõe de faculdades discricionárias, em seu sentido clássico desenvolvido pela doutrina positivista, para, valendo-se ora da insuficiência legislativa, ora de suposta margem de escolha na efetivação de políticas públicas, manter-se inerte ou adotar políticas que impliquem o esvaziamento da proteção do patrimônio cultural.

1. Dimensões ou aspectos do direito fundamental ao meio ambiente.

O meio ambiente foi definido, no direito brasileiro, pela Lei 6.938/81, em seu art. 3o. , I, como "*conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*". Tal definição constituiu um marco histórico na legislação ambiental brasileira, pois a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ainda em vigor, foi a primeira lei nacional de caráter global a disciplinar a matéria. Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1988, o meio ambiente foi qualificado como *bem de uso comum do povo*, no sentido de *bem de interesse público*[2] e teve sua abrangência ampliada para englobar os aspectos natural, artificial, cultural e do trabalho.

Na doutrina estrangeira, Giannini, de forma precursora, desdobrou a expressão ambiente em três aspectos: o meio ambiente relativo à paisagem, abrangendo as belezas naturais e os centros históricos; o meio ambiente como disciplina do solo, do ar e da água; e, o ambiente

---

[2] Conforme SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 56, o meio ambiente enquanto bem de uso comum, configura nova categoria, correspondente aos bens de interesse público, ou seja, bens públicos ou particulares, sujeitos a disciplina jurídica específica para a consecução de fim público.

enquanto objeto da disciplina urbanística.[3] Michel Despax distingue o meio ambiente da natureza e reconhece que, ao lado do meio natural ou primário, composto por elementos naturais como a água, o ar, o solo, a fauna e a flora - há um meio construído, resultado da atividade humana, abordando em sua obra a proteção dos bens integrantes do meio artificial e cultural, como a estética das construções e os monumentos históricos[4]. No mesmo sentido, Michel Prieur considera o ambiente como o conjunto de fatores que influem sobre o meio no qual o homem vive e analisa, ao longo de sua obra, o meio natural, denominado "direito da natureza"; o meio ambiente do trabalho, voltado ao controle das poluições internas da empresa; o meio cultural, relativo ao patrimônio cultural histórico e arquitetônico; o ambiente urbano, ligado ao direito da cidade; e, ainda, o meio rural, com regime jurídico próprio.[5]

Na doutrina brasileira, os autores, de modo geral, aceitam a definição de meio ambiente da Lei 6938/81 e estendem a proteção ambiental aos aspectos culturais e artificiais.[6] José Afonso da Silva formulou definição jurídica ampla do meio ambiente, entendido como "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas." [7] Ao lado da definição de meio ambiente,

---

[3] GIANNINI, Massimo Severo. Ambiente: Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici. *RTDP*, ano XXIII, V.I., 1973, p.23 e ss.

[4] DESPAX, Michel. *Droit de L'environnement*. Paris: Librairie Tecniques, 1980, p. XII-XIV.

[5] PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement*, *passim*. 2a. ed Paris: Precis Dalloz, 1991.

[6] Nesse sentido: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 71-72; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 75.

[7] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.2.

o autor propõe a sua consideração sob quatro aspectos: a) meio ambiente natural, constituído pela água, ar atmosférico, solo, fauna e flora; b) meio ambiente artificial, formado pelo espaço urbano construído, resultante do conjunto de edificações e equipamentos públicos; c) meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio artístico, histórico, arqueológico e paisagístico; d) meio ambiente do trabalho, consubstanciado no local onde o trabalhador desenvolve as suas atividades profissionais.[8]

O meio ambiente cultural recebeu, além da disciplina do art. 225, núcleo de preservação ambiental, proteção específica nos arts. 215 e 216 da Constituição. O Estado tem obrigação de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. No parágrafo 1o. ficou determinado o dever estatal de proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. O bem cultural, conforme esclarece Carlos Frederico Marés, além de objeto de direito, "está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante. (...) Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público - seja ele de propriedade particular ou não-, que pode ser chamado de socioambiental."[9]

Sobre a importância dos bens culturais no direito brasileiro, Juliana Santilli observa que:

> O texto constitucional revela a compreensão de que não basta proteger a biodiversidade: a diversidade de espécies, genética e de ecossistemas, sem assegurar a diversidade cultural que está

---

[8] Op. Cit. p. 3-5.

[9] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica.* 3a. ed. Curitiba: Juruá 2006, p. 36.

> intimamente relacionada a esta. A síntese socioambiental está presente na interface entre biodiversidade e sociodiversidade, permeada pelo multiculturalismo, pela plurietnicidade e pelo enfoque humanista.[10]

O direito ambiental, portanto, não pode ser pensado sem que se tome em conta o seu conjunto, a sua unidade sistêmica, na qual se inserem os bens culturais: bens de valor cultural, não apenas monumentais e sacros, mas os que impliquem as referências culturais para a diversidade de grupos formadores da história brasileira, das múltiplas identidades, portanto, do multiculturalismo que permeia a sociedade brasileira. Nesta perspectiva, os bens imateriais, conforme Juliana Santilli, "abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças, receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem ainda os conhecimentos, inovações e práticas culturais dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas. Tal concepção abrange ainda as formas culturais diferenciadas de apropriação do meio ambiente, em seus aspectos materiais e imateriais"[11].

2. Desenvolvimento sustentável a obrigatoriedade da intervenção estatal.

O princípio do desenvolvimento sustentável, viga-mestra do direito ambiental, proclamado na Declaração das

---

[10] SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópols, 2005, p. 93.

[11] Op. cit. p. 78.

Nações Unidas sobre meio ambiente, em 1972, e posteriormente na Constituição de 1988, no art. 225, *caput*:

> *Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

O desenvolvimento sustentável significa que o Estado deve promover um modelo de desenvolvimento econômico que permita a geração atual se desenvolver, sem comprometimento da capacidade das futuras gerações de também atenderem as suas próprias necessidades. Nesta primeira perspectiva, o desenvolvimento está relacionado à durabilidade do patrimônio ambiental, ao não esgotamento dos recursos ambientais numa única geração. Na perspectiva do patrimônio cultural, implica o dever de respeito à pluralidade das manifestações culturais e o dever de preservação da memória dos diversos grupos formadores da cultura nacional.

O equilíbrio ecológico, como é pacífico entre os estudiosos do direito ambiental, não é um equilíbrio estático, puramente natural, não se pretendendo manter a natureza em seu estado original, mas um equilíbrio que possibilite o desenvolvimento da sociedade no presente e no futuro, assegurado o contrato intergeracional, ou seja, a durabilidade do patrimônio ambiental que se encontra ameaçada por políticas de desenvolvimento predatórias.

Juarez de Freitas, em obra magistral sobre *Sustentabilidade: direito ao futuro*, discorre sobre o conceito e as implicações da sustentabilidade, cuja transcrição é inevitável:

> Trata-se de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização

> solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.[12]

Os mais recentes estudos sobre o desenvolvimento enfatizam o caráter multifacetado do equilíbrio ecológico, em razão do que a sustentabilidade ultrapassa a concepção de preservação de recursos naturais para englobar aspectos econômicos e sociais mais amplos.

Conforme explica Juarez Freitas:

> Na sociedade de risco mundial, na qual não mais podem ser negligenciadas as consequências involuntárias (externalidades) e a dramaticidade das questões ambientais *lato sensu* (notadamente as causadas por ações ou omissões humanas) *é irrenunciável que o conceito de sustentabilidade insira a multidimensionalidade do bem-estar como opção deliberada pelo reequilíbrio dinâmico a favor da vida*. Precisamente por isso, *não faz sentido, por exemplo, conservar nada que possa ser sabidamente destrutivo para a saúde humana, sob pena de preservacionismo simplista, tampouco cair na paralisia do pânico, que nada autoriza fazer*.[13] (grifos do autor)

Por outro lado, o novo conceito de sustentabilidade obriga a revisão do conceito da responsabilidade, que passa a ter uma dimensão preventiva. Deste modo, Juarez Freitas afirma que a "ousada releitura da responsabilidade do Estado, coibindo ações e omissões desproporcionais,

---

[12] Cf. Juarez Freitas. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012 p. 41.

[13] Idem, p. 50,

implica fazer frente aos desafios complexos da gestão pública sustentável, notadamente para lidar (a) com a formação de poupança pública; (b) com os investimentos urgentes em infraestrutura; (c) com o uso das energias renováveis, sem formação de bolhas especulativas".[14]

O imperativo do desenvolvimento sustentável, portanto, na atualidade, vai além da preservação dos bens integrantes do patrimônio ambiental, desde os bens da natureza original, como água, ar atmosférico, solo, fauna e flora, passando pelos bens culturais e valores urbanísticos, até o equilíbrio econômico e social mais abrangente, para determinar a inclusão social, a educação, as políticas de saúde, a prestação adequada dos serviços públicos em geral e o efetivo acesso à justiça e controle das ações e omissões que coloquem em risco a preservação ambiental.

Os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, ao lado do princípio do poluidor-pagador cimentam um conceito mais amplo, de Estado de Direito Ambiental definido como a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio ambiental.[15]

O sistema constitucional brasileiro não consagrou o Estado de Direito Liberal, mínimo, nos moldes do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, resumido à figura do Estado soldado-polícia-juiz. Opostamente contém, ao longo de seu texto, diversos instrumentos que implicam ao Poder público deveres de atuação positiva para garantir um

---

[14] Op. Cit. p. 270

[15] Cf. CAPELLA, Vicente Bellver. Ecologia: de las razones a los derechos. Apud : LEITE, Jose Rubens Morato, *Sociedade de Risco e Estado*, p. 176.

leque consideravelmente ampliado de direitos fundamentais nos séculos XX e XXI.

No plano ambiental, foi consagrado o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, extraído do Princípio 17 da Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo e proclamado no art. 225, caput e § 1º. , da Constituição Federal, o qual significa que o Estado brasileiro não pode se omitir na tarefa de vigiar e controlar a utilização dos recursos ambientais em seu território. A obrigatoriedade da atuação do poder Público revela-se, inicialmente, como reflexo, no plano ambiental, do Estado Social que não se resume a mero espectador do cenário social e garantidor dos chamados direitos negativos. Deve atuar positivamente para garantir justiça social e igualdade material.

O Estado brasileiro não pode se omitir na tarefa de proteger o meio ambiente, devendo controlar as atividades que o coloquem em risco, bem como atuar repressivamente na ocorrência de dano. Esta obrigação estatal de proteção dos valores ambientais, delineada no dispositivo mencionado, deve ser exercida relativamente a todos os bens integrantes do patrimônio ambiental, incluindo-se os bens culturais.

3. Princípio da vedação ao retrocesso.

3.1. Origem e conceito.

A Constituição brasileira consagrou expressamente os direitos e garantias individuais como integrantes de seu núcleo intangível por ações legislativas e administrativas dos Poderes públicos, sem referência aos direitos sociais, o que poderia sugerir, a partir da literalidade do texto constitucional, a possibilidade de supressão de direitos sociais através de reformas constitucionais, pois, ademais, a petrificação de todo o conjunto de direitos fundamentais

poderia conduzir ao engessamento do texto e impossibilitar o atendimento de imperativos econômicos e políticos. Em sentido contrário, com fundamento na imutabilidade e na indivisibilidade dos direitos tem se firmado a ideia de irreversibilidade das garantias sociais asseguradas, especialmente porque vários direitos sociais são dotados de fundamentalidade material, ainda que não previstos no título II do Texto constitucional, e integram o núcleo irredutível da dignidade humana.

O princípio da vedação ao retrocesso, também chamado não reversibilidade dos direitos fundamentais, intangibilidade ou efeito *cliquet* (trava anti-retorno) ou simplesmente não retrocesso, implica a impossibilidade de supressão ou esvaziamento das conquistas legislativas no plano dos direitos sociais e, na seara ambiental, um limite a reformas legislativas e a políticas administrativas tendentes a menor proteção do ambiente. Busca, em primeiro plano, resguardar a legislação de preservação ambiental consolidada de investidas legislativas que impliquem a supressão da proteção ou a sua redução a níveis mais baixos do que os incorporados ao patrimônio da coletividade.

O princípio do não retrocesso é uma relativização da ideia de mutação das normas jurídicas. Michel Prieur esclarece que: "os autores clássicos consideram que o Direito deve se submeter, necessariamente, a uma regra de adaptação permanente, reflexo da evolução das necessidades da sociedade."[16] Mas conforme o autor, "o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável nos obrigam a pensar hoje de maneira diferente, afastando o princípio da mutabilidade do Direito. Isso porque o meio ambiente, como os direitos humanos, constituem exceções a essa regra."[17] Mais adiante, afirma Prieur que "reduzir ou

---

[16] PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement,* cit., p.19.

[17] Idem, ibidem.

revogar as regras de proteção ambiental teria como efeito impor às gerações futuras um ambiente mais degradado."[18]

3.2. Fundamentos constitucionais do não retrocesso e limites ao legislador.

O princípio do não retrocesso não tem previsão expressa na Constituição federal brasileira e suas bases teóricas argumentativas tem representado um esforço da doutrina para salvaguardar as conquistas legislativas e administrativas de preservação diretamente relacionadas a abertura e consolidação do regime democrático no país. A legislação e as políticas produzidas desde 1988 resultaram no avanço da preservação dos bens naturais e, além disso, através da ideia do socioambientalismo, na construção e guarda da identidade de diversos setores sociais ameaçados e antes excluídos, como, quilombolas, populações ribeirinhas e diversos grupos detentores de conhecimentos tradicionais.

Não obstante a ausência de norma explícita, no direito constitucional brasileiro é possível afirmar o princípio da não reversibilidade com base no próprio Estado Social e democrático de direito e suas contradições, bem assim nos princípios constitucionais, na imutabilidade dos direitos fundamentais e na sua indivisibilidade.

De forma mais ampla, a proibição do retrocesso encontra fundamentação nas contradições do próprio Estado Social , mais precisamente na crise de efetividade e identidade, ocasionadas pela exclusão socio-econômica. [19]

---

[18] Idem, p. 20.

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível na internet: htttp: //www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 25/05/2009.

O não retrocesso, explica Michel Prieur, se agrega a outros princípios consagrados como a prevenção, precaução, poluidor-pagador e participação do público, os quais podem ser interpretados como suportes do retrocesso:

> A prevenção impede o recuo das proteções; a sustentabilidade e as gerações futuras enviam à perenidade e à intangibilidade para preservar os direitos de nossos descendentes de poderem gozar de um ambiente não degradado; a precaução permite que a irreversibilidade seja evitada, esta um exemplo claro de regressão definitiva; a participação e a informação do público permitem a garantia de um nível de proteção suficiente, graças a um controle cidadão permanente.[20]

Além dos princípios de direito ambiental, constituem fundamentos da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais em geral, princípios amplamente admitidos e que produzem resultados equivalentes à não regressão, conforme Michel Prieur: "princípio da segurança jurídica, princípio da confiança legítima, o princípio dos direitos adquiridos em matéria de direitos humanos, o controle da proporcionalidade."[21]

O segundo fundamento do não retrocesso encontra amparo na imutabilidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988 fez referência expressa a impossibilidade de supressão de direitos fundamentais individuais, no art. 60§ 4o, não se referindo expressamente aos direitos sociais e ao meio ambiente. Todavia, a vedação ao retrocesso afigura-se como limite

---

[20] PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement*, cit., p. 17.

[21] Idem, p. 44.

material implícito às reformas que impliquem o esvaziamento dos postulados do constitucionalismo social. Suprimir ou restringir direitos sociais que integram patamares mínimos da dignidade humana inviabiliza a persecução dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro como os de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, obrigatoriamente sustentável; e, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Cabe esclarecer, sobre a imutabilidade dos direitos fundamentais, enquanto impossibilidade de supressão por via legislativa, que o não retrocesso não se incompatibiliza com a mutação ou transição no tempo e no espaço enquanto característica do meio ambiente.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao tratar das características dos interesses difusos, discorre sobre a mutação ou transição no tempo e no espaço. Afirma Mancuso que como os interesses difusos, "de ordinário, não se apresentam jungidos a um vínculo jurídico básico, mas a situações de fato, contingenciais, deriva a consequência de que eles são mutáveis como essas mesmas situações"[22]. Como exemplo, o autor refere-se à hidrelétrica de Itaipu, onde, construída a obra, não caberia opor interesses difusos para preservação das belezas naturais. Os interesses difusos originários passariam por mutação, cabendo buscar outros valores, como a psicultura nas águas represadas ou preservação dessas águas[23].

A ideia de mutação dos interesses difusos deve ser utilizada em proveito de situações consumadas em períodos históricos anteriores, quando o sistema jurídico não dispunha de instrumentos de prevenção e precaução

---

[22]MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 2 a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.76

[23] Idem, p. 76-77.

ambientais, como o estudo prévio de impacto ambiental, e verdadeiras catástrofes ambientais foram consumadas, a exemplo do lago da hidrelétrica de Tucuruí, no Estado do Pará. Neste caso, consumados os fatos de destruição ambiental restou o redimensionamento das políticas possíveis a partir do novo cenário. A mutação das condições ambientais não pode se prestar a consumar fatos danosos, ao argumento das necessidade sociais e econômicas em permanente transformação, nem do há muito ultrapassado discurso sobre o antagonismo entre preservação ambiental e desenvolvimento.

4. Vedação ao retrocesso e discricionariedade administrativa.

O exercício da função administrativa pressupõe um leque consideravelmente amplo de atribuições, verdadeiros poderes-deveres, para os quais está investido o administrador de faculdades, margens de liberdade de agir para cumprir os fins constitucionais propostos. Seja para exercitar os poderes administrativos elementares da função - poder de polícia, poder regulamentar, poder hierárquico e poder disciplinar -, seja para implementar políticas públicas na teia de complexas relações políticas e sócio-econômicas do Estado contemporâneo, é recorrente a discussão a respeito das faculdades ou deveres de ação da Administração Pública, em razão das balizas do Estado de Direito e da teoria do direito administrativo construída a partir do mito da legalidade e de correlatos postulados teóricos do positivismo sobre a separação de funções do Estado. Nesse contexto, é permanente a discussão sobre a liberdade de agir da administração para, sem transbordar da sujeição à lei e aos princípios constitucionais, cumprir suas finalidades.

O significado, a abrangência e as possibilidades de controle judicial da discricionariedade administrativa têm

despertado intensos debates na doutrina e na jurisprudência há mais de seis décadas no direito brasileiro. A evolução do conceito de discricionariedade se deve, em grande parte, à profunda e persistente dedicação da doutrina de direito administrativo para limitar arbitrariedades da Administração Pública frente aos postulados do Estado de Direito, em especial contra violações dos direitos fundamentais dos administrados. No campo da preservação ambiental, os parâmetros do poder discricionário repercutem diretamente, muitas vezes de forma negativa, sobre os níveis de proteção ambiental conquistados, sob o manto da conveniência e oportunidade supostamente não sindicáveis.

Após ser concebido como espaço livre de decisão externo ao direito, a discricionariedade teve seu conceito desenvolvido, na teoria positivista do direito administrativo, em torno da teoria dos elementos do ato administrativo, até atingir a teoria dos graus de vinculação à juridicidade[24].

Um dos pioneiros no estudo do controle dos atos administrativos, Seabra Fagundes, assim escreveu: "Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta , como fonte primária, um texto de lei (...) onde há lei escrita não pode haver arbítrio" [25]. Mais adiante, explica o autor, "se em princípio, a atividade administrativa está sempre condicionada a estritos limites preestabelecidos na lei, há casos em que tais limites perdem, parcialmente, a

---

[24] A repeito, cf. BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195 e ss.

[25] FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 2a. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, p. 115-6

rigidez, para se reconhecer ao Poder Executivo uma certa liberdade de movimentos."[26]

A partir do Estado de Direito se estrutura a teoria da discricionariedade como um poder que deve ser limitado por normas jurídicas. Posteriormente desenvolveu-se a teoria dos elementos do ato administrativo e a concepção de que haveria uma dicotomia frontal entre atos vinculados e atos discricionários.[27] Nos atos vinculados o único comportamento possível seria previsto antecipadamente na lei, de modo que ao administrador fosse ofertada uma só possibilidade de agir. Diversamente, a discricionariedade foi definida como a margem de liberdade conferida ao administrador para escolher, no caso concreto, entre duas ou mais soluções, a mais adequada à satisfação do interesse público previsto explícita ou implicitamente na lei. Neste sentido, na conhecida definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a discricionariedade:

> É a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger , segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente , uma solução unívoca para a situação vertente.[28]

Dentro desta visão dicotômica, ao Judiciário caberia apenas o exame de legalidade dos atos administrativos,

---

[26] Idem, p. 116.

[27] BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo,* cit. p. 200.

[28] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 1992, p. 48.

restando a margem de discrição como um campo político não passível de apreciação judicial. Diversamente de espaço livre de decisão fora da margem legal, resquício do Estado de Polícia, no Estado de direito cabe ao Judiciário apreciar os aspectos de legalidade do ato administrativo restando a margem de conveniência e oportunidade da administração inseridas na ideia de mérito administrativo, espaço de liberdade imune a controle externo por outros Poderes.

Tal concepção das prerrogativas do administrador, fundada na dicotomia vinculação/discricionariedade e alicerçada sobre postulados positivistas tornou-se insuficiente para compreender separação de funções e a complexidade das atribuições dos poderes públicos para efetivar políticas públicas de promoção dos direitos fundamentais. Apenas mais recentemente, com a constitucionalização do direito administrativo e a compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais enquanto correias de interligação do sistema jurídico, foi possível a formulação da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios e o desenvolvimento de um sistema mais abrangente de controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública.

Quanto à evolução da vinculação da administração à legalidade, esclarece Binembojm que o mérito passa a sofrer incidência direta dos princípios constitucionais em lugar da dicotomia vinculado/discricionário:

> Passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por

> princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)[29].

Binembojm constata ainda que:

> A principialização do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade. Em outras palavras, essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o "ato administrativo vinculado" e o "ato administrativo discricionário" sendo a diferença o grau de vinculação. [30]

Afirma o autor: "se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios."[31] Gustavo Binembojm, então, procede a uma tentativa de sistematização, na qual estabelece os seguintes parâmetros, cuja transcrição sintética é inevitável:

> I) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial"; (...) II) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por dotados de expertise ou experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...) III)quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares por exemplo) menos

---

[29] A respeito, cf. BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, cit. p.210.

[30] Idem, p, 212.

[31] Idem, loc. cit.

> intenso deve ser o grau de controle judicial.(...) IV) quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial.(...) V) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos, constitucionalmente consagrados) mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Esse standard é uma decorrência da adoção, no sistema brasileiro, do *judicial review*, tanto em relação a atos legislativos (controle de constitucionalidade) como em relação a atos administrativos (controle de juridicidade).[32]

Ao lado e com fundamento nos referidos graus de juridicidade e na subordinação da Administração aos princípios constitucionais, a doutrina tem firmado a possibilidade de amplo controle judicial dos atos discricionários, plenamente compatível com a separação de funções. Explica Jean Carlos Dias, em estudo sobre o controle judicial das políticas públicas, que "a necessidade de sublimar a impossibilidade de prescrição de todos os comportamentos administrativos possíveis levou à formulação de uma autorização residual de ação, a qual acabou por ser tomada como um núcleo imunização ao controle jurisdicional". Na atualidade, todavia, esclarece o mesmo autor: "O controle judicial, assim, manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos"[33]

A implementação de políticas públicas pelo administrador é passível de controle Judicial e essas

---

[32] Idem,. p. 240

[33] DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 99-102.

próprias políticas públicas constituem limites à liberdade de ação da administração pública. Em abono dessa tese, explica Leonel Olweiler:

> (...) a política pública constitui-se no campo fundamental das decisões governamentais para a escolha de meios necessários para realizar objetivos constitucionais. O texto da Constituição Federal, como grande pacto político e social, já possui uma variedade de fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade civil. Portanto, é retirada da esfera de liberdade dos agentes públicos a possibilidade de frustração de tais promessas constitucionais, por meio de programas capazes de conduzir os destinos da comunidade para patamares inferiores de democracia.[34]

Firmada a ideia de que poderes discricionários não estão imunes ao controle judicial e que a esfera de liberdade administrativa deve conformar-se diretamente aos princípios constitucionais, com ou sem intermediação legislativa, cabe analisar a específica incidência da vedação ao retrocesso ambiental como mandado constitucional implícito que condiciona todas as atividades administrativas num sentido ambientalista.

5. Perspectivas de aplicação do não retrocesso ambiental à atividade administrativa discricionária.

As construções teóricas sobre a vedação ao retrocesso, em geral, apresentam o princípio como um

---

[34] OHWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano B. (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível.* 2a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.307.

limite ao legislador, enquanto impossibilidade de supressão da proteção ou de edição de legislação menos protetiva. Todavia, sobretudo em face da ampliação do papel do Estado como promotor de direitos, no campo de atuação administrativa, o Poder Público pode, também, através de ações ou omissões retroceder, proteger menos. Basta lembrar, no caso da preservação do patrimônio cultural histórico, a inércia administrativa, o abandono e o descaso do gestor público, por vezes a absoluta ausência de políticas públicas. A omissão, o vazio normativo são alarmantes pois a simples inércia, o transcurso de tempo é suficiente para causar danos irreversíveis. O não retrocesso, portanto, deve ser compreendido como instrumento de proteção contra a estagnação legislativa e contra a inércia administrativa. É um valor que deve pautar e reconduzir a atividade administrativa, vinculada e discricionária, para efetivação contínua da preservação do patrimônio cultural.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer esclarecem que a vedação ao retrocesso constitui garantia de direitos fundamentais contra a atuação do legislador e também em face da atuação da administração pública. Afirmam os autores:

> Diante da insuficiência manifesta de proteção, há violação do dever de tutela estatal, e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um dever-poder) aos deveres de proteção , de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a

> Constituição e de acordo as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.[35]

No mesmo sentido, já havia se manifestado Ingo Sarlet, em obra anterior, a respeito da incidência da vedação ao retrocesso no campo de atuação administrativa:

> O art. 5o. parágrafo 1o., da nossa Constituição , impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra o poder de reforma constitucional (...) mas também contra o legislador ordinário e demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção da confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (...) não pode, em qualquer hipótese - suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.[36]

No Constitucionalismo social, o Estado tem suas atribuições consideravelmente ampliadas, quanto ao conteúdo e quando às finalidades. O Estado deixa de ser, como esclarece Elisio Bastos, "apenas mero *government by law* e pretende transformar-se no complexo *government buy policies*, na medida em que se pretende preocupar com certos fins a serem alcançados, metas sociais e não apenas

---

[35] SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 140.

[36] SARLET, Ingo. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível na internet: htttp: //www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 25/05/2009, p. 25.

econômicas"[37]. O Estado, enfatiza o autor, supera suas funções tradicionais de proteção e repressão, adotando como nova técnica de controle social a função promocional, em razão do que "tornou-se fundamental um planejamento cada vez mais firme e verdadeiramente dirigente, instrumentalizado por políticas públicas que visam coordenar os diversos interesses presentes na sociedade visando atingir certos objetivos sociais de caráter nacional."[38]

Walter Claudius Rothermburg, em estudo sobre a vedação ao retrocesso e o controle de constitucionalidade explica que o principio do não retrocesso vale para os direitos fundamentais em geral, quaisquer que sejam os atos com eles implicados:

> Tanto pode ser uma alteração legislativa que menospreza o direito fundamental ao substituir normas anteriores que lhe davam uma conformação mais adequada – e a exigência de respeito ao nível já alcançado de realização do direito fundamental e endereçada ao Poder Legislativo ou quem lhe faca as vezes (como, no caso brasileiro, a edição de normas primarias pelo Chefe do Poder Executivo, por meio de medidas provisórias) –, quanto pode ser um ato ou procedimento administrativo que diminua o grau de implementação do direito fundamental – a observância, então, e cobrada do Poder Executivo ou de quem se apresenta como a autoridade administrativa responsável pelo ato ou procedimento –, ou, enfim, uma decisão judicial pode ser a provocadora do enfraquecimento do

---

[37] BASTOS, Elisio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre a cidadania na definição e implementação de políticas públicas. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Coord.). *Direito, políticas públicas e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2013, p. 125-126.

[38] Idem, Loc. Cit.

> direito fundamental – agora a determinação e para que o Poder Judiciário garanta o padrão atingido. [39]

A ideia de juridicidade, como dito, reconfigura a disciplina da atividade administrativa e recai sobre a discricionariedade. Sendo um princípio constitucional implícito de proteção dos direitos fundamentais, a vedação ao retrocesso constitui limite à discricionariedade administrativa, independentemente da intermediação legislativa. Ou seja: o princípio não cria limites à administração apenas nos moldes da manifestação legislativa que obriga a administração a deveres positivos e negativos. O administrador está obrigado a políticas públicas que impliquem a intangibilidade do direito ao patrimônio cultural.

Como ponderou Antonio Herman Benjamim, sobre a constitucionalização do ambiente trouxe como um de seus benefícios a redução da discricionariedade administrativa, razão por que "ao Estado não resta mais do que uma única hipótese de comportamento: na formulação de políticas públicas e em procedimentos decisórios individuais, optar sempre, entre as várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico"[40]

A mutação no tempo e no espaço, como dito, não pode justificar a consumação de fatos danos ao meio ambiente e não se presta a amparar políticas menos protetivas. Por outro lado, em razão da mutação no tempo

---

[39] ROTHEMBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: *Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 261.

[40] BENJAMIN, Antonio Herman, Constitucionalização do ambiente e ecologização da cultura. In: CANOTILHO, José Joaquim; LEITE, José Rubens Morato Leite (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

dos valores ambientais, a ausência de políticas públicas ou a sua estagnação podem implicar inadequação superveniente, resvalando para o retrocesso ambiental. Os imperativos ambientais, em constante transformação, podem tornar determinada ação administrativa obsoleta, insuficiente ao desiderato de preservação ambiental sendo a sua simples permanência um recuo em razão da inadequação.

No que se refere ao patrimônio cultural são cruciais as noções de abandono, descaso e indiferença do administrador. No plano administrativo, como consequência da vedação ao retrocesso, adquire importância a ideia de continuidade administrativa, nas ações dentro de um mandato executivo e entre mandatos sucessivos, de modo que o gestor público deve ter seu plano de governo condicionado por ações já planejadas e desenvolvidas anteriormente. Vislumbra-se verdadeira vinculação intergovernamental nos sucessivos mandatos, não escusável por qualquer argumento majoritário. Os governos futuros, como consequência também da sustentabilidade, estão obrigados a respeitar os patamares ambientais já estabelecidos e políticas públicas, se existentes, condicionantes do novo plano de atuação.

No caso do bem tombado, por exemplo, o gestor público está obrigado a dar continuidade às obrigações constantes do Decreto-Lei 25/37, quanto à fiscalização e ações de conservação do bem, caso o proprietário não possa fazê-lo. Não se oferta, a cada nova administração, um leque demasiadamente amplo de escolhas políticas de modo que o administrador tenha liberdade para dispor de interesses públicos primários protegidos por políticas públicas iniciadas ou consolidadas. Igualmente incabível é o emprego da inércia administrativa no sentido de descumprir a obrigação do Estado de conservar o bem tombado quando o proprietário não dispuser de recursos financeiros para tanto, implicando o cancelamento. Noutros termos, a previsão de cancelamento do

tombamento decorrente da inércia estatal não pode ser empregada pelo administrador para se desincumbir-se dos deveres de proteção.

A vedação ao retrocesso, nestes moldes, constitui diretriz essencial para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente cultural, consubstanciando verdadeira sobrenorma ou norma de sobredireito, condicionante das atividades estatais. Acima de posições majoritárias circunstanciais e de interesses predatórios oscilantes, a vedação de retrocesso é um instrumento de segurança jurídica para a sustentabilidade.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental.* 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre a cidadania na definição e implementação de políticas públicas. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Coord.). *Direito, políticas públicas e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da cultura. In: CANOTILHO, José Joaquim; LEITE, José Rubens Morato Leite (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DESPAX, Michel. *Droit de L'environnement.* Paris: Librairie Tecniques, 1980.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 2a. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIANNINI, Massimo Severo. Ambiente: Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici. *RTDP*, ano XXIII, V.I., Milão Giuffrè, 1973.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 2 a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

OHWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo; BENETTI TIMM, Luciano (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PRIEUR, Michel**.** *Droit de L'environnement*. 2a. ed Paris: Precis Dalloz, 1991.

_____. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Trad. de José Antonio Tietzmann. In: *Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 11–54.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: *Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental.* Brasília: Senado Federal, 2012. p. 247-270.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópols, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.* Disponível na internet: htttp: //www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 25/05/2009.

SARLET , Ingo Wolfgang; Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental.* Brasília: Senado Federal, 2012. p. 121–206.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua proteção Jurídica.* 3a. ed. Curitiba: Juruá 2006.

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E SUA CONCRETIZAÇÃO: DO ACESSO AO ENSINO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

Anderson Vichinkeski Teixeira *
Gilberto Guimarães Filho **

Que conceitos, representações ou concepções sinalizam uma escola de qualidade? Quais são os principais conceitos e definições que embasam os estudos, as práticas e as políticas educativas, bem como as dimensões e os fatores que apontam a construção de uma educação de qualidade? É possível uma escola de qualidade para todos?

(Luiz Fernandes Dourado e João Ferreira Oliveira)

* Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: www.andersonteixeira.com

** Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. Membro do grupo de pesquisa "Direitos humanos, Ética e Hermenêutica" (CNPq)

Introdução

Este trabalho toca no delicado campo das políticas públicas em educação e das perspectivas que as norteiam. Estas políticas, naturalmente, visam melhorar o ensino, mas é necessário nos determos em um questionamento fundamental: o modo como estas são pensadas constitui-se, de fato, em uma forma adequada para alcançar esse fim?

Há claramente a importante compreensão de que o ensino deve ser expandido, de modo que cada vez mais pessoas (sejam crianças, adultos, indígenas etc.) tenham acesso à educação formal. Entretanto, tal acesso muitas vezes ocorre em condições precárias e ter este acesso à educação não garante o ensino e formação de qualidade. Deste modo, apenas ter acesso ao ensino, de qualidade duvidosa, representa a concretização do direito à educação? Reconhece-se a complexidade do tema da qualidade da educação, ainda mais em um cenário com diversas desigualdades regionais/locais, mas cabe questionar a legislação nacional sobre o tema e sua concretização.

Deste modo, analisaremos o direito à educação na Constituição Federal de 1988 e outros documentos fundamentais para o tema em objeto, como a Lei de Diretrizes e Bases, o Plano Nacional de Educação e um exemplo de portaria mais específica, o Pacto Nacional pelo Fortalecimento do Ensino Médio. O objetivo disto será perceber como estas se relacionam com a melhoria na educação e seus objetivos constitucionais.

Então será feita uma crítica sobre como a legislação tem disposto o direito à educação, a sua expansão e concretização, já que este direito deve necessariamente buscar um fim humanístico e social. As políticas desligadas de uma compreensão dos objetivos da educação não possuem suficiente clareza nos seus planos, exceto a expansão do ensino e a melhoria de certas estatísticas, como a presença dos alunos em sala, o que inegavelmente é

uma melhora, mas talvez algo de fundamental deva ser pensado para que o direito à educação não fique limitado ao mero acesso à sala de aula.

1. O direito fundamental à educação e sua positivação na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 instituiu diversos direitos fundamentais inovadores em relação às constituições anteriores. Dentro do rol dos direitos sociais, encontra-se o direito à educação, o que impôs novos deveres ao Estado para garantir que este direito seja efetivado. De tal modo, faz-se mister uma compreensão do que é esta efetivação e quais meios e estratégias o Estado deve utilizar para que isto aconteça. Todavia, antes de chegarmos nestas questões, devemos compreender a inovação do direito à educação na própria Constituição Federal.

A educação como direito surge na Constituição de 1934, que, inspirada em diversas outras Constituições, como a de Weimar, pôs a educação e diversas outras questões sociais como direitos prestacionais por parte do Estado. No capítulo nomeado "Da educação e da cultura" consta:

> Art. 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Neste sentido, cabia à União definir o plano nacional de educação e fiscalizar a sua execução, garantindo o ensino primário gratuito, a liberdade de ensino, de acordo com a legislação; por outro lado, era previsto no art. 150,

"e", a seleção dos alunos por prova de inteligência, o que não garantia o ensino superior gratuito.

A Constituição de 1946 não trouxe mudanças significativas, mas evitou o tom nacionalista e focou na liberdade: "Art. 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana".

Na Constituição de 1967 e 1969, durante a ditadura militar, a educação foi tratada no capítulo "Da família, da Educação e da Cultura", reduzindo o seu espaço e tendo a sua liberdade de ensino limitada pelo artigo 154:

> Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

A educação deveria servir a um objetivo político perseguido pelo Estado na busca de desenvolvimento e unidade nacional. Assim consta no artigo 168 da Constituição brasileira de 1969: "A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana". Não à toa a presença de Educação, Moral e Cívica no currículo escolar.

A partir de 1988 a educação é prevista no capítulo "Dos Direitos Sociais", constando como primeiro elemento do artigo 6: "São direitos sociais a educação, a saúde (...)" e é posto como dever da união no artigo 23, V: "proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação". Além disso,

o direito à educação é pormenorizado em seção própria nomeada "Da educação", prevendo:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O direito à educação, a partir de 1988, torna-se um *direito público subjetivo*, garantindo ao indivíduo o direito a reivindicar que esta norma seja cumprida, concretizando o seu direito subjetivo[1]. Define-se no artigo 205 quem tem direito à educação (todos) e quem é responsável por esta (Estado e família). Além disso, define objetivos mais pragmáticos, ainda que não totalmente, do que os contidos nas Constituições anteriores. Em vez de elementos como "eficientes fatores da vida moral" ou "ideias de liberdade", definiu como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo à cidadania e qualificação ao trabalho.

Como a Constituição define os objetivos da Educação, torna-se lógico que a instituição de ensino que não realizar ou não tiver condições de realizar estes objetivos não estará concretizando o direito à educação, pois não alcança o fim instituído constitucionalmente. Utilizando o elemento mais objetivo, uma universidade que não qualifica ao mercado de trabalho não concretiza um dos seus objetivos centrais e poderia ser considerada uma má prestação de serviço público.

No artigo seguinte há uma inovação em relação às Constituições anteriores, pois se define os princípios do ensino:

---

[1] Cf. DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 18, n. 2, 2004, p.113-118.

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
> III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> V – valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
> VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
> **VII – garantia de padrão de qualidade.**

O que já deveria ser uma decorrência lógica da definição dos objetivos da educação é então positivado em lei no inciso VII: deve haver a garantia de padrão de qualidade. Se a educação visa um fim, faz-se necessário condições mínimas para alcançá-lo. Entretanto, surgem duas questões: A primeira é que este padrão de qualidade não é definido, pois não sabemos se ele é realmente a garantia dos fins do artigo 205 e como medir um elemento como o pleno desenvolvimento da pessoa, ou se o modo de pensar o padrão é baseado em outros elementos – como por análise quantitativa, presença, notas etc. A segunda questão surge do inciso III, pois como podemos garantir um padrão (que indica uniformização) com o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas? Afinal, concepções distintas podem objetivar fins distintos.

O pensamento constitucional a partir o artigo 205 nos leva a crer que este pluralismo não pode ser totalmente amplo, tendo em vista que deve necessariamente respeitar

os fins da educação que vinculam todo o ensino no território nacional e as legislações que serão tratadas a seguir neste trabalho. Portanto, o modo de tornar compatíveis os princípios que garantem padrão de qualidade e o pluralismo pedagógico seria considerando que este pluralismo só existe a partir da garantia de elementos centrais para os fins almejados à educação, o que é previsto em legislação ordinária, como na Lei de Diretrizes e Bases, para definir a obrigatoriedade da avaliação, matriz curricular básica e outros elementos.

É a partir desta legislação conflituosa e desta possível incoerência que este trabalho problematizará se as leis e políticas públicas sobre a educação são capazes de levar à melhoria na qualidade (aliada à liberdade de ensino), chegando a modos em que o padrão de qualidade seja garantido. No entanto, antes devemos nos atentar ao artigo 214:

> Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do poder público que conduzam à:
> I – erradicação do analfabetismo;
> II – universalização do atendimento escolar;
> **III – melhoria da qualidade do ensino**;
> IV – formação para o trabalho;
> V – promoção humanística, científica e tecnológica do País.

Posteriormente este plano foi definido como decenal – como veremos ao trata-lo mais detalhadamente. Porém, o que nos interessa aqui é perceber que há a obrigação de criar um instrumento político que integre e articule o poder público para garantir certos objetivos, estendendo assim os fins da educação além dos definidos no artigo 205. Entretanto, estes do artigo 214 não são

direitos subjetivos individuais, mas serão pensados a partir de metas a serem alcançadas por meio de certos objetivos. Se a erradicação do analfabetismo e outros critérios podem – ainda que se discuta os critérios – ser pensados quantitativamente, não se define como medir e o que é a melhoria na qualidade do ensino. É evidente que se deve buscar esta melhora, mas constitucionalmente não está definido o que é isto.

Compreendidos os marcos constitucionais sobre a educação, suas lacunas e tendo por pano de fundo (que aqui não será pormenorizado) as mudanças na concepção de direitos fundamentais e a proteção dos direitos sociais, devemos seguir às diretrizes e políticas públicas sobre a educação que são definidas em leis ordinárias para que a questão da educação de qualidade e sua garantia pelo Estado seja adequadamente compreendida.

2. Políticas públicas e diretrizes de educação.

2.1. Lei de diretrizes e bases da educação.

A lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996, também conhecida como lei Darcy Ribeiro (por ter sido ele o relator do projeto de lei) foi fruto de amplos debates entre partidos, associações educacionais, empresários etc. e teve como orientação da política educacional a posição do professor homenageado[2]. É a terceira lei brasileira que

[2] De acordo com Djalma Pacheco de Carvalho este embate de perspectivas pedagógicas foi teve um resultado negativo, pois venceu a política neoliberal em sala de aula. Os objetivos da LDB seria a qualidade no sentido de formar cidadãos que sejam competitivos, eficientes, produtivos para integrar o mercado de trabalho. Portanto, devem-se compreender as posições de fundo às posições assumidas pela LDB no nome de Darcy Ribeiro. CARVALHO, Djalma Pacheco. A nova lei de Diretrizes e Bases e a formação de professores para a educação básica. *Ciência & Educação (Bauru)*, vol. 5, n. 2, 1998, p. 81.

define diretrizes e bases para a educação, após a lei 4.024, de 1961, e a 5.692, de 1971, adequando as diretrizes à Constituição de 1988. A lei abrange a educação infantil (tornando-se obrigatória para crianças a partir de 4 anos), o ensino fundamental, o ensino médio e o ensino superior, sejam de caráter público ou privado. Além desses níveis "regulares" de educação, a lei também contemplou as modalidades de educação profissional, a educação escolar indígena, a educação especial e a educação de jovens e adultos.

A lei de diretrizes e bases visa definir e nortear o papel da educação e do ensino em todo o âmbito nacional. O seu texto inicia definindo a educação como algo que não acontece apenas nas escolas, bem como quem são os responsáveis pela educação, conforme seus artigos 1 e 2:

> Art. 1. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.
> § 1. Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.
> § 2. A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.
> Título II Dos princípios e fins da educação nacional
> Art. 2. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O artigo primeiro considera que a educação inclui os atos de convivência familiar, nas escolas, no trabalho, inclusive em movimentos sociais, outras organizações civis

e nas expressões culturais. No artigo segundo são elencados os responsáveis por garantir tal educação (família e Estado), já que garante o pleno desenvolvimento e liberdade de quem se encontra em processo educativo. Tendo passado por este processo, a pessoa formada estaria apta à cidadania e qualificada para o mercado de trabalho[3].

Portanto, a educação prepara o indivíduo ao exercício do seu papel e responsabilidade como cidadão e à capacitação técnica ao trabalho. Assim, formaríamos indivíduos livres e solidários. Isto seria o resultado do acesso à educação escolar, à cultura etc.

A lei define os objetivos da educação, os responsáveis por este objetivo e os locais em que a educação se dá, porém esta lei não irá regular o acesso à cultura, o papel educativo dos movimentos sociais, mas apenas um local será regulado: o ensino ministrado em sala de aula, pensado a partir de seus princípios. Estes são:

> Art. 3. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
> III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
> IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
> V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> VII – valorização do profissional da educação escolar;

[3] Conforme reforçado no Art. 22 da LDB: "A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores".

> VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta lei e da legislação dos sistemas de ensino;
> IX – **garantia de padrão de qualidade**;
> X – valorização da experiência extraescolar;
> XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Nestes onze incisos destacam-se, principalmente, dois elementos fundamentais a serem garantidos: o acesso à escola e a liberdade pedagógica. As escolas devem abrir as suas portas a todos e garantir que todos tenham a sua liberdade e dignidade assegurada enquanto permanecem nela. Entretanto, chama a atenção o inciso IX em que aparece novamente a expressão "garantia de padrão de qualidade". É o menor inciso, de modo que não foi definido – e nem o será nos artigos subsequentes – o que é este padrão de qualidade. Surge novamente o problema: como o Estado deve ao mesmo tempo garantir a liberdade de ensino e o padrão de qualidade? Um padrão requer um modelo, mas se o modelo é apenas garantir a liberdade às escolas e aos professores, como garantir que este ensino plural seja considerado de qualidade?

Resta então uma questão prática importante relacionada ao artigo 2°: como medir se o individuo será mais livre, apto ao trabalho, à cidadania? Não há uma resposta que permita o levantamento de estatísticas e avaliações das escolas. Não é possível avaliar as fontes escolhidas pelos professores, o modelo de ensino nem diversos elementos, pois são considerados subjetivos. Todavia, pode-se buscar os elementos objetivos (não interferindo na liberdade pedagógica) como a presença dos professores em sala de aula, a disponibilidade de equipamentos (como datashow), a qualidade mínima das carteiras, do quadro, a presença da diretora, psicóloga e todos os funcionários no seu horário e a garantia da segurança no ambiente escolar. Existe uma série de

definições acerca da duração mínima dos cursos, o mínimo de horas-aulas diárias e diversos outros elementos quantitativos que podem garantir algum controle de qualidade[4].

Sobre o artigo 12[5], diz Carlos Roberto Jamil Cury:

> O artigo 12 da LDB se refere aos estabelecimentos de ensino dos sistemas. É lá que os docentes e outros agentes pedagógicos têm sua lotação administrativa e/ou seu contrato de trabalho. Se a finalidade do processo de ensino é o aprendizado do aluno, garantido por um padrão de qualidade, o núcleo básico do processo é o Projeto Pedagógico (inciso I) do estabelecimento e que deve ser objeto de um planejamento, obrigatório.[6]

---

[4] Alguns artigos exemplificam tais previsões: "Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver;" ; "Art. 34. A jornada escolar no ensino fundamental incluirá pelo menos quatro horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola."

[5] "Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: I – elaborar e executar sua proposta pedagógica; II – administrar seu pessoal e seus recursos materiais e financeiros; III – assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula estabelecidas; IV – velar pelo cumprimento do plano de trabalho de cada docente; V – prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento; VI – articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola; VII – informar os pais e responsáveis sobre a freqüência e o rendimento dos alunos, bem como sobre a execução de sua proposta pedagógica"

[6] CURY, Carlos Roberto Jamil. A gestão democrática na escola e o direito à educação. *Revista Brasileira de Administração da Educação*, v. 23, 2007, p.492.

Para que a escola chegue aos seus objetivos de formação dos alunos, a LDB também tratou da sua gestão, pois deve ser democrática. Diferenciando a escola, enquanto prestadora de um bem público fundamental, de uma empresa ou loja.[7]

Há, portanto, proibições de práticas educacionais, de modo que nem toda perspectiva pedagógica realmente é possível. A garantia da liberdade aos professores e gestores é limitada. Modelos educacionais alternativos, sem avaliações, com tutores em vez de professores etc. não seriam possíveis, pois:

> Art.24 (...) V – a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios: a) avaliação contínua e cumulativa do desempenho do aluno, com prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais;

O ensino exclusivamente à distância também não é possível, devido ao art. 32, § 4: "O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino à distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais." Estes são apenas alguns exemplos, pois não nos interessa tratar todas as nuances da LDB, mas permitir a compreensão de como é feita a regulação do ensino a fim de alcançar os seus objetivos.

Ao final da lei é proclamada a década da educação e a obrigação de criação de um Plano Nacional de Educação com duração de 10 anos é reforçada (conforme já previsto na Constituição Federal), restando definido um prazo para tanto.

> Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei. §

[7] Ibidem, p. 493.

> 1o A União, no prazo de um ano a partir da publicação desta Lei, encaminhará, ao Congresso Nacional, o Plano Nacional de Educação, com diretrizes e metas para os dez anos seguintes, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos.

A partir da LDB podemos então compreender o papel deste outro instrumento fundamental que é o Plano Nacional de Educação.

2.2 Plano Nacional de Educação.

O Plano Nacional da Educação é previsto no art. 214 da Constituição Federal de 1988 e por meio da Emenda Constitucional nº 59/2009 teve seu papel melhor definido, além da sua duração sendo alterada de plurianual para decenal. Seu objetivo foi detalhado como articular o sistema nacional de educação e definir metas e estratégias de implementação para o desenvolvimento do ensino. Estas ações devem encaminhar aos objetivos constitucionais, que são: a erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; promoção humanística, científica e tecnológica do país; e estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto[8].

O Plano Nacional de Educação atual foi aprovado pela lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, tendo tramitado por quatro anos; define 20 metas e mais de 200 estratégias para a expansão e melhoria no ensino até o ano de 2024,

---

[8] BRASIL. [Plano Nacional de Educação (PNE)]. Plano Nacional de Educação 2014-2024 [recurso eletrônico] : Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014, p.9.

desde a educação infantil até o ensino superior. A sua formatação contou com o apoio da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME), do Conselho Nacional de Secretários de Educação (CONSED), da União dos Conselhos Municipais de Educação (UNCME), do Fórum Nacional dos Conselhos Estaduais de Educação (FNCE) e do Conselho Nacional de Educação (CNE). O plano aborda diversos elementos como a educação inclusiva, a melhoria da taxa de escolaridade média dos brasileiros, planos de carreira para professores e diversas outras medidas e modos de medir os avanços. O principal ator de sua concretização é o Ministério da Educação (MEC), por meio da Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (SASE), que apoiará os entes federativos no alinhamento ao plano, já que todos os planos municipais ou estaduais de educação devem estar de acordo ou baseado no PNE.

Há no artigo 2º da PNE as suas diretrizes:

> I - erradicação do analfabetismo;
> II - universalização do atendimento escolar;
> III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação;
> IV **- melhoria da qualidade da educação;**
> V - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade;
> VI - promoção do princípio da gestão democrática da educação pública;
> VII - promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País;
> VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade;
> IX - valorização dos (as) profissionais da educação;

> X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

Percebemos que as diretrizes para a educação trazem elementos novos e interessantes em relação à lei de diretrizes e bases, como a promoção humanística e científica do país, mais atenção ao combate à discriminação como forma de exercício cidadão etc. Entretanto, novamente esbarramos em um inciso (IV) que fala da qualidade sem que haja definição em outro momento do que isto seria.

Baseado nestas diretrizes são definidas 20 metas da educação, que se dividem em quatro blocos. O primeiro bloco se refere a metas estruturantes para a garantia do direito à educação básica com qualidade em relação ao seu acesso; o segundo se refere à redução das desigualdades e a valorização da diversidade; o terceiro bloco visa valorizar os profissionais da educação, como ponto necessário ao cumprimento das outras metas; o quarto bloco se refere ao ensino superior que é de responsabilidade dos governos federal e estaduais[9].

Tais metas e objetivos são pensados a partir de melhora em elementos quantitativos. Refere-se apenas às questões que podem ser contabilizadas e não na garantia dos objetivos educacionais, como autonomia, acesso ao mercado de trabalho etc. Interessa trazer alguns exemplos, começando com as primeiras metas:

> Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças

[9] Ibidem, p. 9-13.

> de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.
> Meta 2: universalizar o ensino fundamental de 9 (nove) anos para toda a população de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência deste PNE.
> Meta 3: universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento).

É indiscutível a importância da universalização da educação, do acesso de todos, de boas estatísticas de presença em sala de aula. Em outras metas, entretanto, há diferenças quanto à melhoria do ensino:

> Meta 7: fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir as seguintes médias nacionais para o Ideb:
> (...)
> Estratégias:
> 7.1) estabelecer e **implantar, mediante pactuação interfederativa, diretrizes pedagógicas para a educação básica e a base nacional comum dos currículo**s, com direitos e objetivos de aprendizagem e desenvolvimento dos (as) alunos (as) para cada ano do ensino fundamental e médio, respeitada a diversidade regional, estadual e local;
> 7.11) melhorar o desempenho dos alunos da educação básica nas avaliações da aprendizagem no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes - PISA, tomado como instrumento externo de referência, internacionalmente reconhecido, de acordo com as seguintes projeções:
> (...)

> 7.18) assegurar a todas as escolas públicas de educação básica o acesso a energia elétrica, abastecimento de água tratada, esgotamento sanitário e manejo dos resíduos sólidos, garantir o acesso dos alunos a espaços para a prática esportiva, a bens culturais e artísticos e a equipamentos e laboratórios de ciências e, em cada edifício escolar, garantir a acessibilidade às pessoas com deficiência;

Nestas metas e estratégias percebemos elementos interessantes de avaliação e melhoria. Para desenvolver a qualidade da educação as estratégias são guiadas por dois índices: IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica), que leva em conta o fluxo escolar e as médias de desempenho nas avaliações; e PISA (*Programme for International Student Assessment*), que se resume a um teste trienal que avalia os conhecimentos de alunos de 15 anos de diversos países. Além disso, a análise também leva em conta a compra de materiais, como computadores, acesso à luz elétrica, água tratada e outros elementos essenciais ao ensino. Um dos poucos elementos que se referem ao ensino na sala de aula são (em negrito) a definição de diretrizes pedagógicas para a educação básica (consta no MEC apenas documento oficial de 2013, anterior ao PNE) e a base nacional comum dos currículos. Todavia, tais questões não parecem ser prioridade no plano.

Outras metas seguem a mesma lógica de desenvolvimento quantitativo, pensada em termos de universalização do ensino:

> Meta 9: elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais para 93,5% (noventa e três inteiros e cinco décimos por cento) até 2015 e, até o final da vigência deste PNE, erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50%

> (cinquenta por cento) a taxa de analfabetismo funcional.
> (...)
> Meta 13: elevar a qualidade da educação superior e ampliar a proporção de mestres e doutores do corpo docente em efetivo exercício no conjunto do sistema de educação superior para 75% (setenta e cinco por cento), sendo, do total, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) doutores.

É evidente que a melhora na educação passa pelo seu maior acesso. Todavia, pode haver um maior acesso a uma educação de má qualidade, seja por falta de equipamentos ou por falta de planejamento ou ainda de reflexão pedagógica. O plano com suas diretrizes e metas tem por foco claramente a tríade expansão, acesso e permanência no ensino.

2.3. Pacto Nacional pelo Fortalecimento do Ensino Médio.

Há também outras políticas públicas menos conhecidas como o Pacto Nacional pelo Fortalecimento do Ensino Médio. No artigo 211, §§1º, 2º e 3º, da Constituição Federal estão as competências da União, Estados e Municípios no sistema educacional. À União cabe organizar o sistema federal de ensino, financiar as instituições de ensino federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, para garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Os Municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil; os Estados e o Distrito Federal, prioritariamente nos ensinos fundamental e médio.

O PNFEE, instituído pela Portaria n. 1.140, de 22 de novembro de 2013, representa a articulação e a

coordenação de ações e estratégias entre os entes federativos na construção e implementação de políticas públicas a fim de elevar o padrão de qualidade do ensino médio. Tendo como princípio norteador expresso a inclusão de todos. O que identificamos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e no Plano Nacional de Educação como norte destas políticas públicas aqui é expresso com a melhora por meio da inclusão.

Seus objetivos estão expostos no seu Art. 3º:

> I - contribuir para o aperfeiçoamento da formação dos professores e coordenadores pedagógicos do ensino médio;
> II - promover a valorização pela formação dos professores e coordenadores pedagógicos do ensino médio;
> III - rediscutir e atualizar as práticas docentes em conformidade com as Diretrizes Curriculares Nacionais do Ensino Médio – DCNEM

Portanto, o foco é uma formação melhor nos profissionais do ensino para que suas práticas estejam de acordo com a inclusão e as diretrizes do ensino médio. Inicialmente, duas ações são articuladas, o redesenho curricular, sendo desenvolvido pelo Programa Ensino Médio Inovador (ProEMI), tendo por objetivo a elaboração dos currículos do ensino médio que ofertem a educação de qualidade com foco na formação humana integral. O objetivo disto é concretizar as Diretrizes Curriculares Nacionais para o ensino médio, conforme a Resolução CEB/CNE no 2, de 30 de janeiro de 2012. A segunda ação é a valorização da Formação Continuada de professor do ensino médio, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e as Diretrizes Curriculares Nacionais do Ensino Médio.

Percebemos, de modo geral, a articulação de leis que servem de norte às políticas públicas em educação e

um exemplo de portaria que visa aplicá-las. Fica claro que a ideia de educação de qualidade não é explorada e permanece como objetivo abstrato. Mas então como pensar o que seria a educação de qualidade e a concretização de seus fins?

3. Direito à educação como mero acesso ao ensino: entre ampliação e a melhoria na qualidade da educação pública brasileira.

Neste item será feita uma síntese crítico sobre o modo pelo qual o MEC, o PNE e os diversos órgãos e políticas públicas tratam da melhoria do direito à educação quase exclusivamente por elementos quantitativos e inclusivos. Torna-se flagrante que é demasiado sutil a preocupação com a qualidade nos termos que a própria Constituição define, uma vez que a grande preocupação é que se garanta o acesso a uma instituição de ensino. Iremos fazer um balanço desta perspectiva de políticas públicas em educação, usando diversas críticas por modelos pedagógicos que tratariam da melhoria da educação em outros termos.

Pensaremos a ideia de melhora do ensino com a necessidade de uma perspectiva educacional que vise concretizar certos fins, alcançar certos bens possíveis. Isto para demostrar que esta ideia de melhora na educação, que às vezes é pensada como mera ampliação de vagas, não possibilita a concretização de nenhum ideal educacional para além da presença na escola e a possibilidade de ter um diploma. A nossa educação (escolar ou universitária) não tem seguido as diretrizes e caminhos que realmente se preocupem com uma educação em termos qualitativos. A universidade forma trabalhador, a escola forma vestibulando.

Então por perspectivas de educadores vamos pensar como as políticas públicas em educação têm se

esquivado da busca fundamental de um fim, um sentido a ser alcançado na educação, uma educação concreta (no seu sentido de formar o indivíduo, de garantir as suas potencialidades enquanto ser humano), ou seja, uma educação de qualidade - e não apenas o direito a uma educação qualquer. Seja para o pensamento humanista tradicional, de educação popular ou quaisquer outros é necessário um projeto educacional, o que significa necessariamente a definição e busca de fins concretos.

Voltemos à questão inicial presente na própria Constituição: o possível conflito entre os princípios do ensino do artigo 206. Tais elementos devem ser objeto de controle estatal para a garantia do direito à educação, entretanto, como garantir ao mesmo tempo o inciso II que garante a liberdade de ensino, o inciso III que garante a pluralidade de projetos pedagógicos e o inciso IV que visa garantir a educação de qualidade? O que seria esta qualidade que não é definida, mas seria compatível com uma pluralidade de perspectivas de educação e ensino?

Uma importante concepção de educação é a de José Francisco Pacheco, conhecido pela Escola da Ponte[10]. No prefácio do livro de José Pacheco, intitulado *Dicionário de valores*, Celso dos S. Vasconcellos trata do que Pacheco nomeia de "Outro mundo possível passa pela sala de aula"[11]. Vasconcellos, reforçando as ideias de Pacheco, diz que a solução para a violência e a corrupção só existe por meio da educação, pela incorporação de valores. Valores representam a finalidade dos atos humanos, algo para o qual as ações são dirigidas, pois são valores que dão sentido à vida. Devolver o troco a mais não deve ser um ato

---

[10] Escola sem turmas, os alunos definem suas áreas de interesse e desenvolvem projetos de pesquisas auxiliados por tutores. Valoriza a autonomia e critica o modelo tradicional de escola.

[11] VASCONCELLOS, Celso dos S. Prefácio. In: PACHECO, José. *Dicionário de valores*. São Paulo: Edições SM, 2012, p. 7.

motivado pela possibilidade da descoberta do ato, mas deve ser uma questão de princípio diante do que seria injusto, de algo que não é bom. Tais valores são basicamente aprendidos em duas instituições: a família e no ensino fundamental da escola. Não é possível interferir no modo como as famílias educarão seus filhos, mas podemos conceber uma escola que proporcione um verdadeiro papel educativo. Uma educação que esteja pautada por uma formação ético-moral (que passa pela amizade, companheirismo, solidariedade) e não pautada pelo cumprimento de formalidades curriculares que garantiriam a "educação" devido à regular presença na escola.

Os projetos pedagógicos sempre expõem a formação do indivíduo, do cidadão enquanto sujeito autônomo, crítico, mas não definem como será este caminho. Certamente a presença em uma sala de aula não é garantia de nada, mas é necessário um projeto, uma concepção de educação.[12]

Rubem Alves compara a nossa educação à produção industrial: "Nossas escolas são construídas segundo o modelo das linhas de montagem. Escolas são fábricas organizadas para a produção de unidades bio-psicológicas móveis portadoras de conhecimentos e habilidades."[13] Deste modo, a melhoria das nossas escolas seria o crescimento em lógica industrial. Aumentar o número de alunos e o número de horas (com projetos de escola em tempo integral).

Assim diz Alves:

> As linhas de montagem denominadas escolas se organizam segundo coordenadas espaciais e

---

[12] PACHECO, José. *Dicionário de valores*, cit., p. 57.

[13] ALVES, Rubem. *A escola da ponte*. Disponível em: <http://www.educacao.rs.gov.br/dados/edcampo_texto_rubem_alves_a_escola_com_que_---_existir.pdf >. p. 2.

> temporais. As coordenadas espaciais se denominam "salas de aula". As coordenadas temporais se denominam "anos" ou "séries". Dentro dessas unidades espaço-tempo os professores realizam o processo técnico-científico de acrescentar sobre os alunos os saberes-habilidades que, juntos, irão compor o objeto final. Depois de passar por esse processo de acréscimos sucessivos - à semelhança do que acontece com os "objetos originais" na linha de montagem da fábrica- o objeto original que entrou na linha de montagem chamada escola (naquele momento ele chamava 'criança') perdeu totalmente a visibilidade e se revela, então, como um simples suporte para os saberes-habilidades que a ele foram acrescentados durante o processo. A criança está finalmente formada, isto é, transformada num produto igual a milhares de outros.[14]

Alves faz um exercício imaginativo de se pensar em uma escola que siga literalmente os moldes de montagem. Aulas de substantivos, depois de adjetivos, verbos, sintaxe etc. O resultado disso seria que as crianças não aprenderiam a falar. Mas por que o exemplo do aprendizado da fala? Porque a aprendizagem da linguagem é tão perfeita, mas ao mesmo tempo informal e sem ordem; ela acontece de acordo com as experiências vitais da criança. O falar está ligado à experiência presente, aprende-se o que é vital. Alves então diz: "Por que é que, a despeito de toda pedagogia, as crianças têm dificuldades em aprender nas escolas? Porque nas escolas o ensinado não vai colado à vida."[15]

Valores, para Pacheco, estão no campo da prática, da vivência. Os projetos político-pedagógicos das nossas

---

[14] Ibidem.

[15] Ibidem, p. 7.

escolas seriam muitos "diagnósticos" e "planos de ação", mas acometidos por uma profunda fragilidade em termos de valores. O ensino da teoria, de modo bancário, não basta. É necessário promover e proporcionar vivência, i.e., a ligação com aquilo que se aprende com a vida.[16]

Alves deseja o fim dos programas oficiais que são cumpridos pelas escolas. Mesmo que compartilhemos a ideia de que realmente este é o melhor modo de ensinar, pois segue o modo como se dá o nosso aprendizado, isto é tão distante que soa impossível de ser pensado em termos de políticas públicas. Antes disso, pensamos em uma escola que tenha algum compromisso pedagógico real, que se ligue aos seus fins e não seja pensada como etapa necessária por formalidade, por vestibular ou outros fatores que não pela própria formação do indivíduo em meio à humanidade da sua mente, do seu corpo, das suas experiências e do que este há de aprender e compartilhar em uma escola. Isto tudo porque a inteligência é essencialmente prática. Está a serviço da vida.[17]

Mesmo em perspectivas que não sejam ligadas a um projeto político de educação popular, que estejam menos ligadas à emancipação e mais à formação, mantém-se a importância da ideia de educação ligada a um fim para o indivíduo, o projeto ético. Leo Strauss conceitua a educação liberal como "educação em cultura e para a cultura", no qual o produto final é o ser humano de cultura, no sentido de que teve o cultivo (ligado à agricultura) das faculdades de acordo com a natureza da mente. Ressalta que "assim como o solo precisa de cultivadores, a mente precisa de professores" e precisa do contato com as grandes obras que as maiores mentes nos legaram.[18]

---

[16] PACHECO, José. *Dicionário de valores*, cit., p. 57.

[17] ALVES, Rubem. *A escola da ponte*, cit., p. 9.

[18] STRAUSS, Leo. O que é educação liberal? *Revista Ensino Superior Unicamp*, ano 2, n. 3, jun. 2011, p. 74.

Strauss diz, sobre o conceito de cultura, que:

> Se contrastarmos o uso atual de 'cultura' com o seu significado original, é como se alguém dissesse que o cultivo de um jardim pode consistir no jardim sendo sujado por latas vazias, garrafas de uísque e papeis amassados jogados pelo jardim de forma aleatória. Tendo chegado a esse ponto, percebemos que perdemos nosso caminho de alguma forma. Vamos então começar de novo, levantando a seguinte questão: o que a educação pode significar aqui e agora?[19]

Eis a questão do sentido da educação novamente. Cultura, para Strauss, é no sentido de tradição ocidental, mesmo esta sendo apenas uma entre muitas. Há um risco de certo paroquialismo, mas isto seria incompatível com os dogmas do liberalismo, a generosidade e mente aberta da educação liberal. Há uma distinção entre o ideal democrático e como a democracia é. O ideal democrático busca homens de virtude, o que necessita de homens cultos, de conhecimento. Ocorre que isto não seria para humanos, mas na prática seria para aristocratas. A democracia é uma cultura das massas, uma cultura que "pode ser apropriada pela capacidade média sem qualquer esforço intelectual ou moral, a um preço monetário muito baixo."[20] A educação liberal seria a escada a ser subida na democracia das massas para o seu sentido original, lembrando aos membros da democracia das massas que "tenham ouvidos para ouvir sobre a grandiosidade humana."[21]

De acordo com Eduardo Bittar:

---

[19] Ibidem, p. 75.

[20] Ibidem, p. 76.

[21] Ibidem.

> Não há educação eticamente isenta, assim como não há educação ideologicamente neutra. As tomadas de decisão quanto a conteúdos programáticos, métodos de ensino/aprendizagem, dinâmicas pedagógicas, políticas públicas educacionais, sistemáticas de avaliação, critérios de elevação da qualidade de ensino, diretrizes curriculares nacionais, exigências mínimas de habilidade e competências por áreas de conhecimento etc. sempre passam por fortes juízos de valor, e sempre se fazem visando a algum ganho ou perda para a construção do conhecimento. [22]

Mário Sérgio Beltrão Pamplona diz que o Estado deve restringir os abusos que estejam privando a liberdade de ensino, pois estes abusos não permitiriam a formação de uma consciência crítica[23]. Todavia, a própria ideia de ensino que garanta uma consciência crítica já é uma perspectiva inconciliável com diversas concepções pedagógicas. Um ensino sem barreiras e que permita mentes críticas não é uma posição neutra, mas já é em si um comprometimento ético com a educação.

A premissa fundamental é que a questão ética e a questão educacional estão interligadas, caminham juntas, como elemento indispensável do pensamento da educação ou de políticas públicas. Portanto, a educação deve ser pensada em uma perspectiva ética, com fins claros a serem alcançados. Deste modo, o direito à educação não pode de maneira alguma resumir-se à garantia de uma cadeira em uma sala de aula, mas deve buscar uma educação de

---

[22] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. São Paulo: Manole, 2004, p.75.

[23] PAMPLONA, Mário Sérgio Beltrão. Liberdade de ensinar: princípio constitucional. *Revista do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA*, n. 3 e n. 4, 2013, p. 96.

qualidade, pois apenas esta poderia alcançar os ideias da formação e da educação.[24]

Os conflitos decorrentes disso são evidentes, pois, por exemplo, o reforço e investimento no ensino profissionalizante é uma ideologia voltada para pressupostos de ação no mercado. Enquanto isso há a outra opção por um ensino crítico-reflexivo, que busca uma educação libertadora, com preocupações voltadas ao processo de desobsessão da condição de oprimido, na leitura de Paulo Freire – além de diversas outras.[25]

Nesse sentido, sem sinalizar a adoção ou não de padrão único de qualidade, entende-se que é fundamental estabelecer a definição de dimensões, fatores e condições de qualidade a serem considerados como referência analítica e política no tocante à melhoria do processo educativo e, também, à consolidação de mecanismos de controle social da produção, à implantação e monitoramento de políticas educacionais e de seus resultados, visando produzir uma escola de qualidade socialmente referenciada.[26]

À guisa de conclusões.

Esta pesquisa visou compreender o atual estado legislativo do direito à educação e das políticas públicas em educação no Brasil. Inegavelmente, é um trabalho que precisa ser aprofundado, pois há diversos outros instrumentos políticos e pedagógicos que importam à questão. Entretanto, algumas conclusões podem ser feitas.

---

[24] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos*, cit., p. 76.

[25] Ibidem, p. 75-76.

[26] DOURADO, Luiz Fernandes; OLIVEIRA, João Ferreira. A qualidade da educação: perspectivas e desafios. *Cadernos Cedes*, vol. 29, n. 78, maio/ago. 2009, p.207.

O atual panorama jurídico do direito à educação claramente adota uma avaliação do ensino em termos quantitativos, tendo como prioridade o objetivo da universalização da sala de aula. Deste modo, avalia o ensino por meio da presença dos alunos, suportes e matérias mínimos para a sala de aula. Reitera-se que é indiscutível a importância disto, entretanto, uma escola equipada com uma taxa boa de presença dos alunos significa uma educação de qualidade? É um bom sinal diante de tantas escolas inaptas ao ensino, mas certamente não garante que o serviço educacional prestado esteja de acordo com os fins desejados.

Percebe-se é que a partir da Constituição Federal que encontramos o direito à educação e os princípios da educação. A concretização deste direito passa, necessariamente, pela garantia dos princípios e, naturalmente, da qualidade do ensino. Portanto, uma educação precária não garante o direito à educação. Entretanto, em momento algum, seja na Constituição, na Lei de Diretrizes e Bases, no Plano Nacional de Educação etc., é definido o que seria esta educação de qualidade. Apenas se definem elementos quantitativos, inclusivos e a liberdade de ensino aos professores e instituições de ensino.

Por outro lado, guiada principalmente por pedagogos, a qualidade da educação deve ter fins e meios claros. Não há educação neutra. Mesmo alguns fins adotados, como formação ao mercado de trabalho, é uma posição pedagógica e ética fundamental ao ensino nacional. Portanto, este ensino de qualidade requer elementos substanciais para caracterizá-lo. O mais próximo disto ainda está no artigo 205 da Constituição Federal, onde aparece o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo ao exercício da cidadania e sua qualificação ao trabalho. Entretanto, como garantir que estes elementos estejam acontecendo na realidade? Como medir o papel da

educação no desenvolvimento da pessoa? Mesmo com estes objetivos, segue certeza vagueza.

Mas como pensar a concretização deste direito e a busca de instituições que garantam o ensino de qualidade em um país em que tantas pessoas sequer têm acesso a escolas precárias? Não se sabe. Sabe-se sim que cabe ao jurista pensar este direito em diálogo com perspectivas pedagógicas e com fins intrínsecos da educação, ou então permaneceremos tratando a melhora no ensino apenas em termos de acesso, o que é importante, mas não deve limitar a este ponto o direito à educação.

Referências bibliográficas:

ALVES, Rubem. *A escola da ponte*. Acessado em: http://www.educacao.rs.gov.br/dados/edcampo_texto_rubem_alves_a_escola_com_que_---_existir.pdf

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos : estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. São Paulo: Manole, 2004. 268p.

BRASIL. [Plano Nacional de Educação (PNE)]. Plano Nacional de Educação 2014-2024 [recurso eletrônico] : Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

CARVALHO, Djalma Pacheco de. A nova Lei de Diretrizes e Bases e a formação de professores para a Educação Básica. *Ciência & Educação (Bauru)*, vol. 5, n. 2, 1998, pp. 81-90.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A gestão democrática na escola e o direito à educação. *Revista Brasileira de Administração da Educação*, v. 23, 2007, p. 483-496.

DOURADO, Luiz Fernandes; OLIVEIRA, João Ferreira. A qualidade da educação: perspectivas e desafios. *Cadernos Cedes*, vol. 29, n. 78, maio/ago. 2009, p. 201-215.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 18, n. 2, 2004, p.113-118.

PACHECO, José. *Dicionário de valores*. São Paulo: Edições SM, 2012.

PAMPLONA, Mário Sérgio Beltrão. Liberdade de ensinar: princípio constitucional. *Revista do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA*, n. 3 e n. 4, 2013.

STRAUSS, Leo. O que é educação liberal? *Revista Ensino Superior Unicamp*, ano 2, n. 3, jun. 2011, p. 74-79.

VASCONCELLOS, Celso dos S. Prefácio. In: PACHECO, José. *Dicionário de valores*. São Paulo: Edições SM, 2012.

A DIFÍCIL RELAÇÃO DA IGUALDADE ENTRE REDISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS E DO RECONHECIMENTO SOCIAL

Diego Fonseca Mascarenhas[1]
Débora Simões Pereira[2]

Introdução

O presente artigo tem como proposta estabelecer a discussão entre o conceito de redistribuição de recursos e o da luta pelo reconhecimento social. Estes são dois elementos imprescindíveis para que seja garantida a igualdade dentro das práticas estabelecidas no tecido social.

Apesar desses dois elementos serem intimamente interligados no convívio social, há necessidade de fazer uma distinção no campo teórico para demonstrar como o seu imbricamento pode ocasionar resultados paradoxais.

Para atingir este empreendimento aparentemente inviável de se realizar será apresentado o raciocínio de três autores.

O primeiro é John Rawls, pelo fato dele ser o pensador que inaugurou a promoção do debate sobre a redistribuição de recursos por meio de sua obra "Uma Teoria da Justiça".

---

[1]Mestre em Direitos na Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professor na ESTÁCIO/FCAT e FACI/DeVry. Advogado.

[2]Doutoranda e Mestre em Direitos na Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora no CESUPA e ESTÁCIO/FCAT.

Em um segundo momento, será estudado o pensamento de Axel Honneth em face dele descrever, detalhadamente, a importância do reconhecimento social para a efetivação dos direitos sociais e da autonomia do indivíduo.

Por fim, após ter sedimentado isoladamente o desenvolvimento do conceito da redistribuição e do reconhecimento, será avaliado por meio de Nancy Fraser como ambos se relacionam no ente social e as suas respectivas tensões, especificamente no caso do gênero e da raça, que requerem o uso instantâneo destes dois elementos.

A problematização da autora gira em torno do fato de que a política de reconhecimento e a política de redistribuição frequentemente aparentam ter fins contraditórios, em que a primeira tende a promover a diferenciação, e a segunda tende a minar isso. Assim, os dois tipos de reivindicação estão em tensão; eles podem interferir, ou até mesmo atrapalhar uma ou outra.[3]

1. Concepção de justiça

A definição de justiça segundo John Rawls é balizada não só pelas instituições sociais, como também ela está conectada com a justiça social no sentido de estabelecer entre as variadas opções qual o tipo de ordenação social se estabelece nos compartilhamentos de ganhos na convivência harmônica na sociedade, fixando um acordo sobre as partes distributivas adequadas.

Há dois princípios que regem a concepção de justiça. O primeiro ocorre quando todos aceitam e sabem

---

[3] FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (coord.). *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 254.

que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, enquanto o segundo princípio se manifesta nas instituições sociais básicas que geralmente satisfazem esses princípios[4].

No entanto, há clara complexidade de aplicar estes princípios pelo fato de haver uma multiplicidade de concepções de justiça em decorrência de problemas sociais como os de coordenação, eficiência e estabilidade.

No intuito de operar com maior clareza o arcabouço teórico, os princípios da justiça definem como objeto a própria estrutura básica da sociedade, onde as instituições sociais distribuem direitos e deveres entre os cidadãos e proporciona a divisão distributiva dos bens produzidos dentro do convívio em sociedade.

Nesse sentido, a justiça visa contrapor os desequilíbrios sociais provocados pelo o sistema político, avaliando as questões econômicas e sócias que disparam a desigualdades sociais.

A projeção da justiça social fornece os parâmetros para balizar os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. Contudo é importante lembrar que, os princípios da justiça são somente uma parte do que venha ser a concepção de justiça, pois esta é entendida como um ideal social.

2.1. Posição original

O autor para articular a sua proposta de concepção de justiça lança como instrumento teórico a situação hipotética da posição original. Este é um estado em que os indivíduos são caracterizados por serem livres e racionais. Situação tal que os envolvidos não tem como discernir qual é o seu status na sociedade e como será definido o seu talento.

---

[4] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5

É assinalado que o tecido social carrega dentro de si conflitos de interesses entre as pessoas. Nesse ambiente surge a necessidade e importância de haver o papel da justiça para elencar princípios com a finalidade de promover a divisão de vantagens e as suas respectivas distribuições dentro da sociedade.

Há dois motivos para que os indivíduos visualizem a efetivação dos princípios da justiça como a escolha mais vantajosa. O primeiro são as circunstâncias objetivas em virtude de haver a necessidade de alcançar coesão interna entre os indivíduos que convivem sobre o mesmo território, pois se houver conflitos entre eles, consequentemente haverá um desgaste nas suas forças e proporcionará a sua futura debilidade em relação às outras pessoas que vivem em outros territórios, dando margem para invasões de estrangeiros na região geográfica que ocupam.

O segundo ponto seria as circunstâncias subjetivas, embora as pessoas tenham interesses bastante semelhantes, elas também têm necessidades que se complementam e torna a cooperação entre os indivíduos mutuamente vantajosos para atender os seus desejos racionais privados,

Portanto, abre-se para o debate apontando que as pessoas na posição original têm obrigações e deveres para com terceiros. Responder esta afirmativa seria um modo de apresentar questões da justiça como equidade é procurar deduzir todos os deveres e obrigações da justiça de outras estipulações razoáveis. Assim, a justiça é a virtude de práticas nas quais há interesses concorrentes, e as pessoas se sentem habilitadas a impor seus direitos uma às outras[5].

No aspecto das partes, como foi dito anteriormente, na posição original são racionais e não conhecem a concepção de bem, mas decidem qual a concepção de justiça a ser dotada pelo o fato de buscarem

---

[5] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 139-140.

promover em maior grau possível dos bens sociais primários.

Há duas percepções dentro dessa escolha: primeiro, os princípios são derivados com base na suposição de que a inveja não existe; segundo, considera-se que a concepção resultante é aplicável em vista das circunstâncias da vida humana[6].

A suposição é baseada no meio de uma racionalidade mutuamente desinteressada o qual visa somente garantir a maior aquisição disponível dos bens primários e as partes não almejam nem prejudicar ou beneficiar terceiros. Os indivíduos podem confiar nos princípios acordados em vista que eles serão respeitados por causa de se levar em consideração a força do compromisso firmado.

Os bens sociais primários são elencados em categorias amplas, como: direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza. São bens sociais em vista de sua ligação com a estrutura básica; as liberdade e oportunidades são definidas pelas regras das instituições mais importantes, e a distribuição de renda e riqueza é por elas regulada. A ideia principal é a de que o bem de uma pessoa é determinado pelo o que é para ela o mais racional plano de vida em longo prazo, dadas circunstâncias razoavelmente favoráveis, o bem é entendido como a satisfação de um desejo racional[7].

Na posição original há um consenso sobre os dois princípios da justiça, sendo que as afirmações dos princípios são o seguinte: Primeiro cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo, as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de

---

[6] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 155.

[7] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p.98.

tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites razoáveis, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.[8]

Esses dois princípios partem de uma ideia de que o primeiro princípio tem sempre preferência sobre o segundo princípio, ou seja, obedece a lógica da ordenação seriada onde o primeiro precede o segundo. Carrega consigo a concepção de que as liberdades básicas se aplicam igualmente a todos e não podem sofrer nenhuma perturbação quando estiver em fator algum elemento que venha justificar questões de tipo de ganhos econômicas ou sociais.

Na mesma linha de raciocínio é afirmado que a concepção de justiça entendida no seu âmbito geral somente propõe o melhoramento de posições de todos os indivíduos e não faz restrições que haja algum de desigualdade na sociedade.

O pensamento igualitário referiu-se as características expostas na posição original mediante a distinção entre fatos arbitrários de um ponto de vista moral (fatos alheios à responsabilidade de cada um) e fatos pelos quais alguém é plenamente responsável. Isso para dizes que uma sociedade justa deve, na medida do possível, tender a igualar as pessoas em suas circunstâncias, de tal modo que o que ocorra com suas vidas fique sob sua própria responsabilidade[9].

2.2. Véu de ignorância

A falta de informação entre os indivíduos que vivem no caso hipotético da posição original é denominada

---

[8] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 64.

[9] GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire; rev. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 26-27.

de véu de ignorância. Haja vista que as pessoas devem deliberar para obter o consenso ou ajuste equitativo de qual princípio da justiça irá constituir a sociedade e como não tomam conhecimento qual será o seu *status quo* no futuro, elas optaram pela aplicação dos dois princípios da justiça

O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, é assumido que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais[10].

O fato que ninguém sabe qual será a sua posição dentro do corpo social e como os seus dotes naturais como força e inteligência será alocado dentro da sociedade, não conhecendo quais são as circunstâncias atuantes dentro do seio social. Com isso visam os dois princípios da justiça com o objetivo de alcançar a estabilidade e a cooperação social.

Portanto, o consenso obtido na posição original não é considerado como se fosse uma assembleia geral, pois os indivíduos não conhecem nem a concepção de bem ou de outros fatores particulares que poderiam ser influenciadas pelas as contingências da natureza ou de outro raciocínio que possa o uso do critério da utilidade.

A posição natural é estabelecer um guia natural para a intuição onde os dois princípios da justiça sempre seriam escolhidos e o véu de ignorância é o pano de fundo ideal para florescer este argumento,

---

[10] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p.147.

2.3. Manutenção do status de igualdade na posição original

A teoria da escolha racional definirá quais são os princípios justiça racionalmente aceito na posição original e destes princípios irá derivar um conjunto de princípios.

Nesse contexto ficam excluídas as disparidades entre os homens pelo fato deste de não tomarem consciência de que podem ser favorecidos ou por não existirem contingências sócias. Eles se encontram sob o véu de ignorância. Assim, eles buscaram a decisão dos princípios mais equânime na posição original não é baseado nas suas aspirações pessoais e como sendo sujeitos racionais preocupados em promover seus interesses consensualmente, eles aceitariam a condição de igualdade.

Contudo, é possível alterar a avaliação da situação inicial ou revisar os nossos juízos contemporâneos, visto que os julgamentos posteriores estão passíveis de revisão devido a mudança de fatores que haviam na posição original que não estão mais presentes ou até acrescentar outros.

Esta situação se trata de equilíbrio ponderado. Equilíbrio porque finalmente os princípios e opiniões coincidem; e reflexivo porque é sabido com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam[11].

Nesse norte, a igualdade democrática é alcançada por meio do entrelaçamento do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença.

O princípio da diferença se baseia que se houver uma distribuição que melhore a condição de ambos os indivíduos, deverá ser seguido à distribuição de modo igual. De acordo com o princípio da diferença, a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas for

---

[11] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 23.

vantajosa para o homem representativo que está em piores condições[12].

Devendo ser realizado duas observações, as expectativas do menos favorecido ser ampliadas e o melhoramento das expectativas dos mais favorecidos também melhorem a expectativa de todos, tanto o menos favorecido e de outras camadas intermediárias. A finalidade é sempre buscar a igualdade equitativa de oportunidades.

2.4. Crítica ao pensamento utilitário

Um observador imparcial e racional é capaz de olhar segundo a concepção do utilitarismo e se posicionar na condição de definir quais são as perspectivas gerais dos demais homens, contudo não é possível comportar que esse observador seja capaz de realizar a síntese de todos os desejos dentro da sua visão.

> As experiências e memórias devem continuar sendo exclusivas de cada pessoa; e não deve haver fusão de desejos e lembranças nos desejos e lembranças de uma única pessoa. Como um único indivíduo deve transformar-se literalmente em muitas pessoas, não surge a questão de saber quais serão essas pessoas.[13]

Em refutação a este pensamento**,** segundo o aspecto da benevolência a questão gira em torno do amor à humanidade e quando os valores estiverem em conflito, serão usados os dois princípios da justiça para nortear a decisão correta a ser realizada. Este amor foi constituído dentro da posição original, logo não teria nenhuma vantagem teórica em atribuir que a benevolência já estava

---

[12] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 80.

[13] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 207.

contida desde a posição original, mas sim de que nesta as decisões foram tomadas mediante uma representação igual com pessoas éticas que aceitarem de uma situação inicial justa devido à circunstância de véu de ignorância que se encontravam.

Na contramão, a utilidade significa em compor as satisfações de desejos e esta é mensurada por um procedimento que desconhece nas suas escolhas os riscos envolvidos. O princípio clássico do utilitarismo é de ampliar no máximo possível as expectativas totais dos homens representativos envolvidos. Em contrapartida, o princípio da utilidade média visa maximizar a utilidade média e não a total.

Assim, se as partes são consideradas como indivíduos racionais que não têm aversão ao risco e que seguem o princípio da razão insuficiente no cálculo das probabilidades, então a ideia da situação inicial conduz naturalmente ao princípio da utilidade média, onde a expectativa é mais alta na sociedade que apresenta a maior utilidade média[14].

Contudo, é possível pensar que uma pessoa racional dentro de perspectiva da utilidade média avalie o risco envolvido e gere aversão a ele, se encaminhando então para a direção da posição original e quanto maior esta versão ao risco, será proporcionalmente maior a aproximação do princípio da utilidade com relação ao princípio da diferença.

A primeira debilidade do princípio da utilidade média é de afirmar se o individuo hipotético de fato tem consciência de suas aptidões e da estrutura social para projetar a defesa de seus interesses próprios.

Graças a este cenário de incerteza é natural que o indivíduo opte pela a escolha dos dois princípios da justiça.

---

[14] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 178.

O que deve ser demonstrado é que, dadas às características singulares dessa situação, escolher esses princípios e não o princípio da utilidade é racional para qualquer pessoa cuja aversão à incerteza, no que toca a possibilidade de garantir os seus interesses fundamentais, está dentro da faixa normal[15].

O segundo ponto de incoerência é que o princípio da utilidade trabalha com base objetiva, com dados particulares e não com probabilidades baseadas na razão insuficiente e o ponto da crítica é que a decisão tomada não parte da premissa do julgamento particular seu, mas ao contrário, cada utilidade se baseia na preferência de uma pessoa diferente.

Rawls parte da hipótese de que as partes têm de fato um caráter e uma vontade determinada, embora a natureza específica do seu sistema objetivo seja desconhecida: têm certos interesses de ordem superior e objetivos fundamentais em referência aos quais decidiriam que tipo de vida e que objetivos secundários consideram aceitáveis. São esses interesses e objetivos, independentemente do que venha a ser que elas devem tentar proteger. Como sabem que as liberdades básicas garantidas pelo o primeiro princípio assegurarão esses interesses, elas devem escolher os dois princípios da justiça e não o princípio da utilidade[16].

2.5. Justiça como equidade

Um dos princípios que se aplica aos indivíduos é justiça como equidade, as suas exigências não são de caráter de dever naturais, mas sim de obrigações. Os indivíduos devem direcionar as suas ações de acordo com as regras estabelecidas pela instituição, desde que a instituição seja

---

[15] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 186.

[16] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p.189-190.

justa e ao mesmo tempo haja espaço para usufruir das oportunidades oferecidas pela instituição para promover os seus interesses próprios.

O ponto principal da justiça como equidade é de fazer uma contraposição à ideia utilitarista mediante o princípio da diferença. Seguindo com a síntese, chegarem com os dois princípios da justiça compreendidos numa ordem lexical, pois para as pessoas assegurarem a liberdade, classificam-na como prioritária em relação ao segundo princípio, admitindo a realização efetiva das liberdades iguais.

Para argumentar de modo mais sistemático sobre os dois princípios da justiça definindo quais serão avaliados as consequências para as instituições e para a política social.

Os mencionados princípios foram escolhidos na posição original para fugir da arbitrariedade da natureza e há três características principais para fundamentar essa situação.

A primeira é que a o conhecimento das probabilidades é impossível pelo o motivo de estar sob a condição do véu de ignorância. Nesse caso, seria racional não adotar uma postura cética em relação à falta de referência de cálculos probabilísticos.

A segunda sugere a regra do *maximin*, onde não vale apena apostar no vazio e correr o risco de perder muito que possui atendendo as exigências da eficiência, garantindo pelo menos um mínimo satisfatório.

A terceira, as alternativas rejeitadas dificilmente seriam aceitos ou toleráveis por todos os membros da sociedade a condução de instituições percebidas como injustas, como: o sistema de escravatura ou de servidão.

Conclui-se que a posição original exibe essas características em um grau suficientemente alto, levando-se em conta o caráter fundamental da escolha de uma concepção da justiça, visto que a operação dos princípios da liberdade igual e da igualdade equitativa de

oportunidades impede que as contingências sociais se manifestem[17].

3 A importância da luta pelo reconhecimento social na perspectiva dos padrões de conhecimentos intersubjetivos por meio do desenvolvimento do amor e a sua repercussão no direito.

Inicialmente, o entendimento do significado da palavra amor não deve ser captado, estritamente, na perspectiva do romantismo que enfatiza a relação privada de cunho sexual entre dois indivíduos. Requer, portanto, ampliação do conceito no sentido do afeto ser direcionado para um grupo de poucas pessoas, sendo, no entanto, marcado pela ausência da filtragem prévia do elemento erótico firmado nas relações, da forma como é concebido na relação envolvida entre pais e filhos.

O amor é a primeira etapa do reconhecimento recíproco, pois ele só se perfaz na expressa interação envolvida entre os homens, contendo como pano de fundo a necessidade de suprir a mútua carência humana que só pode ser correspondida e confirmada nas relações com as outras pessoas.

Para demonstrar como ocorre o desenvolvimento do amor no psiquismo humano, é preciso analisar como se constitui a sua estrutura de acordo com a sua primeira construção, percebida na fase infantil do homem.

A fase inicial é caracterizada pela relação entre a dependência precária da mãe e a necessidade biológica do bebê. Na idade média de seis meses, ele começa a entender sinais acústicos ou ópticos como índices de futuras satisfações de carências. De sorte que pode suportar progressivamente a ausência da mãe em curtos períodos. Assim, a pessoa fantasiada até então como parte de seu

---

[17] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p.168-169.

mundo intersubjetivo escapa gradativamente de seu controle onipotente; ela precisa começar a chegar a um "reconhecimento do objeto como um ser com direito próprio", sendo o fato chamado de fenômenos transicionais. Com o prosseguimento da idade, a criança finca uma tensão com a mãe, ou seja, no formato de conflito, a criança sente a experiência de depender da atenção amorosa de outra pessoa que vive independentemente dela[18].

A linha do raciocínio segue no sentido do amor ser o elemento que impulsiona o homem desde a sua fase de desenvolvimento psíquico inicial a se relacionar com as demais pessoas, tornando ele um ser que está se integrando com o mundo e fazendo parte dele como ser independente. O seu ingresso será realizado de modo satisfatório se a mãe não romper com o amor ou negá-lo ao filho nem em situações temporárias de conflito. Se isto for realizado ele estará preparado para interagir nas fases futuras de sua vida com um mundo exterior marcado com dor.

Nesse sentido, quando há o reconhecimento do amor na formação humana, o homem é capaz de projetar no outro o amor que estima por ele, desencadeando a percepção de sentir de modo mais intenso "ser-si-mesmo em um outro". Já a estrutura da amizade se constrói mediante o diálogo que possibilita um fluxo de troca de informação entre o eu como ponto de referência e ao mesmo tempo está fundido com o outro, promovendo o estar-junto inteiramente espontâneo na conversação, se configurando uma autêntica complementação recíproca que nos absorve.

O amor expõe nada mais nada menos do que as condições estruturais da possibilidade de entender o cerne

---

[18] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos*. 2. ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009, p.167-168.

da relação ética que, enquanto ideal, deveria sustentar o reconhecimento social como configuração adequada.[19]

Vale destacar, o elemento central do amor está na sua imprescindível relação com o elemento do reconhecimento. Por sua vez, este também se encontra intimamente conectado com o Direito. Em outras palavras, apesar do amor sempre ser limitado com o aspecto contingencial das relações afetivas estabelecidas nos contados humanos, há nele também a exigência de haver o seu reconhecimento recíproco por causa da autoconfiança individual já previamente constituída na fase de formação inicial do homem. Nesse sentido, ele também está associado de modo indispensável à formação da participação da autonomia na esfera pública.

Dessa constatação resulta agora duas questões: primeiro é demonstrar uma forma de reconhecimento que realça em todos os outros membros da comunidade jurídica a mesma propriedade de autonomia individual; o segundo, é o que pode significar que os sujeitos se reconheçam reciprocamente em sua imputabilidade moral, sob as condições das relações jurídicas modernas[20].

A ética convencionada dentro de certa comunidade edifica um horizonte normativo que estabelece quais são os direitos e as obrigações determinadas para cada indivíduo, fixando quais são as suas tarefas convencionadas e isto é mantido dentro do contexto da estrutura da mútua cooperação.

Assim, o reconhecimento jurídico é loteado por graus, porque há a distinção que o homem deve ser visto com um "fim em si" ao passo que o "respeito social" é relacionado ao "valor" ou relevância social. No entanto,

---

[19] SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert (coord.). *Reconhecimento e teoria crítica*. Porto Alegre: Revista de Ciências EDIPUCRS, 2001, p. 86.

[20] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*, cit., p. 182.

este arcabouço teórico é edificado não em areias, mas por areia movediça, pois é cego para determinar a estrutura do reconhecimento jurídico de modo adequado em seus detalhes, além de proporcionar o desacoplamento histórico do referido reconhecimento, por causa da visível presença de sua incompatibilidade com a moral pós-convencional.

Pois bem, o problema em voga é sobre a constituição estrutural do reconhecimento jurídico. É necessário fixar um processo cognitivo em que os indivíduos se respeitem mutuamente, reconhecendo-se como sujeitos detentores de direito, levando em consideração que sob o contexto da moral pós-tradicional há o desligamento das atribuições de status entre as pessoas.

Nesse sentido, a comunidade por meio do ordenamento jurídico moderno defende a sua legitimidade fincada no procedimento do acordo racional firmado entre os sujeitos, garantido tanto num ambiente de igualdade, como também alicerçada na imputabilidade moral de todos os membros da sociedade.

O direito moderno possui como marca o princípio da igualdade. A repercussão está no alargamento dos direitos individuais, abarcando, também, a esfera social, contemplando, nessa lógica, sempre maior inserção quantitativa das pessoas inseridas na sociedade.

A dificuldade novamente reside em buscar o registro do autorrespeito numa realidade fenomênica ou oculta, porque ele não pode ser um objeto empiricamente estudado. Ele só pode ser percebido quando é sentido a sua ausência, como foi no caso da representação simbólica da falta de respeito que os negros norte americanos sofreram nas décadas de sessenta e setenta.

3.1. A solidariedade como padrão de reconhecimento intersubjetivo.

A validade universal, no contexto pós-tradicional, é estabelecida mediante o termo da "dignidade humana", não sendo mais avaliadas as propriedades coletivas, passando a ter como substituto a análise das capacidades individuais projetadas ao longo da história da vida da pessoa, onde começa a se ordenar a concepção de estima social. Nesse cenário, progressivamente, o conceito de honra social vai se tornando opaco até ocorrer à emersão total do conceito de prestígio social.

Em linhas gerais, a mudança do conceito de valor do membro da comunidade foi resultado de processos. Houve a universalização da honra que se converteu em "dignidade" e a outra é manifestação do caráter privado da honra para se converter em "integridade" no sentido individual do termo.

Nesse sentido, é factível observar que todos os sujeitos autônomos pertencentes à comunidade se põem na condição de buscar nas relações sociais não só a estima de si próprio como também são essas simétricas com o outro, tornando-se possível concluir que em sociedades modernas estamos no cenário de estado pós-tradicional de solidariedade social.

Na esteira das informações aqui expostas, cada membro da comunidade por meio da interação social possui a oportunidade de receber a experiência a si mesmo satisfazendo suas próprias realizações e, ao mesmo tempo, gozando de suas capacidades que são vistas como valiosas pela sociedade. O ambiente de concorrência individual na busca por estima social é feita sem a ocorrência de dor ou pela marca da experiência do desrespeito, pelo motivo de conter como pano de fundo o elemento da "solidariedade".

3.2. Violação, privação de direitos e degradação.

No tópico anterior, foi demonstrado como é constituído o domínio do fenômeno positivo da formação da pessoa e como é estabelecido a sua projeção na comunidade. Agora, será analisado como ocorre o seu oposto, qual é o seu mecanismo inverso, capaz de proporcionar o domínio negativo por meio da sonegação do reconhecimento. Este mecanismo se estabelece em três etapas:

A primeira forma de desrespeito é a agressão física, em virtude de corroer a autoconfiança ou a autonomia individual. A experiência de maus-tratos corporais sinaliza a negação de reconhecimento. Por isso, há o princípio moral da vedação da tortura no sistema jurídico moderno.

A segunda forma está relacionada à privação de direito, pois sua negação provoca o rebaixamento do reconhecimento do indivíduo mediante o abalo do autorrespeito moral ocasionado pela violação do alcance dos direitos institucionalmente garantidos.

O último modo de rebaixamento se refere à projeção negativa do valor social de indivíduos ou de grupos. A experiência da desvalorização social mina a autoestima pessoal, provocando o questionamento do sujeito sobre as suas capacidades.

As três experiências de negativa do reconhecimento abalam a formação psíquica individual. Nesse contexto, forma uma situação exatamente desfavorável para desenvolver de modo apropriado a base motivacional necessária para o membro da comunidade se encaminhar na lutar por reconhecimento social.

A regra base para a constituição da formação ideal do psiquismo humano é ter as suas expectativas devidamente correspondidas, pois a autorrelação bem sucedida depende do reconhecimento intersubjetivo de seus feitos e de suas aptidões. Se for negado qualquer

destes elementos, haverá uma lacuna psíquica no desenvolvimento da personalidade, sendo manifestadas em sentimentos extremados como a ira ou a vergonha.

Observa-se que dentro do sentimento da moral o que possui a marca de maior abrangência é a vergonha, de acordo com as abordagens psicanalíticas e fenomenológicas, ela é a testemunha da agressão do ego. É vestígio concreto que a irritação emocional faz o sujeito não agir. A experiência negativa do desrespeito é determinante, pois é o envolvimento visível da dependência do reconhecimento do sujeito perante os demais membros da comunidade.

Ação do despeito pode se converter na reação da luta na busca do reconhecimento, pelo simples fato que o sujeito não pode permanecer inerte perante a agressão física, violação de direito e pela a degradação social. Assim, a experiência da negação do reconhecimento pode ser concebida e avaliada em parâmetros cognitivos e se torne, em momento posterior, em fonte motivacional para as ações de resistência política.

4. O paradigma da redistribuição e do reconhecimento.

No contexto atual, houve o processo de opacamento na concepção do conceito de classe, no entanto, no mesmo compasso emergiu a proliferação de reivindicação da busca pela identidade, resultando na confecção de um espaço político mais complexo marcado com a implementação de políticas públicas paradoxais.

Assim, se torna necessário fazer primeiro uma análise puramente teórica da realidade com o intuito de buscar maior pureza crítica e descritiva para que em, segundo plano, mostre como o fator da distribuição e do reconhecimento, se mútuo, influenciem-se, visto que ambas exercem a negação de direitos na sociedade

contemporânea, tanto pela via da injustiça socioeconômica, como pela via da injustiça cultural.

A análise inicial é norteada na perspectiva político-econômica para avaliar a injustiça socioeconômica. O autor que já foi exaustivamente abordado sobre este tema é o John Rawls, por meio da sua Teoria da Justiça, que preconizava a necessidade de haver a aplicação e a escolha dos princípios da justiça para promover de modo equânime a distribuição dos bens primários e dos bens secundários

Por outro lado, é abordado a questão da importância da luta pelo reconhecimento social, que tem sua raiz no problema da injustiça cultural e simbólica, por causa da implementação de uma dominação cultural. O expoente para tecer comentário desta outra face da discriminação é o Axel Honneh, como já foi satisfatoriamente traçado no tópico anterior deste artigo.

A solução para o problema da injustiça econômica é a restruturação político econômica para proporcionar uma distribuição de renda adequada, enquanto o remédio para dirimir a questão da injustiça cultural é a mudança cultural ou simbólica. Na realidade, ambos possuem o mesmo objetivo que é o reconhecimento pelo fato deles serem na prática interligados.

Com essas distinções estabelecidas, são colocadas as seguintes perguntas: Qual a relação entre demandas por reconhecimento, cujo objetivo é sanar injustiças culturais, e reivindicações por redistribuição, cujo fim é reparar a injustiça econômica? E que tipo de interferências mútuas pode surgir quando ambos os tipos de demanda são feitos simultaneamente?[21] Nesse cenário, temos posto o dilema da redistribuição/reconhecimento.

---

[21] FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?, cit., p. 253.

4.1. Identificação de três grupos de vulneráveis.

Inicialmente, para alcançar a maior clareza metodológica será tratado o caso da exploração sofrida pela classe operária no sistema capitalista por meio da teoria marxista pelo fato de ser um modo extremado do problema relacionado a injustiça da distribuição. Por outro lado, também será abordado como caso emblemático da falta de reconhecimento social a discriminação sofrida pelos os homossexuais; para que assim, depois de ter sido sedimentada a exposição dos dois extremos, seja devidamente tratado o caso da discriminação exercida tanto pelo o gênero como também pela a raça, pois esses recebem a injustiça mútua do plano econômico-político e do plano cultural, necessitando angariar o remédio específico de ambos.

Na vertente marxista, a diferenciação social está fundamentada na estrutura político-econômica da sociedade. A existência de uma classe consiste na relação dialética da exploração de outra classe. Nesta relação, é identificada como dois pólos a classe trabalhadora explorada pela mais valia e na outra ponta está a classe burguesa detentora dos instrumentos políticas e econômicas de dominação institucionalidade pelo o Estado.

O remédio para sanar o vício da relação social mencionada é a distribuição e não o reconhecimento, em virtude de requerer a abolição da estrutura de classe, mediante a reestruração da base econômica e política para que seja obtida a adequada distribuição dos benefícios sociais.

Já na análise de outra perspectiva, agora constatada de modo puro a questão da falta do reconhecimento é avaliado o caso da discriminação contra os homossexuais. O fenômeno do androcentrismo é marcado pelo menosprezo sexual devido a influência da dominação cultural cometida pelos heterossexuais.

O epicentro do problema é de cunho cultural e não relacionado ao fator econômico-político, pois o grupo sexual excluído não se constitui com a identificação de classe economicamente explorada, pela definição de peculiar divisão de trabalho.

Pois bem, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestação, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas, negações fundamentais de reconhecimento.[22]

Como já foi abordado em tópico anterior via Axel Honneth, a vergonha é a manifestação visível da supressão da falta de reconhecimento, afetando a participação ativa do sujeito na sociedade.

Agora, o ponto de diferenciação da injustiça distributiva e do não reconhecimento se torna borrado quando há violação de grupos que se encontram no meio do espectro conceitual, como é o caso do gênero e da raça, haja vista que nesses casos requer a aplicação em conjunto dos remédios previstos para os dois institutos.

O cerne do aspecto da violação econômico percebida pelo gênero está no ponto estruturador básico da economia política por causa do mecanismo traçado na divisão do trabalho ou ligado ao âmbito reprodutivo ou no trabalho doméstico, formando a confecção de uma moldura inspirada na exploração e marginalização. De fato, requer para remediar esta estrutura coisificante a abolição da divisão de gênero de trabalho e, consequentemente, expurgar a especificidade de gênero.

Por outro lado, também é identificada no gênero a desvalorização cultural que conduz ao problema do reconhecimento. A manifestação gira em torno na profunda depreciação das coisas vistas como "femininas" e também na exploração sexual, na violência doméstica, na humilhação e outros.

---

[22] FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?, cit., p. 258.

Nesse sentido, é corrente a necessidade de mudar o mecanismo de avaliação cultural para estabelecer um reconhecimento de isonomia às mulheres.

Conclui-se a percepção do caráter de ambivalência do gênero, pois apesar da análise desenvolvida acima ter feição analítica, as duas formas de injustiças narradas estão intrinsecamente relacionadas de modo que se reforçam numa relação dialética, contendo como pano de fundo o fato de serem institucionalizadas no Estado e na economia, impedindo a projeção equitativa na formação cultural e na esfera pública. Assim, requerendo a dosagem do remédio da distribuição e do reconhecimento.

O mesmo dilema é traçado quando o assunto tratado faz alusão à raça. O fio condutor da manifestação do racismo nos dias atuais está relacionado ao legado histórico do colonialismo que buscava justiçar a supremacia da raça branca em face da negra.

O problema da raça também possibilita reservar aos negros, nos moldes atuais, em excluí-los do sistema produtivo por serem considerados injustamente como inúteis até para ser explorados.

A injustiça racial clama como seu remédio o mecanismo da redistribuição a fim de eliminar a diferença de raça.

No entanto, este somente é a metade do problema que este grupo contém, pois também há dimensão cultural-valorativa que caminha para os ditames do reconhecimento.

A fonte do racismo cultural é o Eurocentrismo por causa da promoção da propagação da imagem de estereótipos humilhantes, fincando um ideário imaginativo francamente distorcido.

A reação lógica desta degradação racial é a marginalização no corpo deliberativo ou até a exclusão da participação ativa na esfera pública.

De certo, a denegação de cunho racial na esfera político-econômica e no campo do reconhecimento reforça

mutuamente o negro para uma espécie de asilo social, requerendo o remédio respectivamente da redistribuição e do reconhecimento.

Gênero e "raça", em suma, são modos dilemáticos de coletividades. Ao contrário de classe social, que ocupa uma das pontas do espectro conceitual, e ao contrário de sexualidade, que ocupa o outro, gênero e "raça", são ambivalentes, implicando, simultaneamente, na política de redistribuição e na política de reconhecimento. Como podem fazer as coisas de uma só vez?[23]

4.2. A proposta da solução do Estado de Bem-Estar Liberal.

O dilema do remédio da redistribuição e do reconhecimento consiste que aquele visa identificar determinado grupo menos favorecido para buscar, na medida do possível, uma isonomia com relação ao grupo mais favorecido, o objetivo é de suavizar as diferenças; enquanto o dilema do reconhecimento propala proposta oposta, mas com o intuito de alcançar resultado semelhante, pois busca alcançar a afirmação cultural positiva de determinado grupo social, dotando-o de certo valor ou prestígios social, com a finalidade de ser mutuamente respeitado na sociedade pelos os demais grupos. Assim, o objetivo perseguido neste tópico é de diferenciar o remédio que requer a solução da reconhecimento/redistribuição.

Por remédios afirmativos para injustiça entendem-se remédios voltados para a correção de resultados

[23] FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?, cit., p. 264-265.

indesejáveis de arranjos sociais sem perturbar o arcabouço que os gera.[24]

Primeiro, para o âmbito do reconhecimento, os remédios afirmativos estão associados com a injustiça cultural e a concepção do multiculturalismo dominante visa saná-lo. Propõe uma revisão na mentalidade social do modo como é concebida a identificação dos grupos sociais.

No caso sobre a sexualidade menos prezada, os remédios afirmativos tenderiam a valorizar a identidade *gay*, promovendo distinções entre os grupos existentes.

Agora na perspectiva da estrutura político-econômica do Estado de Bem-Estar liberal, a redistribuição dos bens sociais serão efetuados, no entanto, sem alterar a base econômica já implementada.

Deveras, a Redistribuição afirmativa é calcada no pressuposto da universalização do reconhecimento, em virtude dele se basear na concepção de que há encarnação de igual valor em todos os homens. No entanto, na constatação da projeção para o futuro, se visualizará a marca da estigmatização social, pois políticas públicas que beneficiam certos grupos em detrimentos de outros, ao longo do tempo, esta fato provoca verdadeiro combustível para reascender as chamas do ressentimento social, desencadeando novamente a fragmentação da solidariedade na comunidade.

Para vislumbrar a solução do gênero, é preciso revisitar alterações na economia política e da cultura para que seja desfeita a submissão econômica e simbólica. A redistribuição é exercida por meio de políticas públicas de ações afirmativas, a finalidade é de sanar a injusta distribuição de recursos posta na sociedade, enquanto na esfera cultual a proposta do reconhecimento afirmativo busca assegurar maior prestígio social para as mulheres, no

---

[24] FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?, cit., p. 265-266.

entanto preservando a manutenção da estrutura binomial de homem e mulher.

A debilidade consiste no fato de que na preservação da dicotomia entre homem e mulher, sendo esta vista pelo instituto da redistribuição afirmativa sempre como um grupo que requer um tratamento especial. Ao longo do tempo, será engendrado o questionado do referido privilégio, comprometendo a baliza axiológica de guardar igual valor moral e social no Estado de Bem-Estar Liberal.

Com relação à raça, os mecanismos propostos para solucionar o problema da redistribuição afirmativa e do reconhecimento afirmativo no Estado de Bem-Estar Liberal são: no âmbito econômico está presente a ação afirmativa e na amplitude cultural está presente o nacionalismo cultural no processo de valorização da negritude com o viés de reparar a injustiça racial suscitada pelo o eurocentrismo. No entanto, nesta também é percebido o problema de permanecer com a estrutura das desvantagens raciais no seio social e no âmbito cultural pode, com o decorrer do tempo, reavivar as chamas do ressentimento entre os membros da comunidade e prejudicar o processo do reconhecimento.

Considerações finais

O aspecto da igualdade social sempre busca desenvolver o raciocínio de qual seria a melhor proposta para estabelecer adequadamente a distribuição e o reconhecimento.

Não é incomum fazer a análise destes dois elementos de modo isolado, em face disto, inicialmente, foi abordada de modo exaustivo a construção do pensamento teórico da redistribuição descrita por John Rawls e, em momento seguinte, foi perseguido a descrição do reconhecimento pelo Axel Honneth, tendo suas diretrizes devidamente solidificadas. Os dois encontram-se no

momento de avaliar os elementos por intermédio de Nancy Fraser.

A autora aborda que a insígnia da redistribuição encontra o seu ambiente favorável na análise da luta entre classes, enquanto o reconhecimento tem a sua arquitetura ideal na realização da discriminação contra os homoafetivos. No entanto, no desenvolvimento do seu raciocínio Fraser situa que a questão do gênero e de raça sofre dupla discriminação, assim requerem os remédios propostos pela redistribuição e reconhecimento e que a proposta realizada pelo Estado de Bem-Estar liberal é incompatível, necessitando de reformulações.

Referências bibliográficas

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (coord.). *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 245-282.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire; rev. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos*. 2. ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* . 2. ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert (coord.). *Reconhecimento e teoria crítica*. Porto Alegre: Revista de Ciências EDIPUCRS, 2001.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARGUMENTO SOCIOLÓGICO LIBERAL NO SEC. XIX: DIFERENÇAS E SIMILARIDADES NAS TRADIÇÕES CONTINENTAIS E INSULAR EUROPEIA

Sandro Alex de Souza Simões•

1. Considerações iniciais sobre as tradições inglesa e francesa na produção de um argumento sociológico nos sécs. XVIII e XIX.

Reza o lugar comum em teoria política ao tratar das tradições inglesa e francesa de análise social nos sécs. XVIII e XIX que a principal distinção entre ambas repousa sobre as diferentes preocupações que tiveram seus autores, em uma cuidando-se do objeto liberdade e noutra, igualdade.

LARRY SIEDENTOP ao abordar o assunto sugere que o argumento deixa a sobranceiro o influxo de diversa influência filosófica e histórica sobre uma e outra linhas de análise. Mormente, o problema está em que tal distinção falha em tornar claro *"the sense in which liberalism itself is rooted in the concept of 'natural' equality (...) The fundamental or root*

• Doutor em Direito pela Università del Salento (Itália). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Procurador federal.

concept of liberalism is equality, and its commitmerit to liberty springs from that".[1]

Ocorre que a diferença que se acentua ao analista no tratamento e estilo intelectual de um Tocqueville e um Stuart Mill sendo contemporâneos de problemas semelhantes que se impunham na atmosfera europeia, está assentada na peculiaridade de seus métodos e as questões que surgiriam como relevantes a partir disso para cada um deles. Uma área de indagação como a de Stuart Mill vincula-se às heranças da filosofia empirista e sensualista tipicamente inglesa, que centra sua análise em coisas dadas, no indivíduo, descurando de preocupações como o grau em que as condições da sociedade em que interage esse mesmo individuo poderiam determinar ou intervir nas suas escolhas e sensações. Não nasce daí a faina de tipificar as sociedades, de identificar seus fatores de mudança e estudá-las a partir disso e não do homem e sua constituição mental.

SIEDENTOP observa que há correntes que apontam de um lado os pensadores escoceses desse importante estrato do iluminismo europeu, como FERGUSON e SMITH, de outro os reacionários como BURKE, BONALD e MAISTRE como responsáveis pelas primeiras formulações de um argumento sociológico. O autor rejeita ambas aduzindo que em uma, tais pensadores: "*were not primarily interested in the problem of government. Their theories of social changes are not designed to explore political issues or to contribute to the solution of pressing political problems of their own times. Hence the universal scope of their theories, which were not fashioned as a means of political reform.*"[2]

Referindo-se aos reacionários por sua vez, na sequência do texto:

---

[1] SIEDENTOP, Larry. Two liberal traditions. In: RYAN, Alan (ed.). *The ideia of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 153.

[2] SIEDENTOP, Larry. Two liberal traditions, cit, p. 158.

> *In particular, they explored the factors making for social cohesion, and perhaps unwittingly helped to develop the concepts of social structure and function. But there is one great difficulty involved in making a strong claim for them as founders of sociological argument. They ruled out fundamental social change. That is, they assumed that only one type of society is possible -a hierarchical one on the model of the ancien regime. Any departure from that model was defined as degeneration or decay, rather than mere change and the conservatives were forever tempted to attribute such developments to conspiracy and/or heresy"*[3].

Daí, afirma que os elementos que podem constituir verdadeiramente um esforço teórico no sentido de compreender as forças de mudança nas diferentes sociedades, os seus tipos, e a partir de modelos dessa natureza estudar os reais problemas políticos que se impunham na época, apareceram nas obras dos *doctrinaires* franceses como Royer-Collard, Mme. de Stael, Guizot e o maior deles Tocqueville. O argumento dos *doctrinaires* permitia a análise da mudança social de forma estrutural, a partir da identificação dos limites estabelecidos pelas próprias possibilidades sociais para tanto. Foi dessa maneira que seus estudos sobre as explosivas alterações da França oitocentista firmaram-se, tendo ainda sempre em vista o problema da centralização, fenômeno pós-feudal que surgira de maneira avassaladora ainda sob a égide do antigo regime. Tocqueville, de maneira bastante ilustrativa nesse aspecto, conduz toda sua verve argumentativa no "Antigo regime e a revolução" para demonstrar com surpreendente fundamentação documental que a centralização já era fenômeno presente desde o Estado absoluto e assim foi radicalizada pela revolução de 1789. Na mesma obra Tocqueville acena com o principal motivo e significado da

---

[3] SIEDENTOP, Larry. Two liberal traditions, cit, p. 159.

centralização em França: a desfuncionalização da nobreza. Senão vejamos:

> Na antiga sociedade feudal o senhor possuía grandes encargos. Cabia-lhe socorrer os indigentes no interior de suas terras. Encontramos um último traço desta velha legislação da Europa no Código Prussiano de 1795, onde se lê: 'O senhor deve cuidar da educação dos camponeses pobres, deve tanto quanto possível procurar meios de vida para seus vassalos que não tem terra. Se alguns deles caírem na indigência é obrigado a socorrê-los (...) Leis como estas não existiam mais de há muito na França. Desde que tiraram do senhor seus antigos poderes, este resolveu livrar-se de suas antigas obrigações. Nenhuma autoridade local, nenhum conselho, nenhuma associação provinciana ou paroquial tomou o seu lugar. A lei não obrigava mais ninguém a cuidar dos pobres do campo. O governo central teve a ousadia de atender sozinho às suas necessidades.[4]

Adiante, sobre seu significado:

> No séc. XVIII o poder central ainda não adquiriu na França a constituição sadia e vigorosa que teve depois. Todavia, como já conseguiu destruir todos os poderes intermediários e como entre eles e os indivíduos nada mais existe a não ser um imenso espaço vazio, começa a dar impressão de ser a única mola da máquina social e o agente único e indispensável da vida pública.[5]

---

[4] TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução.* 3º ed. São Paulo: Hucitec, 1989, p. 81.

[5] TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*, cit., p. 98.

Ficam dos excertos destacados impressas as saliências basilares da nova maneira que os teóricos franceses encontraram para debruçar-se sobre o estudo da sua mutante e original revolução política em processamento, construindo ou em alguns casos demonstrando a incessante preocupação em construir uma espécie de paralóquio, uma linguagem própria e uma forma de tratamento específica a partir de uma fundação indutivista do problema da mudança social. Não seria daí um argumento inteiramente normativo, como foi o caso dos reacionários, nem uma teoria universalizante, mas um método propriamente sociológico de compreender a questão política, e de que maneira ela relaciona-se com os subsistemas - para empregar linguagem anacrônica - econômico e social. Isso permite aos *doctrinaires* analisar o perigo do despotismo ou a tendência anárquica das sociedades democráticas, como em Tocqueville já citado, pela supressão das esferas ou poderes intermediários nessas sociedades, ou conceber uma revolução social conceitualmente independente da revolução política ou proporem-se tarefas como a de relacionar o crescimento da burguesia de dentro dos quadros da sociedade feudal decadente e do paralelo fortalecimento do Estado. Nesse aspecto SIEDENTOP indica que a sofisticação dessa nova maneira de compreensão permitiu demonstrar como diferentes formas de estrutura social derivariam ou poderiam derivar de diversas espécies de luta de classe. Dessa forma, a associação da burguesia ou Terceiro Estado com a coroa provocou o fortalecimento desta, débil no período feudal, desmantelando o poder da aristocracia. Na Inglaterra onde o poder central era relativamente forte desde a conquista normanda, a associação da burguesia fora com a aristocracia para permitir uma oposição suficientemente poderosa face a tendência tirânica da Coroa. Assim, num país a combinação das forças do

Terceiro Estado pendia para o fortalecimento do executivo enquanto em outro, para o robustecimento do parlamento. Essa conformação específica da mudança social na Inglaterra foi percebida por Tocqueville numa representativa passagem do "Antigo regime e a revolução":

> É a realeza que nada mais tem em comum com a realeza medieval: possui outras prerrogativas, ocupa outro lugar, tem um outro espírito, inspira outros sentimentos (...). O mesmo acontece na Inglaterra, onde pensaríamos, à primeira vista, que ainda vigora a antiga constituição da Europa. Esquecendo os velhos nomes e afastando as velhas formas, encontraremos, desde o sec. XVII, o sistema feudal abolido em sua substância, classes que se interpenetram, uma nobreza apagada, uma aristocracia aberta, a riqueza tornada poder, a igualdade dos encargos, a igualdade perante a lei, a publicidade dos debates, ou seja, princípios novos que a sociedade medieval ignorava. E são precisamente essas novas coisas introduzidas com arte neste velho corpo que o reanimaram sem o risco de dissolvê-lo, dando-lhe um novo vigor sem tirar-lhe as formas antigas. A Inglaterra do sec.XVII já é uma nação toda moderna que preservou no seu seio, como se os embalsamasse, alguns resquícios da Idade Média.[6]

Assim, no seio da própria aristocracia abriu-se a vereda de mobilidade e dinamização que seria acelerada nos anos da revolução industrial, com a acumulação de capital.

Já a argumentação de Stuart Mill, dentro da mais genuína corrente empirista e sensualista bretã, situa-se no limbo da epistemologia, i.e., a questão que se coloca antes de mais nada é como se pode conhecer? Assim o seu "Tratado de lógica dedutiva e indutiva", de 1843. SIEDENTOP aduz que o individualismo metodológico e

---

[6] TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*, cit., p. 65.

desenraizado de preocupações sociológicas de sua teoria política utilitarista presente nessa linha de tradição do liberalismo inglês é contra o que se dirige a maioria das críticas a ele lançadas[7], e mais, a posterior admiração que Mill mostrará quanto ao verticalismo sociológico do pensamento francês, quanto aos argumentos de Tocqueville na "Democracia na América", por exemplo, o fará adotar alguma de suas conclusões, como o papel moralizador da participação política, o perigo da centralização para a democracia etc., sem contudo, o fundamento sociológico que tal metodologia permitiu nascer[8].

Com efeito, toda a elaboração do texto "Sobre a liberdade", que se impõe como o mais ilustrativo de Mill na tradição de liberal po1ítico, perfaz uma trajetória centrada nas possibilidades de desenvolvimento do ser humano num ambiente de liberdade de pensamento, de aperfeiçoamento intelectual, fundando na pedagogia, na educação livre e tolerante o futuro progresso das sociedades democráticas. Essas seriam as condições de uma democracia que se apresentasse como alternativa viável à tirania e ao despotismo. Sua tentativa era a de avaliar "a natureza e os limites do poder que a sociedade legitimamente exerça sobre o indivíduo"[9]. A preocupação era com as condições em que se deveria evoluir para uma sociedade democrática expurgando as tendências de mediocrização que elas apresentam via opinião da maioria, coisa que era relevante também para Tocqueville, evitando a tirania dessa mesma maioria sobre os dissidentes, a importância do debate para a renovação das ideias e progresso dos povos. Mill possuía prevenção contra as verdades estabelecidas e reputava necessário o constante hábito de revisitar seus argumentos

---

[7] TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*, cit., p. 155.

[8] TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*, cit., p. 173.

[9] STUART MILL, John. *Sobre a liberdade.* 2º ed. São Paulo: Editora Vozes, 1991, p. 45.

para que não se perdesse o significado dessas verdades no contexto social; sua efetividade, diríamos hoje. Afirma Mill que:

> Se, todavia, a perniciosa operação de suprimir o debate livre, quando as opiniões aceitas são verdadeiras se restringisse a deixar os homens na ignorância dos fundamentos das suas opiniões, poder-se-ia pensar que, se isso é um dano intelectual, não o é moral, e não atinge o mérito das opiniões quanto a sua influência sobre o caráter. O fato, contudo, é que na ausência de debate, não apenas se esquecem os fundamentos das opiniões, mas ainda, muito frequentemente, o próprio significado delas.[10]

Fácil depreender que esse argumento não possui apenas sentido se confrontado com problemas de ordem religiosa, mas igualmente esse é um risco para a democracia, que seja esquecido o seu significado na opressão das opiniões majoritárias, que a tirania que essa maioria pudesse exercer olvidasse o fato de que a democracia nasceu para opor-se justamente ao despotismo, à imobilidade e à exclusão social.

Usando Mill para demonstrar o desenvolvimento da argumentação inglesa apartada da incipiente construção sociológica já iniciada em França, deve-se aduzir que o objeto fundamental das formulação francesa tomava por dado no sec. XIX o desmantelamento da aristocracia, revelando-se crucial a indagação dos destinos possíveis em urna sociedade que penetrava em uma experiência radical e irreversível de eliminação de barreiras sociais herdadas, ou em outras palavras, de igualdade formal e brutal mudança de esferas de poder. O caso inglês não exigiu um posicionamento imediato e necessário frente a uma mudança que se impôs sob a égide do gradualismo, que

---

[10] STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*, cit., p. 81.

assistia a uma crescente promiscuidade social dentro da classe política sem a agressão às tradicionais formas de decisão. Dessa maneira, não que o fenômeno da ascensão de uma classe nova, intermediária entre a aristocracia antiga e o povo, qual seja a burguesia, passasse despercebida. Ao contrário, era notada e discutida como um fenômeno de relevância e portador de mudanças, mas essa percepção provocava no pensamento dos liberais ingleses uma preocupação diversa e um modo de tratamento do problema distinto das prioridades que o método de argumentação do liberalismo francês à época aplicava. Daí, por exemplo, Mill assestasse suas invectivas contra a tendência de padronização das ideias, de supressão das opiniões minoritárias etc. Insistia na assertiva de que era essencial que a educação livre, o debate, a discordância fossem os instrumentos não para formar grandes homens, notáveis, mas para elevar a massa do povo que participaria do processo político. Enfim, se usarmos Mill e Tocqueville para ilustrar as diferentes características da tradição inglesa e francesa de pensamento liberal, creio ser legítimo afirmar que enquanto aquela tomava como principal preocupação as dificuldades e danos que as mudanças da democracia poderiam provocar e como absorvê-las sem maiores consequências, sem perder as conquistas já feitas em termos políticos e sociais, os liberais franceses já lidavam com uma atmosfera de conflito irremediável e que impunha a questão de como compreender e lidar, *a fortiori*, com uma sociedade em profunda erupção.

2. Marx e Tocquevílle e a implosão francesa do periodo 1848 a 1851: significativas similaridades.

Antes de mais os textos de que se trata aqui, "As lembranças de 1848", de Tocqueville e "O 18 brumário de Luis Bonaparte", de Marx, constituem obras geniais de analistas políticos invulgares sobre um período da história

francesa dos mais instáveis e arredios às tentativas de compreensão. Ele marca de maneira substancial os pólos entre os quais, *mutatis mutandis* circulará a trajetória dos povos europeus daí em diante na oposição das forças do capital em consolidação e dos movimentos organizados de trabalhadores. Tanto Marx quanto Tocqueville possuem a percepção desse fenômeno universalizante e no correr dos dois textos apresentam muito mais pontos de contato que dissidências, não obstante cuidar-se de um liberal clássico e um comunista genuíno, e isso por certo deve-se ao fato de que tanto Marx como Tocqueville representam tradições de pensamento que vão estabelecer a busca de elementos distintivos do discurso e argumento político que o torne algo além de mera retórica, mas um objeto qualificável, classificável e previsível dentro de uma dada estrutura. Sem esquecer o lado humano é mister dizer que grande parte das coincidências analíticas desses geniais textos, ambos muito mais preocupados em apresentar anotações e impressões que sistematização, pode ser atribuída à invejável sensibilidade política desses grandes teóricos sociais do sec. XIX.

A percepção de Marx e Tocqueville está marcada pelo desprezo mútuo do espírito retórico ou teatral na política, como adverte RENATO JANINE RIBEIRO em anotações preliminares ao texto d'As lembranças de 1848[11]:

> o surpreendente é que nessa obra aqui apresentada, e que começou a ser escrita já antes dos golpes de Luis Bonaparte contra o regime parlamentar e a República, Tocqueville faz um uso das metáforas teatrais semelhante ao de Marx (...) Nesse ponto, a ciência que Marx começa a conceber sobre a sociedade se cruza com a idéia Tocquevilliana de um saber sobre o político; e ambas as propostas vêem com certo desdém

[11] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991, p. 12.

> a mera retórica. Os políticos da segunda República não fazem mais que se iludir, e a seu público, desconhecendo a necessidade de urna revolução mais radical (Marx) ou de um governo mais moderado e que não mercadeje ilusões.

Nesse ponto a advertência de Tocqueville a Assembleia -"...a causa real e eficaz que faz com que os homens percam o poder é que se tornam indignos de o manter"[12], isso antes da revolução de fevereiro de 1848! Segue-se a sentença de Marx sobre o episodio com o gal. Changarnier em 1849: "a burguesia perdeu a vocação para governar"[13].

É óbvio que o desprezo de Tocqueville quanto ao "espírito literário" em política e a busca de construir uma ciência a qual dê conta de um saber político, de suas razões, não se aproxima da tentativa sistematizante e dogmática que empreenderá Marx dentro em alguns anos, o que melhor já fica caracterizado nas suas mensagens à Internacional sobre a comuna de Paris. Tocqueville, na verdade, repudia a pretensão de teorias universalizantes que dêem conta de toda o universo político: "os sistemas absolutos, que tornam todos os acontecimentos da história dependentes de grandes causas primeiras, ligadas entre si por um encadeamento fatal, e que eliminam, por assim dizer, os homens da história do gênero humano"[14].

Para Tocqueville a compreensão dos movimentos da historia não se faz por um método meramente acidental, nem igualmente por outro matematizante, senão uma tentativa de analisar os fenômenos a partir de tipologias e estruturas que possam fornecer significados e condições

---

[12] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 43.

[13] MARX, Karl. *O dezoito brumário de Louis Bonaparte*. São Paulo: Editora Moraes, 1987, p. 97.

[14] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 84.

para abordar os fatos históricos. Para usar sua própria linguagem, o acaso compõe os fatos com o material que lhe fornece a natureza das instituições, os costumes, a dinâmica dos espíritos etc.

Já para Marx tal desprezo provém da falta de percepção da natureza da evolução histórica e da necessária confrontação da classe proletária com os donos do capital. O medo e o recuo dos dominados face aos dominantes é uma fraqueza:

> as revoluções proletárias, como as do sec.XIX, criticam-se constantemente a si próprias, interrompem continuamente seu curso, voltam ao que parecia terminado para recomeçá-lo outra vez, escarnecem com impiedosa consciência as deficiências, as fraquezas e as misérias de suas primeiras tentativas, parecem derrubar seu adversário para que este possa retirar da terra novas forças e erguer-se novamente, agigantado, diante delas, recuam constantemente ante a magnitude infinita de seus próprios objetivos até que se cria uma situação que torna impossível qualquer retrocesso e as próprias circunstâncias gritam: "Hic Rhodus, hic salta![15]

O aspecto das insurreições populares de 1848/1849 não escapa a Tocqueville assim como não poderia fugir a Marx. Durante todo o texto d'O 18 brumário tal autor procura demonstrar o "movimento da maré" que avança e recua entre as forças burguesas ou da ordem e o movimento proletário de Paris. Tocqueville n'As lembranças possui uma passagem que considero particularmente notável sobre o caráter subjacente a essas insurreições:

---

[15] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 20.

> No início, o povo quisera socorrer-se mudando todas as instituições políticas; no entanto, depois de cada mudança percebia que sua sorte não havia melhorado ou que melhorava com uma lentidão incompatível com a velocidade de seus desejos. Era inevitável que, num dia ou outro, acabasse descobrindo que sua posição não era devida à constituição do governo, mas às leis imutáveis que constituem a própria sociedade; e assim seria natural perguntar-se se não tinha o direito e o poder de mudar também essas leis, como já havia feito com outras. E falando especificamente da propriedade, que é o fundamento de nossa ordem social, esta restou como principal obstáculo para a igualdade entre os homens, até o ponto de parecer o único signo de desigualdade, porquanto todos os privilégios que a envolviam e até a escondiam haviam sido destruídos. Não seria necessário, portanto, não digo eliminar a propriedade, mas que pelo menos a idéia de eliminá-la se apresentasse ao espírito dos que dela não desfrutavam?[16]

O mais interessante cuidando-se ainda de Tocqueville é que, diversamente do que poderia parecer natural à argumentação do séc. XIX para um liberal, tal pensador não rechaça o socialismo como ideia dotada de plausibilidade. Suas acusações recaem sempre sobre o aspecto desconcertado, impuro , mesclado não raro pelas ambições pessoais de gente baixa e ignorante (vulgaridade das massas, que também é impressão de Marx), mas acima de tudo isso, do aspecto condenável, segundo Tocqueville, dos socialistas de 1848. Desfeito disso, o socialismo pode vir a encontrar espaço nos anos que se seguirão. Tocqueville é de uma sensibilidade surpreendente ao dizer em seguida àquela passagem: "O socialismo permanecerá sepultado sob o mesmo desprezo que tão justamente cobre

[16] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 95.

os socialistas de 1848? (...) Sinto-me tentado a crer que o que se chama 'as instituições necessárias' não passam em geral, de instituições as quais se esta acostumado e que, em matéria de constituição social, o campo do possível é bem mais vasto do que imaginam os homens que vivem em qualquer sociedade." [17]

O esquema analítico de Marx já é bem mais classificatório e sistematizante. Em oposição à força proletária de Paris nas jornadas de junho, que foram uma resposta à Republica burguesa estabelecida pela natureza da assembleia recém-eleita, estava uma massa compacta, mas diversificada:

> As reivindicações do proletariado de Paris são balelas utópicas com as quais se deve por um paradeiro. A essa declaração da Assembléia Nacional Constituinte o proletariado de Paris respondeu com a insurreição de junho, ao acontecimento mais colossal na história das guerras civis européias. A república burguesa venceu. Ao seu lado estavam a aristocracia financeira, a burguesia industrial, a classe média, os pequenos burgueses, o exército, o lumpem-proletariado organizado como guarda móvel, as competências intelectuais, o clero.e a população do campo. Do lado do proletariado de Paris não estava ninguém senão ele próprio.[18]

Tanto Marx como Tocqueville, e este antes do golpe de Bonaparte já havia escrito parte de suas memórias, identificaram a tendência golpista daquele em muito fortalecida pela emenda constitucional que estabelecia pela primeira vez o sufrágio direto e universal para Presidente da República com o que a legitimidade do chefe do executivo seria enorme e potencialmente perigosa. A

---

[17] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 96.

[18] MARX, Karl. *O dezoito brumário de Louis Bonaparte*, cit., p. 25.

latente inflamabilidade da fórmula é descrita exemplarmente por Marx no seguinte trecho:

> Enquanto cada um dos representantes do povo representa este ou aquele partido, esta ou aquela cidade, esta ou aquela cabeça de ponte, ou até mesmo a mera necessidade de eleger algum dos setecentos e cinquenta candidatos, sem levar diretamente em conta nem a causa nem o homem, ele (o presidente) é eleito da nação e o ato de sua eleição é o trunfo que o povo soberano lança uma vez, cada quatro anos. A Assembléia Nacional está eleita numa relação metafísica com a nação, enquanto o Presidente eleito esta em relação pessoal com ela.[19]

Uma realidade dos textos de Marx e Tocqueville que não deve ser olvidada é que ambos, por mais coincidências analíticas que possuam e comunguem sobre o período, por mais que o desprezo dos dois seja mútuo com relação a Luis Bonaparte, a malta de vagabundos que ele leva ao poder e da qual se cerca (Tocqueville), o que para Marx resume o conceito forjado de lumpem-proletariado, os autores escrevem de lados opostos da questão. Por mais que seja questionável a identificação genérica de Marx a respeito do partido da ordem, do qual faria parte Tocqueville, cumpre conceder que o interesse de Tocqueville mesmo como membro do governo era de conservantismo. Para ele "era possível aderir parcialmente aos propósitos de Luis Napoleão sem abandonar os nossos."[20]

Obviamente e à evidência essa não era uma posição compartilhada por Marx, cuja repugnância pelo líder da Sociedade 10 de dezembro era notável. Interessante nesse

---

[19] MARX, Karl. *O dezoito brumário de Louis Bonaparte*, cit., p. 35

[20] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 224.

ponto é notar que a evolução do argumento de Marx n'O 18 brumário é no sentido de fazer crer que Bonaparte inicialmente surge ainda como uma daquelas "tradições de gerações mortas que oprimem o cérebro dos vivos como um pesadelo" para depois se constituir em chefe "daquele rebotalho de todas as classes" que é o lumpem-proletariado, mas que posteriormente funcionaria como um refluxo para o fortalecimento da aristocracia financeira através da bolsa de valores, no período em que Bonaparte já havia dado cabo da República parlamentar e agora manipulava um Ministério fraco e não-representativo até que, finalmente, já ao final do texto da obra Marx chega à inevitável e incontornável conclusão para a coerência de seu argumento ("o poder estatal não flutua no ar"), de que Bonaparte representa a ala conservadora - entenda-se não revolucionária - do campesinato francês [21].

Para Marx a questão acaba assumindo o seguinte resumo:

> A tradição histórica originou nos camponeses franceses a crença no milagre de que um homem chamado Napoleão traria a eles, de novo, toda a glória passada. E surge um indivíduo que se faz passar por esse homem porque carrega o nome de Napoleão, em virtude do Code Napoléon, que estabelece: 'La recherche de la paternité est interdite'. Após vinte anos de vagabundagem e uma série de aventuras grotescas, a lenda se consuma e esse homem se torna Imperador dos franceses. A idéia fixa do sobrinho realizou-se porque coincidia com a idéia fixa da classe mais numerosa do povo francês.[22]

---

[21] Como se vê às páginas 136 a 138 de MARX, Karl. *O dezoito brumário de Louis Bonaparte*, cit.

[22] MARX, Karl. *O dezoito brumário de Louis Bonaparte*, cit., p. 138

Para finalizar, é nesse particular que fica mais evidente nos textos comparados de Marx e Tocqueville a respeito do mesmo período histórico, com a diferença de que Marx avança um pouco mais , o contraste das diferentes peças que um e outro utiliza para a compreensão da história e das sociedades. Em Tocqueville aparece-me um trecho que não encontraria espaço na pretensão de Marx que será radicalizada posteriormente, expurgando mesmo algumas incoerências que ele permitiu-se n'O 18 brumário. Vejamos essa passagem d'As lembranças: "as grandes massas humanas movem-se em virtude de causas quase tão desconhecidas à humanidade quanto as que regem os movimentos do mar; nos dois casos, as razões do fenômeno ocultam-se e perdem-se, de alguma maneira, em sua dimensão"[23].

Como tratou-se nesse rascunho de desenvolver miseravelmente algumas anotações da leitura desses textos tão ricos sobre os acontecimentos franceses de meados do sec.XIX, quer parecer- me que não seria intolerável ou impertinente que me valesse para encerrá-las talvez daquele excerto que, por qualquer dessas insondáveis razões que nos fazem gravar o que bem poderia passar despercebido, tornou-me o texto de Tocqueville acima de tudo, mesmo da invulgar obra de análise que é, um monumento de inestimável valor humano:

> Fui passar os últimos dias que precederam a luta eleitoral na minha pobre e querida Tocqueville. Era a primeira vez que para lá retornava depois da Revolução; talvez fosse deixá-la para sempre! Ao chegar, fui tomado por uma tristeza tão grande e particular, que fiquei com a lembrança de traços que ainda hoje encontro salientes e visíveis, entre todos os vestígios de acontecimentos desse tempo. Cheguei sem

[23] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 195.

> ser esperado. As salas vazias, onde só encontrei o meu velho cão para acolher-me, as janelas desguarnecidas, os móveis amontoados e poeirentos, as lareiras apagadas, os relógios parados, o ar sombrio, a umidade das paredes, tudo me pareceu anunciar o abandono e pressagiar a ruína. O pequeno pedaço de terra isolado, e como que perdido em meio a sebes e prados de nosso campo normando, que tantas vezes me parecera a mais encantadora solidão, assemelhava-se no estado atual de maus pensamentos a um deserto desolado. Mas através da desolação do aspecto presente, percebia, como do fundo de um túmulo, as imagens mais doces e alegres de minha vida. Admiro como a imaginação humana é mais colorida e impressionante que o real. Acabava de ver a queda da monarquia; assisti depois as cenas mais terríveis e sangrentas; pois bem! Afirmo que nenhum desses grandes quadros havia-me causado emoção tão pungente e profunda quanto a que experimentei nesse dia, à vista da antiga morada de meus pais e a lembrança dos dias tranquilos e horas felizes que lá havia passado sem saber o quanto valiam. Posso dizer que foi nesse lugar e momento que compreendi melhor toda a amargura das revoluções.[24]

Referências bibliográficas

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JASMIN, Marcelo. *Alexis de Tocqueville: a historiografia como ciência da política*. Rio de Janeiro: Acess, 1997.

MARX, Karl. *O dezoito brumário de Louis Bonaparte*. São Paulo: Editora Moraes, 1987.

[24] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Lembranças de 1848*, cit., p. 112

SIEDENTOP, Larry. Two liberal traditions. In: RYAN, Alan (ed.). *The ideia of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. 2º ed. São Paulo: Editora Vozes, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. 3º ed. São Paulo: Hucitec, 1989.

_____. *Lembranças de 1848*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.